

TIAIA MENDES TAVARES

**Positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle
judicial**

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Dr^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

TIAIA MENDES TAVARES

**Positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle
judicial**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2017

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Mendes Tavares, Tiaia
Positivção de limites ao desenvolvimento de
políticas públicas e seu controle judicial / Tiaia
Mendes Tavares ; orientadora Drª Maria Sylvia
Zanella Di Pietro -- São Paulo, 2017.
291

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito do Estado) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2017.

1. controle judicial. 2. discricionariedade. 3.
políticas públicas. I. Zanella Di Pietro, Drª Maria
Sylvia, orient. II. Título.

Nome: TAVARES, Tiaia Mendes

Título: Posituação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do título de
Mestre em Direito do Estado

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.^a. Dr.^a. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Prof.Dr. _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Aos meus avós, que não chegaram a completar o ensino primário.

*Aos meus pais, que fizeram de tudo para que eu e meus três irmãos
fossemos os primeiros na família a cursar universidades públicas.*

AGRADECIMENTOS

Agradecer é um gesto de não apenas reconhecimento em gratidão àqueles que nos impulsionaram para onde chegamos, como aqueles que sem perceber nos influenciaram. Assim, agradeço primeiramente aquela que sem a confiança que me fora depositada, este trabalho não seria possível: Prof. Dr^a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ainda que não tenha tido a oportunidade de conhecê-la durante minha graduação, ela me recebeu como aluna ouvinte no primeiro semestre de 2013 e como aluna especial no segundo semestre do mesmo ano, que fizeram crescer sobre ela minha admiração e respeito.

Sou grata pela oportunidade do contato com os docentes das disciplinas cursadas na pós-graduação da Faculdade de Direito, que aqui cito: Prof. Dr^a Maria Paula Dallari Bucci, Prof. Dr. Vitor Rhein Schirato, Prof. Dr. Edmir Netto Araújo e Prof. Dr. Floriano Azevedo Marques Neto. Inclusive, fora muito oportuna a retomada de contato com professores que participaram da minha graduação: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes de Almeida, Prof. Dr^a Susana Herinques da Costa e Prof. Dr. Carlos Alberto Salles. Agradeço igualmente aos professores Prof. Dr. Rodrigo Pagani de Souza e ao Prof. Dr. Marcos Augusto Perez que participaram da minha Banca de Qualificação e nessa oportunidade me forneceram valiosos conselhos ao aprimoramento deste trabalho.

Fora dos muros da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, tive a oportunidade de comparecer ao “V Seminário de Pesquisa de Direito Administrativo” coordenado pelo Prof. Dr. Thiago Marrara de Matos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em Ribeirão Preto, que assim como a também participante Prof. Dr^a Irene Patrícia Nohara, proporcionaram o enriquecimento crítico desta dissertação.

Ainda agradeço a Maria Beatriz de Marcos Millan Oliveira, cuja confiança e apoio foram imprescindíveis ao ingresso na pós-graduação. Com ela pude vivenciar o dia-a-dia da Administração Pública indireta e aguçar minhas reflexões quanto ao direito público operado na prática. Reconheço também o grande apoio dos membros da minha equipe no trabalho: Bernadete Rosária Soares de Almeida Muniz e Tatiane de Souza Cardoso.

Agradeço ao Rafael Cipriano Torres pelo apoio nas minhas ausências para o estudo e elaboração que compreenderam este trabalho, bem como pelas impressões fornecidas por um não jurista curioso.

Meu último agradecimento direciono aqueles que primeiro tiveram influência em mim: meus pais, que desde meu nascimento incentivam meu estudo com apoio incondicional e suportando diversas privações para que eu pudesse estudar da melhor forma possível e crescesse como cidadão e profissional.

Da vivência na pós-graduação muitas foram as experiências passadas, das mais diversas dimensões. Boas e ruins, sou grata a todas, pois auxiliaram-me no meu amadurecimento e principalmente, me fizeram uma pessoa bastante diferente daquela ao iniciar a pós-graduação eu era.

“Somos a era da curadoria e do aconselhamento, todos mirando na eficácia da ação e na realização pessoal. Vai a uma entrevista? Não se esqueça de se vestir como todos esperam e de não tocar em pontos polêmicos. Depois que você for contratado por ser absolutamente igual e comum, a empresa procurará palestras e workshops sobre originalidade e empreendedorismo. Vai fazer uma redação do Enem? Não adote posições extremas, pois isso pode dar nota baixa. Depois, no curso superior, você será livre para pensar. Curiosa dicotomia que seleciona pessoas para atividades tendo como condição prévia que elas demonstrem a ação contrária ao que se deseja no exercício da função. São contradições de mundo líquido. Onde inserir o atrito?”

Leandro Karnal – O Estado de São Paulo, 04 dez 2016

RESUMO

Tiaia Mendes Tavares. Positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial. 2017. 291 páginas. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, janeiro de 2017.

O presente trabalho propõe-se a analisar a positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial. O assunto é de grande importância, pois envolve questionamentos acerca de institutos tradicionais do direito público, principalmente na seara do direito administrativo, que com a nova hermenêutica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 passaram a sofrer releituras. A questão perpassa a compatibilidade entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da legalidade como parâmetros de ação (exercício de função) e controle da ação do Estado e em último grau da atuação da Administração Pública. O tema circunscreve-se à ótica de entendimento atual acerca dos limites que possam auxiliar não apenas os poderes públicos, como também os cidadãos a participarem da elaboração, execução e fiscalização das políticas públicas, o que corrobora com o relacionamento mais harmônico entre os poderes, bem como tratamento mais igualitário das instituições públicas para com os cidadãos (em semelhante situação). Finalmente, serão apresentadas as conclusões em relação aos temas abordados e as proposições legislativas ora em tramitação no Congresso Nacional que buscam positivar limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial.

PALAVRAS-CHAVE

princípio da separação dos poderes – princípio da legalidade –
positivação de limites - formalismo

ABSTRACT

TAVARES, Tiaia Mendes. Settlement of written limits to the development of public policies and their judicial control. 2017. 291 pages. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, January, 2017.

The follow project aims to analyze the settlement of written limits to the development of public policies and their judicial control. The subject is of great importance because it involves questions about traditional institutes of public law, mainly in the area of administrative law, which with the new hermeneutics inaugurated with the Federal Constitution of 1988 began to undergo re-readings. The issue is related to the compatibility between the principle of separation of powers and the principle of legality as parameters of action (exercise of function) and control of the State action and, in the last instance, of the public administration. The theme is limited to the current understanding of the limits that can help not only the public authorities, but also the citizens to participate in the elaboration, execution and inspection of public policies, which corroborates with the more harmonious relationship between the powers, as well as more equitable treatment of public institutions towards citizens (in such a situation). Finally, the conclusions will be presented in relation to the topics addressed and the legislative proposals currently being processed in the National Congress that seek to establish limits to the development of public policies and their judicial control.

KEY-WORDS

principle of separation of powers - principle of legality - affirmation of limits - formalism

SUMÁRIO

Introdução	[01]
1 - Considerações sobre o cenário jurídico e social hodierno	[13]
1.1 - Sociedade complexa	[16]
1.1.1 - Democracia para além do voto	[18]
1.1.2 - Contestando a gestão administrativa	[21]
1.2 - Hermenêutica constitucional	[30]
1.2.1 - Prodigalidade de direitos na Constituição	[30]
1.2.2 - Caráter programático de normas constitucionais	[32]
1.2.3 - O fenômeno da constitucionalização	[35]
1.2.4 - Estado Democrático de Direito: importância dos princípios em matéria de interpretação constitucional	[38]
1.2.5 - O papel do Judiciário na nova hermenêutica constitucional	[44]
1.3 - Relevância dos princípios	[49]
1.3.1 - A aplicação de princípios e o formalismo jurídico	[51]
1.3.2 - O direito social excludente	[55]
1.3.3 - A invocação desmesurada dos princípios e a insegurança jurídica	[58]

2 - O paradigma da legalidade e sua releitura	[65]
2.1 - Princípio da legalidade	[69]
2.1.1 - Princípio da legalidade como subsunção à lei	[69]
2.1.2 - Ampliação do princípio da legalidade	[73]
2.2 - Ponderação e separação de poderes – releituras	[87]
2.2.1 - O método de ponderação de princípios	[87]
2.2.2 - Razoabilidade e proporcionalidade diante de técnica da ponderação	[94]
2.2.3 - Da institucionalização de um procedimento de ponderação	[101]
2.2.4 - Releitura do princípio de separação de poderes	[104]
2.3 - Papel do Judiciário na efetivação dos direitos sociais	[114]
2.3.1 - Equilíbrio entre direitos individuais e interesse público no Estado Social de Direito	[114]
2.3.2 - Papel do Judiciário na busca do equilíbrio	[119]
2.3.3 - A atuação judicial para além do controle	[133]
2.3.4 - Conclusões parciais	[139]
3 - Parâmetros positivados ao desenvolvimento e controle de políticas públicas	[147]
3.1 - Penumbra das áreas limítrofes	[149]
3.2 - Norma positivada e segurança jurídica	[155]

3.2.1 - Fixação de critérios de controle	[155]
3.2.2 - Críticas à positivação	[163]
3.2.3 - Vantagens da positivação: segurança jurídica	[167]
3.3 - Exemplos práticos	[173]
4 - Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 8.058 de 04/11/2014	[183]
4.1 - Princípios e o contraditório ampliado na cognição judicial	[185]
4.2 - Intercâmbio de informações	[189]
4.3 - Da flexibilidade à efetividade da sentença judicial	[191]
4.4 - Diálogo institucional em evolução	[193]
4.5 - Articulação judicial de políticas públicas	[195]
4.6 - Consideração dos impactos da sentença	[198]
5 - Projeto de Lei do Senado nº 349 de 09/06/2015	[201]
5.1 - A inflação legislativa	[203]
5.2 - A inserção na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro	[206]
5.3 - Positivação de parâmetros em cenário ampliado	[210]
5.4 - Formação dos contratos e edição de normas administrativas	[216]
5.4.1 - Consideração dos impactos da decisão	[220]
5.4.2 - A consulta pública como instrumento de participação	[229]

5.4.3 - Responsabilização do agente público	[232]
5.4.4 - Ação declaratória de validade	[237]
5.5 - Controle posterior de contratos	[241]
5.5.1 - Regime de transição e celebração de compromisso	[246]
5.6 - Conclusões parciais	[251]
Conclusões finais	[255]
Bibliografia	[279]

INTRODUÇÃO

Faz-se notório que os governos assumem grande parcela de controle sobre a atividade humana; basta constatar como vivencia-se uma sociedade organizada por bens e serviços sob coordenação estatal (desde estradas a sistemas de educação e saúde, para citar pouquíssimos exemplos). Acerca do desempenho da atividade estatal é de vital importância que os setores da sociedade (como cidadãos, operadores da máquina administrativa e advogados em si) tomem conhecimento das ações que envolvem as funções governamentais (que culminam, em certo ponto, nos atos administrativos como habitualmente os conhecem). Desse modo, possivelmente todos os interessados teriam meios mais claros (e menos aleatórios) de sustentar sua posição, seja no processo de formulação das políticas (e os atos administrativos que as compõem), seja no controle feito em juízo, por exemplo.

O Brasil tem mudado e melhorado em muitas áreas, como social e política, sobre as quais se destacam os influxos que um regime democrático traz à sociedade em termos de cidadania, como a maior transparência das ações de governo, bem como abertura aos mecanismos de participação social (seja por cidadãos, grupos sociais ou grupos de interesse de conotação empresarial). Neste contexto, observa-se os cidadãos brasileiros cada vez mais demandantes, como se pode observar através do crescente desejo pela descoberta e utilização de meios de intervenção (e porque não dizer, de desafiar) das decisões, atos e comandos políticos. Este cenário fica sinteticamente exposto por Marcos Augusto Perez¹ no seguinte excerto:

“Isso ocorre porque a **Administração contemporânea tem tarefas muito extensas, variadas, especializadas e, ao mesmo tempo, complexas a executar**. Os pais fundadores do Direito Administrativo seguramente não imaginaram que o Estado chegaria ao grau de intervenção social e econômica que hoje se presencia. Seja por força da **necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação dos direitos fundamentais**, seja como fruto de uma **sociedade** (ou da existência de movimentos sociais) **cada vez mais reivindicadora** ou de atuações estatais, seja, por fim, pela necessidade de constantemente intervir no domínio econômico para corrigir as falhas de mercado, para executar medidas contra graves e

¹ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 63-82. p. 67/68

recorrentes crises econômicas ou para ajudar as pessoas sem recursos ou condições econômicas de sobrevivência digna.” (grifo nosso)

A democracia presente ainda se caracteriza por ser, além de participativa, representativa. Contudo, como a própria participação popular evidencia, apenas o voto não basta, não sendo o candidato eleito e seus secretários (ou assessores) a “boca do povo”. No Brasil, semelhantemente ao que ocorre em outros regimes democráticos, os representantes do Estado buscam abrir novos canais de participação da sociedade civil na formulação e controle das políticas públicas que vão além do escrutínio.

Neste cenário, assiste-se ao entendimento da política como algo que no relacionamento com os cidadãos não se mantém tão somente com o sufrágio, de modo que indivíduos e organizações da sociedade civil clamam pelo direito de serem ouvidos em juízo e seus pleitos ganharem força judicial (mandatória). Percebe-se, em vista disso, que os cidadãos buscam impactar as políticas (mormente os atos administrativos subjacentes a elas) valendo-se do Poder Judiciário como caminho que, às vezes, pode solapar o processo democrático de formulação daquelas.

O panorama traçado incendeia acalorados debates em torno do papel das Cortes nas ações governamentais, sobre vários aspectos, que vão desde sua suposta falta de legitimidade democrática (não são instituições periodicamente eleitas) ou mesmo sua intervenção no tocante à discricionariedade administrativa dos representantes eleitos. Em muitas ocasiões, essa intenção de conformar a ação política ocorre em sede judicial e, apesar das melhores intenções dos magistrados, pode convolar em manifestações de juízes legislando e/ou administrando da própria vara, de certa forma driblando o processo democrático eleitoral representativo e participativo.

Atualmente, parte da atenção acadêmica² acerca dos governos democráticos se debruça sobre a tentativa de vislumbrar um equilíbrio entre democracia e

² Ilustram essa atenção acadêmica o seguinte excerto de Floriano Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma: “A pesquisa sobre os limites, falhas e necessários aperfeiçoamentos do controle da Administração Pública precisa ser disseminada pelas Faculdades de Direito e centros de pesquisa para, assim, os problemas concretos serem mapeados e receberem soluções jurídicas.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública

controle judicial diante de fenômenos como a variação na exegese do interesse público, no desenvolvimento das políticas de governo (pelo menos em comparação a como eram habitualmente realizadas) e da revisão judicial sobre a atividade administrativa (principalmente levando em consideração a nova hermenêutica frente à discricionariedade).

A busca desse equilíbrio tem atraído um crescente número de pesquisadores³, inclusive para o desenvolvimento de um entendimento acerca dos parâmetros⁴ para melhor construção de determinada política pelos representantes eleitos em cooperação com a participação social, bem como dos limites ao controle judicial. A este respeito, Rodrigo Pagani de Souza⁵ menciona o movimento que “visa atender a certa reivindicação de parâmetros mais precisos de controle da gestão pública”, tendo em vista que a interpretação puramente baseada em valores e princípios jurídicos abstratos, na visão do autor, começa a dar sinais de fadiga. O autor adverte a respeito que, para além dos questionamentos em torno da insegurança jurídica ocasionada pelo controle que se apegam em demasia aos valores e princípios, concomitantemente observa-se uma negligência para com as “regras ou mesmo metas que concretizem os propósitos da gestão pública”. Condensa esse entendimento Carlos Ari Sundfeld⁶ no seguinte excerto:

“A pulverização, com o surgimento de muitos núcleos de poder e influência, no Executivo ou não, afetou a noção inicial de Administração Pública como organização autônoma e específica

no Brasil. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 21-38. p. 37

³ Sobre a atualidade do debate acerca da instituição de limites e parâmetros na ação administrativa (e em alguma medida na judicial), tome-se como exemplos estes dois artigos recentemente publicados: ARAÚJO, Alexandra Fuchs. Controle Judicial de Políticas Públicas. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 85-102.; RODRIGUES, Maria Isabel Romero. O controle judicial das agências reguladoras e novos parâmetros de atuação. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 127-142.

⁴ A respeito da necessidade de parâmetros, mencione-se a título de exemplo a seguinte passagem de Dinorá Adelaide Grotti: “Entretanto, diversas questões permanecem em aberto, inclusive a fixação de parâmetros mais concretos e precisos para pautar a ação do administrador e a especificação dos aspectos operacionais elencados [...]” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 79-98. p. 97.

⁵ SOUZA, Rodrigo Pagani. Em Busca de uma Administração Pública de Resultados. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 39-61. p. 55

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 68

(bem distinta e separada das outras integrantes da máquina estatal e das situadas fora dela). Já não parecem tão claros os limites entre agentes e atividades administrativas, legislativas, judiciais, controladoras e privadas.”

O controle judicial dos atos administrativos, amplamente falando, insere-se no processo legal com possibilidade de submeter o administrador público e/ou órgão governamental ao escrutínio por aqueles interessados e/ou afetados por suas decisões. Justamente esse controle exercido por cidadãos ou grupos de interesse, associado às demandas individuais que exigem prestações positivas individuais de direitos sociais (e por isso, coletivos), corrobora para aquilo que se tem entendido como judicialização da política.

Muitos são os prismas em que se tem tratado o tema da judicialização no Brasil. Contudo, sem a pretensão de alongar-se sobre matéria tão vasta, ressalte-se que, a par da sua inerente multiplicidade de aspectos, a maior parte do debate que lhe é usual passa ao largo do vínculo ao objeto central do projeto. Não se trata de tomar a judicialização (na análise que se empreende) ponderando qual Poder de Estado está mais vocacionado a decidir de forma mais aderente ao interesse público em cada caso. O presente trabalho se apoiará sobre a percepção do controle judicial, especificamente do Judiciário, figurando como órgão controlador não só dos agentes públicos e seus atos, mas aquele que exerce um juízo de conveniência e oportunidade, sob amparo do juízo de legalidade, de atos administrativos discricionários.

Portanto, observa-se que o problema gravita não tanto sob o enfoque da ida ao Judiciário, mas sob o das decisões judiciais que aparentemente extrapolam a competência discricionária própria às autoridades da Administração Pública. Destaque-se, no entanto, que o problema que será alvo de enfoque não é o da ida ao Judiciário, mas o das decisões judiciais que aparentemente extrapolam a competência discricionária própria às autoridades da Administração Pública.

Some-se ainda à judicialização, que posiciona o Judiciário como foro por excelência à resolução dos conflitos com a Administração Pública, a supra mencionada variação da interpretação do ordenamento que vem impactando a formulação de políticas (e os atos administrativos que lhes dão forma), além da

parapraxia de cidadãos e grupos de interesse se utilizando do juízo, i.e., no engano comportamental que revela o conflito entre a intenção aparente (manifesta nos autos) e a intenção real (que obsta a execução de interesses públicos na contramão dos interesses privados, individuais ou cumprimento de agendas políticas de opositores). Como já mencionado, o fenômeno não possui causa única, quando na realidade é produto de um feixe composto por inúmeros fatores dentro de uma sociedade complexa imersa em novos cenários e novas leituras de institutos administrativos. Dessa complexidade social e revisão dos meios de ação estatal, veja-se a exposição desse cenário sob a ótica de Carlos Ari Sundfeld⁷:

“Mas está em declínio o modelo de desenvolvimento que reservou ao estado a iniciativa e o protagonismo da ação pública. **A vida é complexa demais**, os desafios são grandes demais, **as mudanças tão rápidas**, tantos os recursos necessários, os conhecimentos tão caros de reunir, **tão impressionantes o número de envolvidos a articular**, que, em todas as áreas, **o direito vem sendo reformado em busca de modelos institucionais novos** que rompam a separação do estatal com o mundo não estatal.” (grifo nosso)

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, o tema das políticas públicas ganhou especial relevo no debate jurídico a partir do início do século XXI, suscitando consigo diversas controvérsias (tanto no âmbito doutrinário, como no jurisprudencial). Uma das razões levantadas pela a autora para tal fenômeno circunda a “complexa questão dos limites do seu controle pelo Poder Judiciário”. De igual modo nota Thiago Marrara⁹ quanto aos limites, destacando que “a discussão contemporânea em voga não toma como seu eixo a necessidade de se imporem limites às ações e omissões administrativas”.

Neste trabalho, a atenção da pesquisa se volta à possibilidade de serem postos limites (parâmetros) não apenas ao controle judicial, mas igualmente à atuação administrativa, de modo que alguns institutos constitucionalmente consagrados sejam

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Público e Privado no Desenvolvimento de Empreendimentos Estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 37-43. p. 42

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 829

⁹ MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 45-65. p. 45

habilmente utilizados. Destacam-se a harmonia e separação dos Poderes de Estado, a segurança jurídica das relações, o aprimoramento na concretização de políticas públicas que instrumentalizem a execução de direitos fundamentais, dentre outros.

A respeito do controle de atos da Administração Pública, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰ que ele sofreu forte ampliação, especialmente no controle externo exercido pelo Judiciário que “passou a examinar aspectos que antes eram vistos como integrantes do mérito”. Nessa perspectiva, algumas características ilustram a especialidade e relevância desse tipo de controle.

Inicialmente, pode-se destacar que o controle judicial é capilarizado, ou seja, não admite barreiras de ordem hierárquica, como em relação ao ente da federação ou administrador público submetido ao seu exame. Além disso, não admite restrições de caráter material, competente assim à analisar qualquer assunto. A possibilidade de provocação jurisdicional é quase atemporal, podendo ser suscitada em diversos momentos (seja na formulação, na execução ou na fiscalização de uma política pública, por exemplo). Por fim, mencione-se o condão de encerrar a discussão (divergência) de modo definitivo que o controle judicial tem, diferentemente das esferas administrativas que não produzem coisa julgada. Marcos Augusto Perez¹¹, a respeito do controle jurisdicional em um pesquisa argumenta:

“É no controle jurisdicional, com efeito, que repousa a maior sorte de dúvidas e problemas, pois em sistemas de jurisdição una, como o brasileiro e o norte-americano, nos quais todo aquele que se sentir lesado pode se socorrer do Judiciário, existe uma clara tendência de se jurisdicionalizar toda a atividade discricionária da Administração Pública.”

Dos aspectos até o momento pontuados, pode-se afirmar que a estipulação de limites, tanto para os gestores públicos, como para o controle jurisdicional, perpassa justamente a releitura de alguns institutos administrativos, além de

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 167-190. p. 180

¹¹ PEREZ, Marcos Augusto. Controle da Discricionariedade Administrativa. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 63-82. p. 70

elementos decorrentes da interpretação constitucional. Conforme evidencia Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹², muitos institutos jurídicos têm passado por reformulações. Em semelhante sentido, Carlos Ari Sundfeld¹³ preconiza que o direito administrativo encontra-se em “relativo descompasso com leis influentes”, devendo buscar considerar a releitura de seus institutos, de modo a acompanhar a profunda transformação porque passa o direito e mesmo a justiça (desempenhando novo papel). Sendo assim, aparentemente exhibe-se um justo equilíbrio entre um tema eminentemente clássico (institutos administrativos) e um argumento bastante contemporâneo e de interesse social (releitura de alguns institutos)¹⁴.

De tudo quanto exposto até este momento, a posição inicial que se adota questiona precisamente se, consideradas a promulgação da Constituição Federal de 1988 e as modificações hermenêuticas do ordenamento que a sucederam, a inserção de limites positivados que fornecessem parâmetros tanto ao desenvolvimento democrático de políticas públicas, como ao controle exercido pelo Judiciário, constituir-se-ia em alternativa para mitigar a falta de critérios mais claros à revisão judicial da discricionariedade administrativa.

A partir da hipótese proposta, como conclusões parciais que dela se extraem, destacam-se: (i) a possível melhora da compreensão do procedimento que rege a elaboração, aplicação e controle das decisões políticas (e discricionárias); (ii) maior segurança jurídica aos diversos interessados envolvidos (sejam eles controladores, controlados ou interessados); (iii) cumprimento das funções típicas de cada Poder e seu inter-relacionamento mais harmônico; (iv) respeito à participação popular e legitimidade democrática dos governantes e administração do governo (o que envolve orçamento elaborado e metas propostas em campanha).

O tema da pesquisa, como até o momento foi aventado, envolve assuntos sobre os quais têm gravitado as preocupações e discussões de muitos

¹² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 19

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 67

¹⁴ MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83

administradores públicos de regimes democráticos, tanto que Thiago Marrara¹⁵ afirma que “[n]unca antes na história desse país se miraram tantos holofotes aos controles do Estado e ao exercício das funções públicas”. Sobre isso, a literatura acadêmica tem ressaltado importantes aspectos a respeito do controle judicial das políticas públicas (e os atos administrativos que lhes dão forma) no cenário brasileiro¹⁶.

Como até o momento parece aclarado, a relevância doutrinária do tema subsiste pela existência de uma questão bastante controversa entre os estudiosos que se dedicaram ao assunto, conforme ilustrado pelas divergências doutrinárias expostas. A atualidade do tema ultrapassa os debates doutrinários, vindo a alcançar o debate em sede legislativa no Congresso Nacional, o que por si só evidencia não apenas a contemporaneidade, como a dimensão prática imediata, dado existirem projetos de lei em tramitação na corrente legislatura do parlamento nacional que atinem à hipótese. Acerca da perspectiva mediata, o tema perpassa a discussão da maior eficiência de institutos constitucionalmente consagrados (mencionados previamente), considerando se tratar de hipótese cada vez mais visível e em alguma medida original¹⁷.

Atravessando a grande diversidade de argumentos por detrás das discussões sobre os limites do controle judicial das políticas públicas (e atos administrativos), ainda que por vezes se mostrem conflitantes, observa-se que eles

¹⁵ MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 45-65. p. 45

¹⁶ Conquanto não estejam dentro do escopo central da dissertação responder às múltiplas questões que o tema suscita, ainda assim a relevância e atualidade dele transparecem em questões como: Quão efetiva é a revisão judicial da burocracia administrativa? Em qual extensão poderia o controle judicial solapar as iniciativas de governantes (programas de governo) e a participação popular atreladas a elas? Levando em consideração a relevância institucional do Judiciário nas ações de governo e suas concretizações, em última análise, pode-se considerar a revisão judicial como um instrumento político? Teria o ordenamento constitucional brasileiro pós 1988 conferido ao Judiciário parcela mais ampla de competência para adentrar a discricionariedade do ato administrativo, sinalizando para um forte poder jurídico capaz de gerar custos e direcionar a agenda política dos governantes eleitos? A lista de questões é infinita e por limitações evidentes a esta dissertação, não serão propriamente contempladas.

¹⁷ De acordo com Eduardo Silveira Marchi, originalidade corresponde à “na medida do possível, dizer algo que ainda não foi dito, isto é, ‘descobrir’ algo, ou, pelo menos, reconfirmar, com uma óptica diversa, o que já outrora se disse”. O autor ainda consigna que “[d]escobrir algo’ em Direito pode significar, por exemplo, uma nova interpretação para um dispositivo legal ou para um problema jurídico. Ou, ainda, a apresentação de novos e inéditos argumentos em favor de uma tese anterior já conhecida.; novos e inéditos argumentos em favor de uma tese anterior já conhecida.”. Por fim, o autor baseando-se na lição de Johann Wolfgang von Goethe afirma que “a originalidade não consiste necessariamente em dizer coisas novas, mas sim em dizer, de um modo novo (note-se bem!), as coisas já ditas antes por outros”. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 21/25

possuem entre si um fio condutor comum, qual seja: quais seriam os limites e como fixá-los. Por limites se refere tanto à forma quanto à extensão material, ou seja, tanto pelo procedimento que esclareceria e padronizaria os parâmetros de elaboração e controle dos atos administrativos (e as políticas subjacentes a eles), bem como pela distribuição mais clara das competências¹⁸ a cada Poder, como através da positivação. No tocante à ausência de limites, a questão foi bem resumida por Carlos Ari Sundfeld¹⁹ na seguinte passagem:

“Em suma: ao lado das disposições normativas de *caráter substantivo* (que influem no *conteúdo* das decisões a serem tomadas), há infinitas disposições normativas de *caráter organizatório*, que definem e distribuem as competências administrativas e, assim, servem para dizer quem pode tomar essas decisões. Dados a dimensão da máquina administrativa e o modo meio caótico como vão sendo editadas as normas para organizá-la, você pode imaginar quantas dúvidas de interpretação podem surgir a seu respeito.”

Nessa perspectiva, mostra-se como ponto pacífico o reconhecimento acerca da penumbra que paira sobre os representantes dos Poderes, sejam gestores públicos ou controladores judiciais (dentro do recorte proposto), acerca dos limites na execução de suas funções. Desta feita, qualquer iniciativa de manifestar solução correta *per se* já se mostraria incorreta, pois não parece haver uma única resposta, senão muitas igualmente justas, proporcionais, razoáveis e aceitáveis.

Para cumprir com os objetivos em relação à hipótese lançada, cabe realizar uma reavaliação e rediscussão de alguns tópicos e os argumentos que os circundam. Nesta senda, a análise será norteadada pela compreensão do cenário jurídico e social hodierno; do paradigma da legalidade e sua releitura; dos parâmetros positivados ao desenvolvimento e controle de políticas públicas e de dois projetos de lei em tramitação no Legislativo.

¹⁸ A respeito da competência, afirmam Floriano Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma que “[a]s competências institucionais precisam ser claramente definidas, não haverá governança sustentável com superinstituições pairando sobre as demais.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 21-38. p. 37

¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 43

Conquanto os capítulos propostos aspirem descrever parte de realidades complexas, dessa maneira trazendo uma análise descritiva²⁰ do problema insuflado, salienta-se que os capítulos quatro, cinco e a conclusão introduzem uma abordagem além de descritiva, igualmente prescritiva²¹, justamente no intuito de trazer exemplos que, caso não venham a constituírem respostas à hipótese, certamente ampliarão o campo de conhecimento sobre o tema, propiciando a reflexão da presente realidade e os rumos que se tem tentado tomar. O trabalho é dividido em cinco capítulos, seguidos de conclusão.

No primeiro capítulo se examinarão os aspectos mais amplos no tocante ao assunto investigado²², ou seja, as considerações sobre o cenário jurídico e social hodierno. Assim, serão apresentados em linhas gerais os pressupostos que conformam em grande medida o tema da pesquisa, quais sejam: aspectos relativos à sociedade complexa, características da hermenêutica constitucional atual, bem como a relevância dos princípios da interpretação jurídica.

No segundo capítulo será analisada a proeminência do princípio da legalidade como paradigma de interpretação jurídica e sua releitura hodierna, que tanto influencia as atividades de gestores públicos, como controladores do Judiciário. Para isso, serão expostas as características do princípio da legalidade, bem como a abrangência da ponderação e separação de Poderes em sua consecução. Em arremate, expor-se-á a tensão existente entre o Estado pressionado a contemplar diversos direitos fundamentais, mas ao mesmo tempo muitas vezes tolhido no controle que sobre ele incide.

²⁰ Na lição de Rafael Queiroz, no problema descritivo o pesquisador desenvolve o panorama compreensível de fenômenos complexos a fim de melhor entender as particularidades do tema, o que pode facilitar a construção de respostas jurídicas sobre o tema. O autor ainda destaca a utilidade do método quando se está diante de tema cujo regramento jurídico encontra-se disperso. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Como encontrar um bom tema dentro de minha área de interesse? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 53-79. p. 69/71

²¹ Nas palavras de Rafael Queiroz “podemos chamar de *problemas prescritivos*: aqueles que, em vez de meramente retratarem o seu objeto de pesquisa, esforçam-se em *oferecer uma resposta, bem construída e bem fundamentada, sobre como o problema deve ser juridicamente considerado, ou tratado, ou classificado, ou respondido.*” QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Como encontrar um bom tema dentro de minha área de interesse? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 53-79. p. 71/72

²² MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de metodologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63

No terceiro capítulo, será focado a percepção daquilo que se compreende por penumbras das áreas limítrofes (e igualmente interseccionais) nas atividades dos agentes dos Poderes de Estado. Ademais, serão analisados aspectos que abrangem a norma positivada, como a segurança jurídica, bem como repercussões positivas e negativas da positivação. Por fim, encerrar-se-á o capítulo tratando-se de aspectos atinentes à opção pelo enfoque de dois projetos de leis específicos em tramitação.

Por fim, os capítulos quatro e cinco abrigarão cada qual a análise de cada projeto de lei que, como mencionado, se comunicam em grande medida com a hipótese da pesquisa (mormente em relação à necessidade de fixação de parâmetros). No quarto capítulo será tratado o projeto de lei nº 8.058/14 da Câmara dos Deputados, o qual em poucas palavras visa traçar limites ao controle realizado pelo Poder Judiciário relativamente às políticas públicas. Já no quinto capítulo será analisado o projeto de lei nº 349/15 do Senado, que tem por escopo principalmente o balizamento da ação administrativa e, conseqüentemente, reverberando sobre a discricionariedade do administrador público e de certa forma sobre a formação da decisão judicial.

Certamente, tanto a hipótese proposta, como o problema da pesquisa, serão testados e a consistência das respostas obtidas ponderadas²³. Isto posto, a dissertação pretende desenvolver argumentos que respondam à hipótese lançada de modo a contribuir para a reflexão acerca da positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial, especialmente no cenário jurídico que segue a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os argumentos apresentados serão ao longo do trabalho rediscutidos e reavaliados. Entretanto, saliente-se que, relativamente às conclusões parciais elencadas há pouco, a partir da hipótese proposta, é aceitável desde já o pressuposto que parece não sofrer grandes discordâncias: frente à falta de limites claros às funções de cada Poder de Estado, parece existir uma busca do equilíbrio entre duas instituições igualmente caras à sociedade: a democracia social e seu controle.

²³ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controversa? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 81-99. p. 86

Acerca da hipótese da pesquisa, orbitam muitos temas que lhe são correlatos, os quais, embora sejam importantes em outros contextos, ao desenvolvimento da hipótese não serão objeto de análise mais alongada na dissertação, ainda que vez ou outra sejam tangenciados no decorrer do texto, na medida que se fizerem pertinentes para embasar o raciocínio que se vai sustentar.

De ciência que a pesquisa detém limitações, as conclusões dela advindas possivelmente não serão passíveis de generalização para todas as imbricações do fenômeno relativo à fixação de limites positivados ao desenvolvimento e controle de políticas públicas. Isso se explica pelo objeto do estudo tratar de específica projeção da inserção no ordenamento (pela exposição de diretrizes, critérios, balizas, parâmetros e limites) da elaboração, execução e fiscalização da política pública, tal como de seu controle em sede judicial de leis ordinárias.

Parte-se do pressuposto de que a exposição de críticas e limitações de alguns temas no discorrer do desenvolvimento da pesquisa não minimizam o papel daquilo que se discute, muitas vezes importante em muitas de suas faces. Igualmente, adverte-se que algumas das posições trazidas ao texto da pesquisa não se prestarão de modo algum a refutar a existência dos institutos tratados. Ressalte-se ainda, por fim, que não constitui pretensão da dissertação a formulação de qualquer previsão sobre a tramitação dos projetos de lei selecionados para a análise; senão trazer mais e maiores perguntas sobre o tema tão candente ao cenário político, acadêmico e à sociedade.

1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O CENÁRIO JURÍDICO E SOCIAL HODIERNO

O desenvolvimento do tema proposto na introdução do trabalho não passa ao largo da realidade atualmente vivenciada, da qual destacam-se algumas características marcantes, como a existência de uma sociedade cambiante e em crescente complexidade; uma atividade jurisdicional diferenciada por uma hermenêutica constitucional em constante desenvolvimento com significativos reflexos na caracterização da legalidade; mudanças no modo de governar (mormente no que se relaciona às políticas públicas); evolução de institutos administrativos adaptados a novos cenários dentre outras transformações.

Todas essas características destacadas se afiguram como consequências da recente realidade de absorção de um regime democrático e os mecanismos de controle que lhe são inerentes. Na feliz lição de Maria Paula Dallari Bucci²⁴ a respeito desse cenário, a autora destaca que os avanços institucionais das últimas décadas no país são inquestionáveis, como se fazem perceptíveis pelas “eleições regulares, governos progressivamente mais responsivos e o controle judicial cada vez mais atuante”. Contudo, a autora ressalta que tanto o desenvolvimento como evolução hoje observáveis, se referem muito mais à “libertação de forças econômicas e sociais latentes, do que de ações coordenadas ou planejadas”.

A Constituição Federal de 1988 embora seja um importante marco no ordenamento, ganha maior relevo quando evidenciado o momento político-social de sua emergência, qual seja, a passagem de um regime militar autoritário para uma democracia, ou como pontuou Flávia Piovesan²⁵, a Constituição “representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985”. A respeito, a autora pondera que a nova ordem constitucional teve um “duplo valor simbólico”, pois ao mesmo tempo que constitui marco da transição democrática, também serviu como fonte de institucionalização dos direitos humanos.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528

Uma das mais destacáveis inovações de relevo promovidas pelo atual texto constitucional foi tratar primeiramente (e de maneira condensada), já no segundo título, sobre o tema dos direitos e deveres individuais e coletivos, como dos direitos sociais. Nesse sentido, Flávia Piovesan²⁶ destaca que a Constituição, já em seus primeiros artigos, afirmou os “princípios fundamentais, que demarcam os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil”. Na lição da autora, pode-se inferir a acentuada preocupação do texto constitucional em “resguardar o direito à dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais”.

Em que pese as grandes mudanças ensejadas pela Constituição Federal de 1988, cumpre não minimizar-se a importância de institutos que perpassam o debate de alguns temas centrais à pesquisa, que anteriormente à 1988 já tinham seus contornos traçados, como é o caso da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) ou mesmo a Lei Federal nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular). Nesse sentido, bastante exemplar o escólio de Fernando Dias Menezes de Almeida²⁷ no seguinte excerto:

“Entretanto, não é simplesmente o dia 5 de outubro de 1988 que se apresenta na história como um divisor de águas. O processo político-social, levando à mudança do regime, por óbvio, é muito mais complexo, deitando raízes em atitudes tomadas por correntes de oposição e mesmo do governo, com consequências mais visíveis a partir de fins dos anos 1970.”

Ainda que existissem diplomas legais de veiculação de conteúdos democráticos anteriormente à 1988, com a Constituição Federal de 1988 parece ter havido ampliação dos impactos sobre esses diplomas, os quais eram muitas vezes despoticamente aplicados, como se a Constituição funcionasse como uma catalisadora ou mesmo garantidora deles, conforme se verá mais adiante neste capítulo.

A respeito desse papel condensador e capaz de dar maior efetividade às normas pré constitucionais, Fernando Dias Menezes de Almeida²⁸ destaca que a própria Constituição de 1988 “decorre de um relativamente longo processo evolutivo”, de modo

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528

²⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 327

²⁸ *Op. cit.* p. 327/328

que ela vem a oferecer uma “base jurídica ao mesmo tempo indicativa e indutora de mudança na realidade social”. Nessa toada evolutiva, Flávia Piovesan²⁹ considera que a Carta de 1988 colaborou para integrar ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais, que em “Cartas anteriores restavam pulverizados”.

A promulgação da atual Carta Constitucional imprimiu significativos reflexos no direito administrativo, como nos faz perceber Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰, quando aduz que dentre as principais inovações verificadas no âmbito do direito administrativo, destacam-se justamente as introduzidas após a Constituição de 1988. São igualmente notáveis que algumas disposições constitucionais ensejaram impactos com reflexos sobre a hermenêutica jurídica, cujas variações interpretativas mais atinentes ao tema serão objeto deste capítulo inicial. Cite-se, a título de exemplo, a maior incidência de valores e princípios que moldam o texto positivado infraconstitucional, a constitucionalização do direito administrativo, bem como a transformação e os impactos do alargamento do princípio da legalidade. Bem resume esse cenário constitucional em mutação a seguinte passagem de Luís Roberto Barroso³¹:

“Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.”

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 537

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 43

1.1 - SOCIEDADE COMPLEXA

A sociedade atual mostra-se complexa³² não apenas pela pluralidade de interesses igualmente legítimos em jogo, como também pelo desafio de coordenação e arbitramento desses diversos interesses, em meio democrático judicialmente controlável. Como bem resume Alice Gonzalez Borges³³, “a complexidade da vida atual leva ao surgimento de uma multiplicidade de interesses igualmente agasalhados na proteção constitucional, que às vezes entram em conflituosidade”. Em semelhante entendimento Carlos Ari Sundfeld³⁴ manifesta que o aprofundamento da complexidade da sociedade contemporânea está permeada por uma “infinitude de interesses, todos de algum modo legítimos e importantes”.

Paira sobre ela uma sensação de prodigalidade de direitos e descumprimento generalizado dos mesmos. Conforme elucidam Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira³⁵, a atual complexidade, tanto das relações sociais como econômicas, juntamente com a ampliação da atuação do Estado e a abertura e ductibilidade das leis conferiram “maior margem para interpretações divergentes”.

A caracterização da sociedade como complexa não é um fenômeno de todo atual. De acordo com Fábio Konder Comparato³⁶, “a sociedade industrial desencadeou um processo de socialização crescente, com a multiplicação e a complicação das relações entre indivíduos e grupos”. Em semelhante sentido professa Niklas Luhmann³⁷, para quem a sociedade mais atual, em comparação àquelas mais antigas, se diferencia por dois tipos de intensificação, quais sejam, “um maior número de

³² Poder-se-ia também denominar como “sociedade plural”, como faz Thiago Marrara. MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. Jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247. p. 211

³³ BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 48

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 68

³⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 09

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 522

³⁷ LUHMANN, Niklas. *O amor como paixão – para a codificação da intimidade*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991. p. 11

possibilidades para estabelecer relações pessoais e através de relações pessoais mais intensivas”. Nesse sentido, lapidar a sentença deste autor³⁸, ao concluir que “[c]aracterizar sempre a sociedade moderna como uma impessoal sociedade de massas é, sem dúvida, um falso juízo.”.

Como visto, a sociedade já era complexa antes mesmo da Constituição Federal de 1988, que para além de constituir marco da introdução do regime democrático, também pode ser considerada uma “válvula de escape”³⁹ em relação ao regime que a precedeu. Ocorre que, com a emergência do regime democrático, sucede-se o fenômeno da maior visibilidade dessa sociedade complexa dada à maior liberdade para expor-se e manifestar-se. A democracia, nessa ocasião abre caminho para a declaração de interesses e a organização e mobilização de pautas da população que não seriam possíveis (ou tão observáveis) sem um respaldo de liberdade (de expressão) e a segurança necessária para vivenciá-las.

Essa segurança necessária à maior percepção da sociedade e sua complexidade seria traduzida pelo instrumental necessário para vivenciar a liberdade de manifestação, seja através da ampliação dos instrumentos de participação; da maior transparência das decisões públicas e sua motivação, do acesso à informação e mesmo o fortalecimento de instituições que corroboram com o acesso à justiça⁴⁰.

Quando o assunto é liberdade do cidadão, a dignidade da pessoa humana é bastante proeminente. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹, não existe um só conceito de dignidade da pessoa humana, tendo em vista ser uma expressão com significado indeterminado cuja aplicação se estende a variadas áreas dos direitos

³⁸ LUHMANN, Niklas. *O amor como paixão* – para a codificação da intimidade. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991. p. 11

³⁹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 101

⁴⁰ Sobre o acesso à justiça, interessante crítica é tecida por Paulo Eduardo Marques Silva, para quem este intento constitui um paradoxo pois “o amplo e efetivo acesso à justiça é um objetivo promovido e perseguido por um Estado que não tem condições de suportá-lo [...]. As características da sociedade contemporânea favorecem o aumento do volume e a complexidade das demandas judiciais, e o Estado, de seu turno, não dispõe de estrutura judiciária adequada para dar vazão ao número crescente de litígios. Com mais demandas e menos estrutura judicial, a chamada ‘crise da justiça’ tende a aumentar.” SILVA, Paulo Eduardo Marques. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 14

individuais. Desse modo, o referido princípio seria na realidade “mais fácil de intuir do que definir”. Ainda no escólio da autora, o princípio da dignidade da pessoa humana⁴² traz consigo alguns anseios universais dos indivíduos, como a liberdade de decisão e condução da própria vida; ser reconhecido e respeitado como pessoa, ser tratado com igualdade; ser detentor de individualidade, crença, sonhos, esperança, fé dentre outras perspectivas. Veja-se portanto que a liberdade integra a segurança em exercê-la, e absorve a complexidade não só da sociedade como do indivíduo.

1.1.1 – DEMOCRACIA PARA ALÉM DO VOTO

Se houve períodos nos quais o voto popular legitimava de forma democrática a eleição dos representantes, condensando o que seria a vontade dos cidadãos, atualmente transparece com cada vez mais nitidez que existe um desgaste da representatividade entre o eleitor e o eleito. Hodiernamente, o já não tão novo contexto constitucional, parece progressivamente perder sentido uma democracia cuja participação do cidadão seja calcada tão somente pelo voto periódico dos representantes. No modelo tradicional, buscava-se principalmente o consenso na elaboração legislativa, que se dava apenas entre aqueles que eram eleitos de modo representativo pelos cidadãos. A partir do momento que a lei é editada há um consenso presumido e o dissenso é reprimido.

Verifica-se, em vista disso, que o voto não basta para legitimar toda e qualquer decisão de gestão do mandatário, ainda que democraticamente eleito. A prática da democracia está na capacidade conferida aos cidadãos por diferentes meios de influenciar os centros de exercício do poder, impactando consequentemente as decisões a serem tomadas. Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³ aduz que não mais basta o consenso na escolha de pessoas pelo voto formal, de modo que se faz necessária a busca pelo consenso mais amplo sobre a escolha de políticas públicas através de outras formas institucionais.

⁴² Em referência à dignidade da pessoa humana, Flávia Piovesan destaca que a acentuada preocupação da Constituição Federal de 1988 para com aquela é um reflexo do imperativo da justiça social, dado que o texto constitucional ao resguardá-la acaba por redimensionar os próprios direitos fundamentais. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar-mai, 2008. pp. 01-18. p. 02

O voto, e através dele as eleições no geral, de acordo com Susan Rose-Ackerman⁴⁴, ainda que possam constranger políticos eleitos a agirem na defesa dos interesses de seus eleitores, mesmo assim constitui uma ferramenta imperfeita. Em semelhante sentido professa Jerry Mashaw⁴⁵, para quem o controle exercido pelo cidadão em uma democracia não deveria se dar tão somente de maneira mediata, através da eleição de representantes.

Nesse cenário, observa-se que a representação dos indivíduos da sociedade através apenas dos representantes eleitos se mostra insuficiente, imprimindo uma modificação no caráter da representatividade em si que parte a buscar uma assimilação da complexidade social. Desse modo, vê-se que os representantes, habitualmente constituídos pelo voto têm passado por mudanças que refletem no “decréscimo da atividade reivindicatória por parte dos agentes políticos e o esvaziamento da política como instância de luta social” de modo que a ação da sociedade civil, ainda que incipiente em algumas características, “está longe de ser nula ou desimportante” como esclarece José Rodrigo Rodriguez⁴⁶.

Em semelhante entendimento expressa-se Celso Fernandes Campilongo⁴⁷, para quem a falta de representatividade observável no sistema político brasileiro é evidenciada pela “incapacidade de os partidos políticos promoverem grandes agregações de interesse numa sociedade complexa”. Dessarte, a democracia atualmente não só implica no “esmaecimento da separação entre governantes e governados”, como promove a percepção de que “os governados são, em princípio, os governantes”, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci⁴⁸.

⁴⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press 2005. p. 143

⁴⁵ MASHAW, Jerry L. Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability. *Revista Direito GV especial* nº 1 (Special Direito GV Review nº 1). São Paulo: Fundação Getulio Vargas 2005. pp. 153-170. p. 155

⁴⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 57

⁴⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51

⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87

Nesse cenário de crise de representatividade, há inclusive como efeito indireto o aumento do destaque (e protagonismo) do Judiciário, como via possível de canalização de interesses cada vez mais manifestados por essa sociedade complexa. Esse contexto fica evidente na seguinte passagem de Celso Fernandes Campilongo⁴⁹, para quem:

“Somadas, a crise política de representatividade e a crise econômica de eficiência resumem-se na perda de racionalidade decisória do Estado brasileiro. Isso equivale a dizer que as contradições de ambos os sistemas se realimentam continuamente, numa sequência que rompe com o equilíbrio entre os Poderes, produz sobreposição de funções e estruturas na burocracia estatal, fragmenta a lógica de ação do Estado e fabrica um padrão de juridicidade marcado por inconstitucionalidades rotineiras – tanto no plano da produção legislativa quanto na esfera da administração pública – ou pelo recurso às fórmulas bastante heterodoxas de legalidade ad hoc, como as Câmaras Setoriais, no plano econômico, e os conselhos de Participação Comunitária, no campo de direito à saúde e dos direitos das crianças.”

Pelas evidências acima expostas, parece certo que o voto não possui o condão de satisfazer plenamente o anseio democrático em relação à participação nas habituais instâncias de formação política, seja no Legislativo e/ou no Executivo. Assim, hodiernamente sobressai o entendimento de que existe um distanciamento (crescente) entre a população e os órgãos de representação⁵⁰. A este respeito, destacam Katya Kozicki e Estefânia Queiroz⁵¹, que a ausência de diálogo pleno se verifica até mesmo entre o Legislativo e o Executivo, que através de melhor entrosamento poderiam “verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia”.

A partir desse cenário o Poder Judiciário parece ganhar proeminência dentre os cidadãos, como instância de amplificação (propagação) de seus anseios e

⁴⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 21 A respeito veja-se também: VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 400

⁵¹ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 80

demandas. Nesse sentido, ensina Susan Rose-Ackerman⁵², o Judiciário vem assumindo particular importância em países que visam consolidar o regime democrático. Já o professor Jerry Mashaw⁵³ vê na atuação do Judiciário no controle das ações estatais uma governança democrática moderna.

Em vista a morosidade característica da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo em choque com a celeridade (e premência) das relações na sociedade complexa, o Judiciário consegue, por exemplo, através de medidas em caráter liminar, atender direitos sociais reprimidos, que usualmente não seriam efetivados pelas vias tradicionais da política e do voto. Na lição de Maria Paula Dallari Bucci⁵⁴, verifica-se atualmente uma maior amplitude e “alargamento das formas e do uso da tutela de urgência”.

Contudo, mesmo o órgão jurisdicional não tendo habitualmente a velocidade desejada no trato das demandas que lhe são colocadas⁵⁵, ainda assim, possui um rito mais claro de participação (dentro de um processo) e alguns filtros que aceleram a análise de temas mais candentes (prementes).

⁵² ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press 2005. p. 152

⁵³ MASHAW, Jerry L. Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability. *Revista Direito GV especial* nº 1 (Special Direito GV Review nº 1). São Paulo: Fundação Getulio Vargas 2005. pp. 153-170. p. 153

⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196

⁵⁵ A respeito da morosidade do Judiciário, consultar as seguintes obras: SILVA, Paulo Eduardo Marques. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 30/31 / GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Org.). *Mediação e Gerenciamento do Processo: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20 / IPEA/CNJ *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.) Brasília, 2011. p. 07, 10, 11, 30 / GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 283 / SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, pp. 79-98, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005> p. 86 / FERRAZ, Leslie Shériida. A conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma análise empírica. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 410

1.1.2 – CONTESTANDO A GESTÃO ADMINISTRATIVA

Muitas são as consequências trazidas pelo advento da sociedade complexa, sendo recorrentes as alusões à necessidade de maior transparência das informações relativas à gestão pública; à complicação da gestão pública (atividade estatal) e à provocação mais intensa do Judiciário. Prosseguindo na compreensão desta última característica, a complexidade da sociedade agindo em ambiente democrático reflete-se, em termos de cidadania, na busca pelo cumprimento de seus direitos e possibilidade de ser ouvida pelos órgãos estatais⁵⁶.

Conforme evidencia Michael Reid⁵⁷, com seu olhar estrangeiro pelo que se vem passando no Brasil, os protestos de âmbito nacional observados em junho de 2013 evidenciam uma grande virada da cidadania dos brasileiros. Tercio Sampaio Ferraz⁵⁸, com sua peculiar acuidade, apercebendo-se deste fenômeno anos antes, apressa-se em asseverar que as “sociedades estão em transformação e a complexidade do mundo está exigindo novas formas de manifestação do fenômeno jurídico”.

Outra perspectiva dessa sociedade que desafia a ação estatal comumente realizada é destacada por Ermínia Maricato⁵⁹ quando esta trata da função social da propriedade imóvel. Existem movimentos sociais que se manifestam em prol do direito de moradia, contudo, adverte a autora a respeito do “caráter demasiadamente ‘juridicista’ e institucional dessa lista de conquistas”, tendo em vista a “tradição clientelista que caracteriza a relação do Estado brasileiro com os de baixo, eternamente dependentes de favor”. Corroborando o entendimento a afirmação de Celso Fernandes Campilongo⁶⁰, para quem os países da América Latina defrontam-se com “problemas que

⁵⁶ Sobre os brasileiros demandando cada vez mais, como cidadãos, veja-se: ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press 2005. p. 151/152 / RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 40

⁵⁷ REID, Michael. *Brazil: The Troubled Rise of a Global Power*, London: Yale University Press 2014. p. 281/289

⁵⁸ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29

⁵⁹ MARICATO, Erminia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 95

⁶⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

tornam especialmente complexos os processos de mudança social na região”, além de tradições que tornam “intermináveis processos de ‘transição para a democracia’”.

Neste contexto, verifica-se os cidadãos brasileiros cada vez mais demandantes, descobridores da utilização de mecanismos de intervenção (e por que não dizer, desafio) das decisões, atos e comandos políticos. Não por outra razão, Eros Roberto Grau⁶¹ bem sustentou que, com a Constituição Federal de 1988, se instaura o “Estado do Social” que “passa a ser exaustivamente ‘consumido’ pela sociedade”. Bem resumiu essa visão José Rodrigo Rodriguez⁶² na seguinte passagem:

“A partir deste momento, com o processo de redemocratização do país, seguiu-se um intenso processo de reivindicação de direitos pela sociedade perante o Poder Judiciário com o fim de tornar efetivas as normas constitucionais. A assim denominada ‘constituição cidadã’, que nasceu de um intenso processo de debate na sociedade civil com ampla participação popular em sua confecção, tornou-se referência necessária para a luta dos diversos movimentos sociais.”

Parece assentado que é na busca pela observância desses direitos fundamentais constitucionalmente posicionados que a sociedade acaba de alguma maneira judicializando a política⁶³, com temas e discussões que até há pouco tempo seriam travadas em âmbito político sendo levados ao debate judicial. Ilustrativa, nessa acepção, a lição de Fernando Dias Menezes de Almeida⁶⁴, para quem a Constituição de 1988 revela instrumentos vários que visam “assegurar maior transparência e controle da ação administrativa; maior participação dos indivíduos na definição de políticas públicas; e mais instrumentos aos indivíduos para se defenderem de abusos praticados pelo Estado”.

⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42

⁶² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 104

⁶³ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 62

⁶⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 43

No magistério de Loiane Verbicaro⁶⁵, a “maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política” seria um fenômeno característico das democracias consolidadas, decorrente de mudanças de ordem política, econômica e social. A autora ainda vai além, ressaltando que os direitos e valores da nova ordem democrática, conferiram aos grupos sociais (e indivíduos) a maior capacidade de reivindicar, por direito assegurado na Constituição, seus direitos lesados. De acordo com José Rodrigo Rodriguez⁶⁶, observa-se em sociedades complexas que o “imperativo de efetividade exige que alguma instância de caráter jurisdicional seja capaz de colocar fim ao debate jurídico em algum momento” e, possivelmente à vista disso, o Judiciário tenha mais esta virtude frente aos demais Poderes.

No escólio de Ulrich Beck⁶⁷, vem ocorrendo o “empalidecimento do intervencionismo do Estado Social” de modo que se verifica a dissolução das fronteiras da política tanto em relação à redução das margens de manobra no sistema político, como o surgimento fora desse sistema de “demandas por participação política sob a forma de uma nova cultura política (iniciativas da sociedade civil, movimentos sociais)”. Em lapidar concisão, o autor profere:

“A perda em termos de poder estatal de conformação e realização não é, nesse sentido, expressão de um certo fracasso político, e sim produto da democracia e da política social realizadas, em meio às quais os cidadãos sabem dispor de todos os meios de intervenção e controle público e judicial para a defesa de seus interesses e direitos.”

Estar em uma sociedade complexa inserida em um regime democrático com liberdade de manifestação de interesses e segurança jurídica para defender-se, pouco teria a expressão que possui se não houvesse a transparência das informações públicas. Afinal, somente se munido de informações o cidadão poderá compreender não só sua

⁶⁵ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 391/394

⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 216

⁶⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 278

realidade, como também desafiar a ação estatal. Verônica Cruz⁶⁸ bem sintetiza esse cenário:

“No fim dos anos 1980, com a onda de democratização na América Latina, as ciências sociais passaram a incorporar em suas análises a necessidade de desenvolvimento de instrumentos de accountability e transparência das decisões públicas como tarefa inadiável das novas democracias. Cidadania, sociedade organizada, engajamento cívico, interesses, representação, prestação de contas, controle, punição, boa governança e poder.”

Absorvendo aspectos semelhantes à transcrição antecedente, Flávia Piovesan⁶⁹ destaca que o componente democrático, tão essencial à adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais, deve incorporar os princípios da participação, transparência e accountability⁷⁰. Nesse sentido, Demian Guedes⁷¹ afirma que o “Estado democrático precisa ser, antes de tudo, um Estado que se explica”, ou seja, cuja legitimação se dá através da exposição de suas razões e fundamentos à crítica dos cidadãos.

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci⁷², atualmente a Administração Pública brasileira tem buscado avançar em relação à “mera apresentação das informações solicitadas ao público” de modo a propiciar melhor comunicação com os eleitores. De acordo com a autora⁷³, trazer à luz e viabilizar a aplicação do contraditório entre eleitores e governo perpassa a própria “organização do trabalho governamental

⁶⁸ CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. in: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. pp. 53-86. p. 72

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 189

⁷⁰ A respeito do vocábulo accountability, em breve síntese João Beolchi o define como “a capacidade do sistema político de prestar contas de suas promessas aos cidadãos; refere-se, assim, à utilização de boas práticas de gestão, prestação de contas e responsabilização pelo correto emprego dos recursos públicos, a que se atendam as necessidades públicas (responsividade do governo, como elemento do accountability) com observância das normas legais aplicáveis”. BEOLCHI, João Batista. *Gestão Pública Contemporânea*. In: ALMEIDA, Eloísa Machado. *Controle da administração pública*. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. pp. 93-115. p. 110

⁷¹ GUEDES, Demian. “A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 241-266. p. 252

⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164

⁷³ *Op. cit.* p. 161

segundo regras de transparência e impessoalidade”, que se traduzem em uma clara garantia democrática.

Frequentemente, a sociedade complexa acarreta uma administração estatal igualmente complexa, que leva em consideração em sua gestão, tanto quanto for viável, as variações e diversidades dos interesses que informam a sociedade seja no modo de definir, seja no modo de executar as atividades estatais. Nesse cenário, mesmo o aparato jurídico que informa a gestão pública acaba impelido à adaptações e novas leituras, de modo que se rompe com o “sistema monolítico, retrospectivo e supostamente estável” que passa a não se entender com o mundo pós-moderno⁷⁴, na lição de Floriano Marques Neto⁷⁵.

Transcorrendo em semelhante sentido acerca do rompimento do desenho institucional do corpo jurídico, Loiane Prado Verbicaro⁷⁶ preconiza que, a partir do texto constitucional, cuja textura é aberta, pontuada por normas programáticas e cláusulas indeterminadas, nasce uma conjunção facilitadora da judicialização da política que quebra com a dogmática jurídica precedente e possibilita novas e variadas interpretações sobre o mesmo dispositivo.

De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida⁷⁷, a Carta constitucional de 1988 acabou por fixar “novos patamares na relação da Administração Pública com os indivíduos”. Em aproximação assemelhada vão as lições de Luís Roberto

⁷⁴ A respeito da modernização a que tem passado tantos aspectos, seja a sociedade, as relações etc., destaque a definição trazida por Ulrich Beck, para quem a modernização em si compreende “[...] o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.” BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 23

⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 10

⁷⁶ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 394/395

⁷⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 43

Barroso⁷⁸, para quem a Constituição Federal de 1988, a partir do protagonismo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, promoveu alterações na “qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.”

Sobre o assunto, torna-se notório que o interesse público não é mais singular, sendo igualmente complexo (e plural). Este aspecto multifário dos interesses públicos e o tema da maior complexidade da atividade estatal serão melhor tratados no segundo capítulo do trabalho. Observa-se que cumpre, contudo, nesta fase fixar que existe uma sociedade complexa que dinamiza (ao mesmo tempo que fragiliza) a atuação governamental inserida nessa nova realidade. Nesse sentido, é exemplar a lição de Celso Fernandes Campilongo⁷⁹:

“A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade social e da contingência do processo decisório. Complexidade é o mesmo que pluralidade de alternativas. Contingência significa que, se a decisão, hoje, recaiu sobre a hipótese x, nada impediria que, legitimamente, tivesse recaído sobre a alternativa y, ou que, no futuro, recaia sobre a via z. Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência).”

Nos ensinamentos de Floriano Azevedo Marques e Egon Bockmann Moreira⁸⁰, a própria complexidade da sociedade (em suas relações econômicas e sociais) contribuíram para a ampliação da atuação do Estado. Contudo, como essa atuação não ocorre da maneira esperada por muitos cidadãos, como visto, há a emergência do Judiciário como foro de debate e demanda de diversos temas.

Concomitantemente, nesse cenário, a descoberta e utilização dos mecanismos de intervenção na atuação estatal estão conectadas a três perspectivas que

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 49

⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79

⁸⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 09

fazem o elo entre as atividades do Estado e o exercício da cidadania. A primeira relativamente ao acesso à informação, pois sem a possibilidade de solicitar e receber informações não há que se falar em transparência, conforme abordado. A segunda perspectiva refere-se à possibilidade de manifestação, pois incongruente seria munir-se das informações necessárias à formação de opinião e silenciar-se a respeito delas.

Já a última perspectiva reside na efetividade da participação que corresponde ao nascimento de impacto e justificação estatal do próprio empenho em alterar seu posicionamento. Note que “participar” é mais impactante do que se “manifestar”, pois é possível colocar-se como *amicus curiae* em determinada ação judicial participando do processo. Nessa crescente busca por se fazer ouvir, ou melhor, ser levado em consideração pelas autoridades públicas, os cidadãos progressivamente têm buscado o amparo do Poder Judiciário. E como arremata Celso Fernandes Campilongo⁸¹ a respeito “a luta social tem na arena jurídica uma importantíssima frente de batalha”.

Como já aludido anteriormente, a revelação da sociedade complexa é mais recente, coincidindo em grande medida com a restauração da democracia. As adaptações não se processam de forma pacífica, restando atritos tanto das áreas governamentais como dos cidadãos buscando a atenção ao seu pleito (interesse). Neste ínterim, a convocação do Judiciário para dirimir esses atritos parece até previsível. Loiane Prado Verbicaro⁸² sintetizou esta ideia mediante parágrafo conciso e lapidar, lecionando:

“A institucionalização de um espaço público alternativo – complementar e não excludente às clássicas instituições político-representativas –, propiciado pelo incremento da atividade judicial, pela crescente expansão do direito, dos seus procedimentos e instituições sobre a política e sobre a sociabilidade da vida contemporânea, repercute diretamente nas relações entre Estado e sociedade civil, permitindo uma ampliação do acesso dos cidadãos às instâncias de poder por meio da abertura do Poder Judiciário às demandas individuais e coletivas – especialmente a partir da

⁸¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

⁸² VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 390

promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que possibilitou a inserção do Poder Judiciário em um contexto de protagonismo e ampliação de sua dimensão política.”

Assim, dificultada seria a compreensão da hipótese do trabalho sem uma consciência dos protagonistas mais difusos que são as instituições e os cidadãos de uma sociedade complexa em ambiente democrático ainda recente. Em vista disso, buscase expor em linhas gerais alguns referenciais como os componentes da liberdade e segurança na revelação mais alargada da sociedade complexa, pontuando que a esta só o voto já não basta. Ressalte-se igualmente como a morosidade dos Poderes Executivo e Legislativo torna o Judiciário atrativo, bem como esse cenário atrai uma atitude de contestação da ação estatal cada vez mais intrincada através da provocação mais intensa do Judiciário.

Merece referência a salutar advertência feita por Luís Roberto Barroso⁸³, para quem a Constituição Federal de 1988 promoveu a “demanda por justiça na sociedade brasileira, inclusive na relação entre a Administração Pública e os administrados” com o redescobrimento da cidadania, bem como a maior conscientização das pessoas em relação aos seus direitos.

De maneira mediata, foi possível perceber que mesmo os Poderes, em suas respectivas áreas de atuação, passam por enfrentamentos diferenciados que lhes incutem ao menos alguma reflexão, se não mudança efetiva. Esse impacto social sobre a organização do Estado é destacada por Celso Fernandes Campilongo⁸⁴ ao apostilar que de modo paralelo e complementar à reconstituição da ordem legal sob o paradigma democrático, observou-se que a “sociedade civil brasileira implicou uma redefinição do perfil de diversas entidades”. A respeito dessa mudança social sem precedentes, de grande complexidade e a revisão do papel das entidades (como as governamentais),

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 51

⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

Ulrich Beck⁸⁵ resume o que não constitui um cenário exclusivamente brasileiro no seguinte excerto:

“Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. [...] as fontes de perigos já não são mais o desconhecimento, e sim o conhecimento, não mais uma dominação deficiente, e sim uma dominação aperfeiçoada da natureza, não mais o que escapa ao controle humano, e sim, justamente o sistema de decisões e coerções objetivas estabelecido com a era industrial. [...] os riscos convertem-se no motor da autopolitização da modernidade na sociedade industrial – e mais: com eles, alteram-se conceito, lugar e meios da ‘política’.”

⁸⁵ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 275

1.2 - HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Há mais de duas décadas vivencia-se no Brasil a vigência de uma nova Constituição Federal, que não bastasse ser novidade na sustentação do ordenamento, igualmente rompeu significativamente com o regime militar que lhe antecede. Por conseguinte, passou-se a vigorar uma hermenêutica constitucional marcada pela interpretação mais atrelada à consideração de princípios, bem como a mudança na produção da eficácia normativa.

Assim, sob o prisma constitucional nascente, desencadeiam-se transformações de vários matizes, perpassando a construção, execução e controle de políticas públicas nos mais distintos planos (temporal, financeiro e mesmo democraticamente). A Constituição Federal de 1988 incorporou variações valorativas ao direito, de modo a dar crescente importância aos princípios constitucionais além de consagrar a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito. De acordo com Loiane Prado Verbicaro⁸⁶, constituem fundamentos do Estado Democrático de Direito:

“[...] a liberdade de expressão, a liberdade de associação, o pluralismo político, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o sufrágio universal, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, o bem-estar, a justiça e o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias a sua efetiva proteção jurídica por intermédio de novos instrumentos processuais (como: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção).”

1.2.1 – PRODIGALIDADE DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é prolífica ao enunciar direitos. Foi tão fecunda, que muitos de seus dispositivos foram taxados como de caráter programático. Contudo, faz-se notório que há um descumprimento de muitos deles sobre vários temas e regiões do território, de modo que essa dinâmica já ganhou um nefasto caráter

⁸⁶ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 393/394

sistemático de repetição e não cumprimento. Como enfatiza Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁸⁷, em se tratando da prodigalidade de direitos no âmbito constitucional, isso se deve em grande parte à constitucionalização dos direitos sociais que “passa a demandar uma ação positiva do Estado”.

Muitas são as evidências na doutrina a respeito da prodigalidade de direitos destacável do atual ordenamento constitucional e o Estado social. Destacam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁸⁸, que o Estado cresceu, bem como suas funções. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁹ ressalta que o “Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado”, de modo que a autora conclui que existe uma programaticidade implícita e inevitável, pois abre-se o confronto entre o “dever constitucional de atender às imposições constitucionais” e de outro lado a “escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos”.

Insta, a respeito da prodigalidade de direitos elencados na Constituição Federal de 1988, lembrar a salutar advertência feita por Victor Carvalho Pinto⁹⁰ a respeito do mandamento normativo, o qual passa de instrumento de ordenação e transformação da sociedade a ser encarado como símbolo representativo de ideias. O autor, em crítica à emanção legislativa de uma cadeia de direito, destaca que a “positivação de promessas de campanha oferece ao político confortável posição de transferir a responsabilidade pelos problemas aos Poderes Executivo e Judiciário, que podem então ser acusados de ‘omissão’ na aplicação das leis”.

Inclusive, a respeito desse papel central da Constituição de 1988, de potencializar o número de direitos, lembra Fernando Dias Menezes de Almeida⁹¹ que existem efeitos perceptíveis nos Poderes pela mudança de postura da própria sociedade.

⁸⁷ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 58

⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 192

⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 832

⁹⁰ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011. p. 41

⁹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 330

De acordo com o autor, a população passa a ver na Constituição em si, e não nas leis, “o instrumento de defesa de seus direitos”. Já Irene Patrícia Nohara⁹² vai além, destacando dentre os impactos da emergência do Estado Social a mudança na própria interpretação do direito público, “haja vista a alteração do papel do Estado da abstenção para a prestação, o que provocou um incremento da visão prospectiva do Direito, em contraposição ao papel mais retrospectivo”.

1.2.2 – CARÁTER PROGRAMÁTICO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

Do extenso rol de direitos enunciados na Constituição Federal de 1988, sua aferição na realidade, se não é falha, por vezes se faz praticamente inexistente (não é autoexecutória⁹³), confirmando assim seu caráter programático. Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁹⁴, consideram-se programáticas as normas constitucionais que remetem aos direitos sociais, traçando-lhes os contornos das “tarefas e linhas de atuação (programas) para o Estado”. Swarai Cervone Oliveira⁹⁵ sustenta que normas programáticas correspondem àquelas que devem ser cumpridas pelo legislador e pelo administrador “de forma vinculada aos princípios traçados por essas normas”, que sedimentam os fins sociais do Estado.

As normas programáticas⁹⁶ não possuem perspectiva clara de efetividade através da atuação estatal, dado que “só assumem eficácia plena quando implementadas pelo legislador ordinário ou por ato do Executivo”⁹⁷. Nesse sentido, Eros Roberto Grau⁹⁸ aduz que a Constituição Federal de 1988 “é marcadamente ‘principiológica’ – e, por consequência, ‘programática’ –, no sentido de que dispõe não apenas de regras, mas também princípios”.

⁹² NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 02/03

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 73

⁹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 24

⁹⁵ OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106

⁹⁶ De acordo com Carlos Ari Sundfeld, a expressão “normas programáticas” está “fora de moda”, ainda que “a ideia por trás dela continue relativamente presente”. *Op. cit.* p. 73

⁹⁷ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 41

⁹⁸ *Op. cit.* p. 130

O autor⁹⁹ consigna que a Carta de 1988 possui um perfil que define direitos que não garante, o que acaba por transformá-la em um mito, dado que a existência de normas programáticas endossa o entendimento de que “não é possível dar aplicação imediata a todo direito ou garantia fundamental, até porque essa aplicação ‘contraria a natureza das coisas’”, mas que, para parte da doutrina, trata-se de normas donde se “podem retirar subsídios extremamente ricos para alimentar a retórica de não aplicação de tais direitos”.

Em posição divergente, comungando da efetividade que as normas programáticas adquiriram com a atual Constituição, Loiane Prado Verbicaro¹⁰⁰ enfatiza que elas constituem um dos modos de expressão legislativa donde o aplicador do direito adquire autonomia em face da lei. Já para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹⁰¹, as normas programáticas ganharam maior eficácia justamente por estarem em grande parte integradas pela legislação infraconstitucional. Assim, a autora¹⁰² entende que a dogmática constitucional tem dotado de maior eficácia essas normas, uma vez que, sendo a Constituição o ápice da estrutura estatal, “não poderia ela mesma conter dispositivos despidos de vigência, eficácia e aplicabilidade”.

Em vista das asserções acima expostas, a profusão de normas programáticas presentes na Constituição Federal de 1988 não confere a proteção que visa emanar no momento legiferante, indo além. Contudo, quando se move a lupa para o descumprimento, o que se observa é que já existe um paradigma legal que seria motivo de ser cumprido, sendo o seu descumprimento uma negativa àquilo que já existe. Desse modo, possivelmente o que faz falta não seja mais uma norma, mas sim o seu cumprimento.

Contudo, como o cumprimento encontra obstáculos, em algumas ocasiões, uma nova norma pode disciplinar o cumprimento tendo observados as causas

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 130/329/330

¹⁰⁰ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 395

¹⁰¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 83

¹⁰² *Op. cit.* p. 38

que mais acometem determinado direito para o seu não cumprimento. Assim, o problema não se resume na legislação, mas sim na sua aplicação (e interpretação) que deve passar por alguns estímulos (mesmo que positivados) para ser valorizada, e, portanto, levada a sério. Nesse jaez percebe-se a crítica de Carlos Ari Sundfeld¹⁰³ quando preconiza que “falta é valorizar mais as instituições e o direito”, ainda que o Brasil já conte com legislação e prática jurídica com alguma maturidade.

De outro modo, como observa Swarai Cervone Oliveira¹⁰⁴, é importante garantir à sociedade a via jurisdicional para obrigar o administrador a concretizar os programas, os objetivos constitucionais (por meio de imposição de obrigação de fazer, na hipótese de omissão). Observa-se assim que ora essas normas parecem boas para superar-se o Estado autoritário e conclamar os representantes públicos à atuarem na execução de direitos sociais fundamentais; ora endossam uma retórica de procrastinação que chama o Judiciário à maior atuação. Esse embate entre empatia e rejeição às normas programáticas criam uma penumbra quanto à sua aplicação mais efetiva.

Desse cenário nebuloso, em relação à prodigalidade de direito e o descumprimento sistemático, José Rodrigo Rodriguez¹⁰⁵ acentua importantes nuances. Para ele a democratização recente do país enseja a promulgação de leis (e da própria Constituição) permeada por normas programáticas, que concedem arrimo ao direito desejado. Ao mesmo tempo verifica que a “desconfiança em relação ao direito é própria de um país com parca cultura política democrática, marcado por sucessivos governos autoritários e/ou oligárquicos no século XX”. Nesse cenário, conclui o autor de maneira lapidar, que de um lado, o direito é visto com suspeição, de outro, é visto como solução para todos os males; e, quando não traz a solução esperada, cai novamente no elemento da suspeição, em um círculo enganoso.

¹⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias entre Estado e particulares: conquistas e desafios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: PGERJ, 2014. pp. 246-255. p. 255

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 108/109

¹⁰⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 191/192

1.2.3 – O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

De acordo com Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁰⁶, o fenômeno da constitucionalização existe muito antes da promulgação da Constituição de 1988, tendo ganho força e repercussão especialmente a partir da segunda guerra mundial. O significado e a compreensão da constitucionalização perpassa, nos dizeres de Luís Roberto Barroso¹⁰⁷, pelo efeito expansivo das normas constitucionais, ou seja, normas “cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.

Dessa irradiação, o autor destaca que advêm repercussões que atingem os Poderes de Estado e mesmo as relações entre particulares, que ele¹⁰⁸ resume em três conjuntos de circunstâncias. Inicialmente pela existência de vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública. Em segundo, pela verificação de uma sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos. E, por fim, pela influência dos princípios constitucionais sobre esse ramo do direito.

Dessas transformações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁹ destaca que se as relações entre direito privado e direito administrativo “não ficaram estáticas no tempo”, (ainda que se pudesse resumir a influência do direito civil sobre o direito administrativo inicialmente pela publicização do direito civil), ainda assim, assistiu-se em seguida tanto à privatização do direito público como à constitucionalização do direito administrativo.

Pelo exposto até o momento, parece transparecer progressivamente que foi a Constituição de 1988 que propiciou o ambiente necessário à constitucionalização do

¹⁰⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 397

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 32

¹⁰⁸ *Op. cit.* p. 47

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 1-20. p.

Direito Administrativo. Como argumenta Fernando Dias Menezes de Almeida¹¹⁰, através de texto extremamente analítico e com ênfase especial na previsão de direitos fundamentais, a constitucionalização do direito ganhou força avançando por terrenos outros, como o administrativo.

Por outra perspectiva, Luís Roberto Barroso¹¹¹ destaca que a constitucionalização do direito administrativo se deve em grande parte à incidência dos princípios constitucionais sobre este domínio do direito, sendo assim a causa mais decisiva na emergência dessa “constitucionalização do direito administrativo”. Justamente esse fenômeno congrega que a atuação pública deva ser irrigada não apenas pelos princípios setoriais enunciados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, como também de todos os demais constitucionalmente abrigados.

Contudo, apesar do que se pode licitamente supor, as contribuições advindas da Constituição Federal de 1988 ao fenômeno da constitucionalização do direito administrativo, não foram tão decisivas quanto se supõe. Conforme explica e oferece contraponto crítico ao fenômeno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹² destaca que a constitucionalização sempre existiu, a citar por exemplo a própria Constituição de 1934 que apresentou normas sobre servidor público em seu texto.

A autora¹¹³ ainda esclarece que foi a partir da Constituição Federal de 1988 que verificou se mais precisamente a constitucionalização de valores e princípios que passaram a orientar a atuação dos três Poderes. Nos termos esposados pela autora: “[h]ouve uma ampliação do sentido da lei, no sentido de que ela passou a ser vista sob o aspecto formal, porque emana do Legislativo, e sob o aspecto material, porque ela tem o papel de realizar os valores consagrados na Constituição”.

¹¹⁰ *Op. cit.* p. 398

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 49

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 179/180

¹¹³ *Op. cit.* p. 179/180

Dessarte, a constitucionalização do direito administrativo é observável na absorção de alguns instrumentos e institutos do texto constitucional com reflexos interpretativos sobre a praxe administrativa, subjugando a atividade estatal mais ainda às diretrizes democráticas, como maior transparência de informações, participação de interessados e controle social e institucional ampliado. O fenômeno ainda espalha impactos não apenas na prática, como igualmente na teoria administrativa. Consoante aos dizeres de Fernando Dias Menezes de Almeida¹¹⁴, a constitucionalização do direito afeta o modo de ser da teoria do direito administrativo, tendo em vista que “não apenas a doutrina invoca a Constituição ao lidar com a interpretação e aplicação do direito positivo [...] como ainda as análises que a doutrina faz do direito administrativo em geral e, eventualmente, da própria teoria do direito administrativo, são constitucionalmente inspiradas”.

A constitucionalização do direito administrativo é igualmente observável pela maior capilaridade que é atribuída ao controle judicial que recai no processo de decisão estatal (conjugada com a participação democrática). Assim, não seria inverossímil afirmar que houve variação no modo como o controle judicial é executado. Nesta senda, pode-se concluir com a ideia de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹⁵, para quem atualmente existe uma “hiperconstitucionalização do direito”.

Outro reflexo destacável da constitucionalização do direito administrativo se manifesta na alteração da relação entre Administração e administrados, como destaca Luís Roberto Barroso¹¹⁶ a respeito, destacando que do fenômeno tem-se a “superação ou releitura de paradigmas tradicionais”. O autor menciona, por exemplo, a redefinição da ideia de supremacia do interesse público, a releitura do princípio da legalidade administrativa, e mesmo a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo.

¹¹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 405/406

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 1-20. p. 08

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 63

Ainda, desses influxos do fenômeno da constitucionalização sobre o direito administrativo, merece uma última lembrança em relação à aproximação dos campos administrativo e constitucional. No escólio de Fernando Dias Menezes de Almeida¹¹⁷, com a Constituição de 1988, assiste-se à inflexão na tendência que marcava o final do século XIX, ou seja, do distanciamento entre direito constitucional e administrativo. De acordo com o autor, esse descolamento, com a nova ordem constitucional, assumiu sentido inverso. O autor igualmente ressalta que a aproximação fez com que a legislação infraconstitucional a respeito de temas do direito administrativo absorvesse cada vez mais referências constitucionais não apenas formalmente, como substantivamente.

1.2.4 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Inserido no atual Estado Democrático de Direito encontra-se o Estado do Bem Estar Social, reafirmado em diversas passagens da Constituição Federal de 1988. Contudo, o direito administrativo brasileiro sofre ainda hoje com os efeitos da perspectiva liberal do Estado, dado que se de um lado bem dialoga com o Estado de Direito (mais afastado e contido em suas forças através de preceitos legais calcados em obrigações de não fazer), ao mesmo tempo encontra empecilhos para se harmonizar com esse Estado Social (do qual é exigida pro atividade e necessita de prerrogativas e Poderes estatais para atuar).

De acordo com Gustavo Just¹¹⁸, o liberalismo se desdobra em dois aspectos: um deles é a construção de uma esfera de liberdade individual do cidadão, e de outro a da contenção da ação estatal por normas jurídicas. Como pondera Fernando Dias Menezes de Almeida¹¹⁹, o direito administrativo, em seus primórdios, ainda que tenha se

¹¹⁷ *Op. cit.* p. 331/397

¹¹⁸ JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 30-44. p. 31

¹¹⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. “Mecanismos de consenso no Direito Administrativo”. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 335 – 349. p. 337

prestado à concretização do Estado de Direito, ainda assim transferia ao detentor do poder soberano prerrogativas “análogas às do monarca dos antigos regimes absolutistas”. O autor aponta que justamente esse “viés de autoridade reforçada por poderes especiais” acabou marcando muitas construções teóricas do Direito Administrativo do século XIX e da primeira metade do século XX.

Curioso notar, como bem ressalta Luís Roberto Barroso¹²⁰, que mesmo no período liberal, o Brasil não se desgarrou da presença do Estado, até mesmo pela sociedade brasileira sempre ter gravitado em torno do oficialismo. O autor avança na crítica, afirmando que “[n]ão se deve encobrir, artificialmente, a circunstância de que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno.”.

Como reconhece Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²¹, tendo nascido no período do Estado liberal, o direito administrativo tanto protegeu a liberdade “que acabou por gerar profunda desigualdade social”. Não por outra razão, a autora¹²² sustenta que o paradigma liberal no qual o direito administrativo se baseia está se tornando incompatível com o Estado Social e Democrático de Direito. Justamente, essa insuficiência do paradigma liberal-individualista é destacada por Flávia Piovesan¹²³, para quem o Estado liberal não interventor e limitado juridicamente não se adequa aos comandos da Constituição Federal de 1988, a qual busca “responder à emergência de um novo padrão de conflituosidade, bem como à exigência de novos direitos fundamentais”.

De acordo com Loiane Prado Verbicaro¹²⁴, a tradicional visão que se tinha do direito era de um “sistema fechado, hierarquizado, coerente e completo”, a qual cede espaço para um “sistema que compreende o direito como múltiplas cadeias normativas capazes de apreender a complexidade da realidade socioeconômica”. A autora caracteriza o sistema jurídico atual pela “multiplicidade de suas regras, pela

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras – Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. pp. 59 – 87. in BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 60

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52

¹²³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 532

¹²⁴ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 401

variabilidade de suas fontes e pela provisoriedade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes”.

A esse propósito, merece ser mencionada a lição de Erminia Maricato¹²⁵, para quem a “diminuição do crescimento econômico a partir de 1980, o desemprego massivo e o recuo das políticas sociais” não faz com que o Estado volte a ser mínimo, como almejado pela “receita neoliberal”, mas um Estado mudado. Endossa essa mudança do Estado e com ele a mudança do direito administrativo a seguinte lição de Joan Prats i Catalá¹²⁶:

“O Direito Administrativo, todavia dominante, encontra-se aprisionado em um paradigma que já não responde à dinâmica dos fatos, conduzindo à sua negação estéril e crítica, impedindo o diálogo fecundo com o gerenciamento público no modelo renovado de algumas Ciências da Administração, hoje mais necessárias que nunca devido às rápidas e profundas transformações a que está sendo submetido o setor público do nosso tempo.”

De acordo com Flávia Piovesan¹²⁷, já no preâmbulo da Constituição de 1988 vem inscrito o caráter democrático do Estado. Conforme se lê no próprio preâmbulo constitucional: “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. A autora¹²⁸, inclusive, defende que “[à] luz da Carta de 1988, reforça-se a ideia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social, sendo hoje impensável um retorno ao modelo absentéista.”

Veja-se que, concomitantemente à busca pelo controle e domínio dos poderes de Estado, também sobre ele incidem prerrogativas e deveres para cumprir diversos direitos sociais (como moradia, saúde e educação), para além dos serviços públicos (como fornecimento de água, luz, coleta do lixo etc.)¹²⁹. Esse dilema exige um

¹²⁵ MARICATO, Erminia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 91/92

¹²⁶ CATALÁ, Joan Prats I. Direito e Gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. *Revista do Serviço Público*. Ano 47 (mai-ago 1996), vol. 120. nº 02. pp. 23-46. p. 26

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 528

¹²⁸ *Op. cit.* p. 531

¹²⁹ Victor Carvalho Pinto exemplifica no campo urbanísticos diversas áreas em que o Estado é chamado a atuar: “A qualidade de vida das cidades brasileiras está atualmente deteriorada. Congestionamentos de

balanceamento, para que um não se sobreponha ao outro, seja colocando o Estado na defensiva fazendo com que ele não atue na minimização das desigualdades, ou deixando o Estado extremamente atuante de modo que não seja possível controlá-lo.

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹³⁰ destaca que os dispositivos constitucionais enunciam muito além dos direitos sociais, mas também os objetivos do Estado “em promover tais direitos e quais deveriam ser suas linhas de atuação”, de modo a transformar o Estado de Direitos em Estado Social de Direito.

Carlos Ari Sundfeld¹³¹ preconiza, a respeito do Estado Democrático de Direito, como aquele que corresponde à somatória de constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos). Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³² destaca além da legalidade e separação de Poderes, também a igualdade, consignando sobre este tipo de Estado a função de assegurar os direitos individuais não apenas pela ótica das relações entre particulares, como entre estes e o Estado.

O Estado brasileiro, portanto, com suas características, filtra a leitura e aplicação do direito administrativo por uma dinâmica hermenêutica de novas configurações quanto às fontes (com a crescente influência dos princípios) e à efetividade dos dispositivos legais de cunho social. A hipótese emerge das mudanças que os Poderes e a sociedade vêm passando, todos bastante ligados ao novo diploma constitucional e sua interpretação, ou seja, ainda que se tenha uma alteração da eficácia e ganho de força dos princípios constitucionais, a manutenção de políticas públicas e mesmo de decisões de cunho administrativo perpassam pela positivação que confira parâmetros àqueles que interajam com esse ramo do direito.

tráfego, desmoronamentos, enchentes, carência de infraestrutura e de equipamentos públicos, poluição sonora, visual, da água e do ar são apenas alguns dos infindáveis exemplos de e desconforto a que se submete quotidianamente a maior parte da população brasileira.” PINTO, Victor Carvalho. *Direito Urbanístico: Plano Diretor e Direito de Propriedade*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011. p. 34

¹³⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 24

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 167-190. p. 168

De acordo com José Rodrigo Rodriguez¹³³, o pensamento dogmático mais tradicional confiava ao ordenamento jurídico a completude e coerência em uma perspectiva de regras cuja subsunção era capaz de fornecer ao juiz critérios para decidir todo e qualquer conflito. A questão é resumida no seguinte excerto:

“Em suma, o formalismo, caracterizado pela ideia de que o juiz deve subsumir os casos às regras, liga-se aos seguintes pressupostos institucionais: (a) o monopólio estatal do poder de criar normas jurídicas e de decidir conflitos; (b) o Poder Judiciário concebido como instância competente por aplicar as leis produzidas pelo parlamento após o debate político e (c) a segurança e a certeza do direito que garantem aos cidadãos que o Estado aja de forma controlada e previsível conforme com a vontade da sociedade expressa nas leis.”

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci¹³⁴, a ordem jurídica desprende-se da concepção como sistema de normas, valorizando o aspecto organizativo do direito de modo a evoluir no positivismo a partir de uma visão crítica da insuficiência das normas de conduta, como expressão do sistema jurídico. Nesse esquadro, verifica-se nas alterações hermenêuticas do sistema jurídico uma resposta de cunho pós-positivista à “percepção das insuficiências das codificações para dar conta de uma realidade”, como afirma Irene Patrícia Nohara¹³⁵.

Nessa esteira, a autora¹³⁶, aduz que o aspecto normativo dos princípios, reflete uma visão dita pós positivista de que “o princípio possui também força cogente e não meramente supletiva no ordenamento jurídico”, sendo instrumento inclusive de declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais que os violem. E, como fase seguinte à apreensão da importância dos princípios, Eros Roberto Grau¹³⁷ menciona que aflora o que se convencionou chamar de “nova hermenêutica”, a qual coloca em evidência justamente o fato de que o “momento de produção normativa é posterior ao da redação dos textos normativos”. Essa nuance assenta o entendimento, de acordo com o

¹³³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 126/127

¹³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 251

¹³⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 03

¹³⁶ *Op. cit.* p. 03

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011. (8ª ed. revista e ampliada). p. 283

autor, da distinção entre a dimensão legislativa da dimensão normativa do direito (que equivale à produção da norma pelo intérprete).

Nesse contexto, insta ressaltar a opinião de Irene Patrícia Nohara¹³⁸, para quem a realidade mais complexa engloba não só a apreensão dos textos normativos, como a interpretação dos fatos, que em alguns casos acaba por acarretar o “afastamento de determinados textos normativos em função das peculiaridades dos casos concretos”.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida¹³⁹, esse afastamento das normas e maior absorção de princípios reflete a consensualidade, na medida em que o mecanismo do império cede espaço para o mecanismo do consenso. Segundo nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁰, determinada medida que “esteja aparentemente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade” pode ainda assim contrariar o “senso comum do que é certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público”. Assim, existem situações em que não basta o sistema jurídico com suas normas positivadas para efetivar aquilo que se pretende justo na realidade prática.

No magistério de Maria Paula Dallari Bucci¹⁴¹, a absorção de certas ilicitudes, pela técnica jurídica da regularização pactuada de situações irregulares perante a ordem jurídica¹⁴², tem por base a mitigação diferenciada dos efeitos da invalidade originalmente prevista na regra. A autora sintetiza que em “nome do valor maior do saneamento da situação e da permanência da relação no âmbito do direito oficial, deixam-se de aplicar punições que a literalidade da norma atribuiria aos atos inválidos”.

¹³⁸ *Op. cit.* p. 03

¹³⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 343/344

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 223

¹⁴¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258/259

¹⁴² Acerca da ponderação entre seguir, ou não, estritamente as regras (“formalismo”), veja-se o seguinte exemplo de ponderações frente a outros princípios: “[n]o caso da licitação, a exigência de formalismo deve ser sopesada diante das características do caso concreto, em função dos princípios da igualdade e da competitividade, para que a Administração consiga alcançar o objetivo de seleção da proposta mais vantajosa.”. NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitações e contratos administrativos*. vol. 6. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: RT, 2014. p. 103

A exegese constitucional, como evidenciam as menções anteriores, forneceu bases de sustentação do novo regime que se instalava, condicionando transformações tanto na permeabilidade e força dos princípios jurídicos como da eficácia da norma. Logo, a hermenêutica constitucional teve forte impacto sobre o entendimento do que seria legal e justo, tanto no exercício das funções típicas dos Poderes, como nas relações interpessoais (entre as pessoas).

A importância da hermenêutica constitucional no trabalho deve, assim, ser vista em seu tempo, marcado por mais liberdade democrática, que viabiliza maior contestação da ação estatal. Como é sabido, a Administração Pública detém o protagonismo nas manifestações daquilo que constitui o Estado, e passou igualmente a receber a influência dessa nova hermenêutica constitucional sobre seus institutos e instrumentos de atuação.

Merece referência a advertência feita por José Rodrigo Rodriguez¹⁴³, para quem atualmente existe uma pluralidade de modelos hermenêuticos em disputa, de modo que não cabe afirmar a existência de um padrão de justificação homogêneo. O autor exemplifica com a análise dos “acórdãos de nosso Supremo Tribunal Federal, na qual se pode constatar um desfile variado de modelos de argumentação os mais diversos”.

1.2.5 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Um dos reflexos mais proeminentes desta “nova” hermenêutica constitucional se verifica na transformação pela qual a eficácia dos dispositivos legais (principalmente constitucionais) tem passado. Essa repercussão é algo bastante destacável da Carta de 1988, sem a qual não haveriam bases jurídicas que conferissem legitimidade para a assimilação dessa eficácia diferenciada, que preconiza um patamar mínimo de efeito de seus dispositivos. A nova hermenêutica constitucional, inclusive, não passa ao largo do difundido entendimento de que as normas programáticas, principalmente as atinentes aos serviços sociais do Estado, possuem um mínimo de

¹⁴³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 165

efetividade que decorre da própria Constituição, podendo seu cumprimento ser exigido judicialmente.

Juntamente a essa hermenêutica, com elevação da eficácia, observa-se o empoderamento dos membros do Judiciário, tendo em vista que o juiz, para conferir efeito à norma, pode transpor omissões dos demais Poderes, aplicando ou mandando executar o direito em demanda. Eros Roberto Grau¹⁴⁴ comenta que a chamada “nova hermenêutica” passou a compreender não apenas a importância dos princípios, como igualmente o novo momento da produção normativa, ulterior ao da redação dos textos normativos. O autor salienta, por conseguinte, que atualmente é possível “distinguir a dimensão legislativa da dimensão normativa do direito, o processo legislativo, de um lado, e o processo de produção normativa (= produção da norma pelo intérprete), do outro”.

A respeito desse protagonismo dos integrantes do Judiciário, destacam-se duas contraposições. A primeira acerca dos comandos judiciais, os quais buscando conferir eficácia a direitos sociais, em muitas ocasiões não chegam a cumpri-lo, afinal, não se cria vaga em creche com uma sentença tão somente. Como assevera José Roberto dos Santos Bedaque¹⁴⁵, não é suficiente o acesso ao juízo para dar eficácia ao direito, pois exige-se a “viabilização de determinado resultado, representado pela efetividade da proteção judicial, com a consequente manutenção do ordenamento infraconstitucional”. Ademais, insta considerar que nem todos os direitos sociais possuem a mesma densidade normativa, o que acaba por dificultar a concretização desses direitos pelo Judiciário, conforme explicam Katya Kozicki e Estefânia Queiroz¹⁴⁶.

Maria Paula Dallari Bucci¹⁴⁷ pontua, a respeito de ações que demandam direitos sociais (e prestações positivas como vagas em creches), que apesar do argumento da decisão judicial repousar sobre o caráter obrigatório da disposição constitucional, em

¹⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283

¹⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 61

¹⁴⁶ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 75

¹⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199

que pese o caráter mandatório do dispositivo, ainda assim, muitas são as condicionantes e longo o percurso dentro da Administração até que se atinja o resultado esperado.

Corroborando com essa evidência, Celso Fernandes Campilongo¹⁴⁸ assinala que ao mesmo tempo em que de nada adiantaria se o Judiciário não fosse capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais, de equivalente crítica padeceriam os direitos fundamentais, se o Judiciário não fosse capaz de garanti-los. O autor postula, no entanto, que malgrado os percalços, possivelmente eles constituem parte da consolidação da democracia no Brasil, marcada por uma expectativa demasiado elevada quanto à capacidade da Constituição.

Resgatando as lições de Eros Roberto Grau, o autor¹⁴⁹ ainda esclarece que a efetividade constitucional não é aquilo que a muitos parece, no sentido de não requerer legislação infraconstitucional ou mesmo ação de agentes do Executivo para dar efeito aos mandamentos constitucionais. O autor resume sua explicação afirmando que, se os direitos e garantias fundamentais fossem imediatamente aplicáveis, desnecessários resultariam, para induzir a sua aplicação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, dado que bastaria que o Poder Judiciário cumprisse a Constituição.

Diferentemente dos chamados direitos de primeira geração que mantinham o Estado refreado em ações, em posição passiva em respeito às liberdades individuais, a Constituição Federal de 1988 revela mais um aspecto de sua importância ao conferir proeminência à maior efetividade aos ditames constitucionais¹⁵⁰. Resgate-se nesse sentido, a exposição de Maria Sylvania Zanella Di Pietro¹⁵¹ ao afirmar que foi superada a concepção de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído

¹⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 329/330

¹⁵⁰ Veja-se que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 havia dispositivos legais de cunho social e democrático (por exemplo, o art. 171 da Constituição Federal de 1967, que manifestava que “As ciências, as letras e as artes são livres”) mas não revestidas com o peso que o texto constitucional imprimiu ao tratamento do tema; daí o destaque a sua inovação e importância.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 188/189

apenas por normas programáticas, as quais seriam dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas. De acordo com a autora, a mensagem do legislador constituinte buscou dar protagonismo (focalizar) que o dever do Estado de garantir direitos sociais não pode ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas, sendo que dessa percepção decorre o entendimento de que as normas constitucionais que garantem os direitos sociais “têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição”.

Se de um lado a “caneta judicial” não é capaz em muitas situações de prover adequadamente determinado tratamento de saúde, ou uma vaga na creche, de semelhante forma a “caneta legislativa” ou a do administrador público também seria capaz dessa proeza. No trecho a seguir transcrito de José Rodrigo Rodriguez¹⁵², pode-se fazer uma leitura em analogia ao raciocínio da “caneta”:

“Retomemos o exemplo do queijo. A regra que citamos acima afirma que o parmesão deve incluir leite como seu ingrediente. Vamos imaginar que a portaria seja modificada e se retire dela a referência ao leite. Resultado: o queijo parmesão, para o Direito, seria um queijo que não levaria este ingrediente.

A portaria não tem o poder de mudar a substância do queijo: o legislador não é alquimista ou mágico. No entanto, ela pode mudar aquilo que é relevante para o Direito. Neste caso, o resultado da mudança seria o seguinte: todos os produtos aos quais a regra se referia originalmente teriam sido postos fora do raio de ação do Estado. Queijos feitos com leite seriam irrelevantes para a fiscalização. Este exemplo, apesar de esdrúxulo, mostra a independência de sentido entre os conceitos jurídicos e qualquer outro conceito de parmesão.”

Ainda acerca do tema da eficácia das normas trazidas pela atual hermenêutica constitucional, outra particularidade que deve ser destacada pela sua importância e pertinência ao tema do trabalho é justamente o já brevemente aventado reposicionamento dos membros do Judiciário, que passam a ter maior protagonismo na defesa dos direitos, mormente os constitucionalmente amparados.

¹⁵² RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. (Org.). *Organização das Relações Privadas - Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 49-61. p. 56

Ora, seria quase incongruente cogitar-se uma mudança na eficácia, sem os agentes que as trouxessem ao plano da realidade. Assim, ao mesmo tempo em que há um Estado chamado a agir, ainda que refreado nos limites fixados, em prol da realização de suas funções definidas no ordenamento, o Judiciário passa por uma reformulação na maneira de exercer o controle em múltiplas perspectivas: seja no conhecimento da causa, adentrando o mérito, ou mesmo comandando ações de fazer ao Poder Público, mesmo que à revelia de planos, orçamentos e disponibilidade de pessoal para tal propósito.

Esse enlevo pelo qual os tribunais vêm passando traduzem o que Katya Kozicki e Estefânia Queiroz¹⁵³ consideraram ser uma transferência de parcela do poder político para os tribunais, isto é, o “poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário”. É exatamente nesse direcionamento que segue o entendimento das autoras ao destacarem que houve um “crescimento da importância dos Tribunais”, não somente na perspectiva quantitativa, como igualmente na manifestação cada vez maior dos tribunais acerca de “questões políticas centrais para a sociedade”, com o conseqüente redesenho dos papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

As autoras¹⁵⁴ completam a explanação aduzindo que a competência dos tribunais passou a abarcar a decisão acerca de questões morais ou políticas; de “muitos dilemas morais e políticos acabam sendo transferidos das esferas políticas ao Judiciário”. A esse propósito Loiane Verbicaro¹⁵⁵ aponta com acuidade que os “diversos modos de expressão legislativa” como os conceitos indeterminados, normativos, discricionários, normas programáticas (encontrados mesmo na Carta de 1988) corroboraram para o Judiciário adquirir “certa autonomia em face da lei”. A autora reforça a ideia afirmando que o maior protagonismo do Poder Judiciário é consequência direta da Constituição de 1988, tendo em vista que este diploma legitimou o Judiciário para “atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais”.

¹⁵³ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 59/60

¹⁵⁴ *Op. cit.* p. 61/62

¹⁵⁵ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 391 e 395

1.3 – RELEVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS

Consideráveis foram as menções anteriores acerca da importância dos princípios constitucionais na leitura da Carta de 1988, que logo no título primeiro versa precisamente sobre os princípios fundamentais. Em vista disso, conforme enuncia Eros Roberto Grau¹⁵⁶, “a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios”. Nesse jaez, Irene Patrícia Nohara¹⁵⁷ leciona que não era adequado o tratamento que colocava os princípios no mais baixo grau de hierarquia das fontes normativas, como se “fossem meros expedientes para suprir lacunas de um ordenamento supostamente completo”.

Contudo, longo do texto foi ganhando contornos visíveis, o cenário de valorização dos princípios nem sempre ocorrera, como enfatiza Floriano Azevedo Marques Neto¹⁵⁸. O autor ressalta que anteriormente a “fonte normativa era uma só: a lei”, sendo que a utilização de princípios (ou mesmo os costumes e a analogia) só era autorizada na ausência de lei, como medidas extravagantes.

De acordo com Eros Roberto Grau¹⁵⁹, a interpretação da Constituição é particularizada, tendo em vista ser ela equivalente a um “estatuto jurídico do político”, induzindo seu intérprete a realizar uma “ponderação de ‘valores políticos’”. Contudo, esses “valores” penetram o nível jurídico através de princípios, de sorte que há a “necessidade de os tomarmos, tais princípios, como conformadores da interpretação das regras constitucionais”. Justamente nesse sentido que Katya Kozicki e Estefânia Queiroz¹⁶⁰ observam que sendo a Constituição um documento político, caberá ao Judiciário “tomar algumas opções políticas”, baseadas nos princípios constitucionais.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 167

¹⁵⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 03

¹⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 10

¹⁵⁹ *Op. cit.* p. 163/164

¹⁶⁰ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 80

Nesta fase, portanto, nada mais premente do que vislumbrar-se como se tem definido princípio. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶¹, princípio corresponde ao “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e ser”, ou seja, os princípios acabam por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Para Robert Alexy¹⁶², de modo diferente, princípio corresponde à norma que ordena que “algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. O autor identifica os princípios como mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em variados graus e “e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Carlos Ari Sundfeld¹⁶³ identifica os princípios como ideias centrais de um sistema, que possuem o condão de conferir sentido lógico, harmonioso e racional, que viabiliza a compreensão do modo de organização do sistema jurídico. O autor sublinha que o “princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”. Dentre as serventias que o autor menciona a respeito dos princípios, ele destaca que eles servem no “ato de conhecimento”, dado que conhecer os princípios do direito se faz condição essencial para aplicá-lo corretamente. Arremata o autor consignando:

“Aquele que só conhece as regras, ignora a parcela mais importante do direito - justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade. Em outras palavras: aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus mas preservar a fé em Nossa Senhora!”

Sob esse influxo da constitucionalização do direito administrativo, e a elevada preocupação com os direitos fundamentais, percebe-se que a ideia de “justiça material” acabou por humanizar este ramo do direito. De acordo com Maria Paula Dallari

¹⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 34/35

¹⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012. p. 90

¹⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 143/146

Bucci¹⁶⁴, a “apreciação judicial hoje é permeada por um sentido material, que caracteriza a inflexão da justiça brasileira a partir dos anos 1990, com a redução de formalismos vazios, em favor da justiça efetiva”.

Os princípios também espalham seus reflexos no ordenamento jurídico a eles mais permeável, de modo a impactar o devido processo legal. Este deixa de ser majoritariamente formal, ou seja, conduzido pela estrita obediência às normas de procedimento, para adquirir uma importante face substantiva, de verificação dos atos administrativos não apenas em relação à sua conformidade com a lei, mas também com o “espírito” da lei (seu conteúdo axiológico), isto é, os princípios que a suportam.

Parece inevitável deduzir que praticamente tudo quanto é tema político, outrora majoritariamente da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, se não ganharam tratamento constitucional, certamente encontram-se submetidos à nova hermenêutica de origem constitucional. Em vista disso, na prática qualquer tema político se coloca passível de ser averiguado sob a lógica de decisão jurídica.

Algumas das mudanças engendradas pela nova hermenêutica constitucional se faz notar no modo de decidir dos membros do Judiciário, os quais em não raras ocasiões baseiam seu entendimento (motivando suas decisões) sobre princípios e valores ao invés de tomar unicamente a letra “seca” da lei, como critério que por si só pudesse conferir a um só passo o estado de legal e justo ao caso *sub judice*.

1.3.1 – A APLICAÇÃO DE PRINCÍPIOS E O FORMALISMO JURÍDICO

Conforme explica Eros Roberto Grau¹⁶⁵, a complexidade e gravidade da interpretação constitucional vai além dos princípios a serem assimilados como critério dominante nessa interpretação, pois os princípios tornaram-se “objeto da interpretação”. Nesse sentido, outra implicação da interpretação baseada em princípios pode ser aferida pelo notável afastamento às normas positivadas.

¹⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 168

Contudo, para melhor compreensão e caracterização do que essa via de interpretação abarca, a exposição de sua contraparte se mostra proveitosa. Uma interpretação mais presa à norma positivada poderia ser tida como uma interpretação de cunho formalista, não acudindo ao juiz, por exemplo, o exercício de discricionariedade à resolução do caso, se não uma atuação mais mecânica¹⁶⁶ com fundamento no direito preexistente.

Cass Sunstein¹⁶⁷, a esse respeito, afirma que a interpretação dita formalista se ampara em três compromissos: “promover a conformidade com todas as formalidades legais aplicáveis (façam ou não sentido no caso concreto), assegurar um direito vinculado à regra (mesmo se a aplicação da regra, legal ou contratual, fizer pouco sentido no caso concreto) e limitar a discricionariedade dos juízes ao decidir os casos.”. De outra parte, mas também pontuando três pressupostos do formalismo, José Rodrigo Rodriguez¹⁶⁸ enuncia os seguintes: “(a) o monopólio estatal do poder de criar normas jurídicas e de decidir conflitos; (b) o Poder Judiciário concebido como instância competente por aplicar as leis produzidas pelo parlamento após o debate político e (c) a segurança e a certeza do direito que garantem aos cidadãos que o Estado aja de forma controlada e previsível conforme com a vontade da sociedade expressa nas leis”.

O formalismo, como estratégia de interpretação da lei, de acordo com Cass Sunstein¹⁶⁹, poderia acarretar no aprimoramento da atividade legislativa, uma vez que as leis, como não “corrigidas” (filtradas) pelos aplicadores (juízes) deveriam ser melhor elaboradas, dado que em um regime não formalista haveria um permissivo para legislar “com desleixo e delegando ao poder Judiciário”. Acerca do papel do legislativo, pela assunção do formalismo jurídico, José Rodrigo Rodriguez¹⁷⁰ destaca que seu objetivo seria criar textos normativos que fossem os mais precisos possíveis, “capazes de dar conta da diversidade social expressa nos mais diferentes conflitos apresentados ao

¹⁶⁶ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 204

¹⁶⁷ *Op. cit.* p. 203/204

¹⁶⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 126/127

¹⁶⁹ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 235

¹⁷⁰ *Op. cit.* p. 207

Poder Judiciário”. Todavia, como será objeto de comento, majoritariamente não se costuma admitir a possibilidade do legislador atuar dessa forma quase “onisciente”.

Contudo, o próprio Cass Sunstein¹⁷¹ admoesta que possivelmente através do formalismo haveria no Judiciário decisões com erros graves e injustiças. Justamente em consonância a essa ressalva, adverte José Rodrigo Rodriguez¹⁷² que a alcunha de “formalista” se reveste de um tom de “ofensa”, dado corresponder, no entendimento comum, à “falta de sensibilidade para a realidade social e para a peculiaridade dos casos concretos”. O autor¹⁷³ ainda relembra que o formalismo jurídico foi se tornando no decorrer do século passado “quase sinônimo de tudo o que pode haver de cientificamente equivocado e normativamente retrógrado”.

Sem embargo, o autor¹⁷⁴ manifesta, malgrado essa “insensibilidade” que caracterizaria o formalismo, ele próprio possuiria seus aspectos profícuos, dado que mesmo frente a textos normativos fechados, os juízes costumam fazer exceções para evitar que decisões consideradas injustas sejam tomadas; ao passo que frente a textos normativos abertos (tão comuns no direito atual) a facilidade de decisões variadas é ainda maior. De semelhante entendimento partilham Floriano Marques de Azevedo Neto e Egon Bockmann Moreira¹⁷⁵, para os quais a ductibilidade das leis (bem como a amplitude da atuação do Estado) conferiram “cada vez maior margem para interpretações divergentes”.

A despeito dessas interpretações divergentes, no entendimento de Cass Sunstein¹⁷⁶, um Judiciário não formalista propicia uma “incerteza considerável, com altos custos dentro do sistema jurídico (conforme os casos aumentarem em complexidade) e na

¹⁷¹ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 235

¹⁷² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 113

¹⁷³ *Op. cit.* p. 178

¹⁷⁴ *Op. cit.* p. 113/135

¹⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 09

¹⁷⁶ *Op. cit.* p. 235

prática do dia a dia (já que as pessoas não saberão como conduzir seus negócios)”¹⁷⁷. O autor¹⁷⁸ sustenta que o método interpretativo no formalismo, se não exclui, minimiza as fontes extratextuais do direito. Sustentando posição menos peremptória, José Rodrigo Rodriguez¹⁷⁹ considera que “o formalismo deve ser estudado em conexão com as demandas sociais sempre renovadas, e com as mudanças ocorridas nas sociedades”.

No Brasil, o formalismo é muitas vezes apontado como modelo adotado¹⁸⁰, tendo por base a subsunção, no escólio de José Rodrigo Rodriguez¹⁸¹. Contudo, o autor adverte que essa consideração é de difícil sustentação, tendo em vista que a Constituição de 1988 “está repleta de princípios e normas abertas”. Assim, não lhe parece razoável declarar que “haja a prevalência de normas fechadas, as quais favoreceriam um modelo mecânico de aplicação das normas”. A partir das considerações apresentadas a respeito do formalismo, José Rodrigo Rodriguez¹⁸² assim expõe criticamente a realidade:

“Sem minimizar a necessidade de pesquisas futuras, fica a hipótese: a visão neoliberal do Direito e a relação entre movimentos sociais e Direito revelam uma pressão em favor do formalismo, contra todas as evidências do funcionamento real da jurisdição nos dias de hoje. Esta pressão pode estar gerando efeitos sobre o discurso dos juízes, encarregados de acolher as demandas nascidas da sociedade, o que dificulta a criação de um novo senso comum sobre a aplicação das normas, a despeito de quase um século de críticas ao formalismo.”

¹⁷⁷ A exemplo dessa percepção em notícia econômica, destaque-se o seguinte excerto: “Os agentes econômicos precisam incorporar em suas decisões de investimento esse risco. Vários setores, como saúde, bancos, e as relações trabalhistas são afetadas pelo ativismo judicial. As críticas são variadas, indo desde a falta de conhecimento e informação dos juízes sobre os temas julgados ao déficit de legitimidade democrática dos magistrados.” LATIF, Zeina. Investimentos: o duplo custo do Judiciário. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, pág. B10, 10 set 2016.

¹⁷⁸ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 204

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 134/135

¹⁸⁰ Maria Paula Dallari Bucci oferece exemplo do formalismo na realidade brasileira, mencionando o caráter absoluto que do princípio da impessoalidade da Administração Pública vem tomando no sistema jurídico atual. Critica a este respeito a autora, que constitucionalmente postula-se através desse entendimento formalista do princípio certo reforço do “caráter burocrático (no sentido vulgar)”, associado assim à ineficiência e ao formalismo. A autora argumenta que o único princípio capaz de contrabalançar esse princípio seria o princípio da responsabilidade. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 272/273

¹⁸¹ *Op. cit.* p. 164

¹⁸² *Op. cit.* p. 144

De acordo com José Rodrigo Rodriguez¹⁸³, vem ocorrendo uma “reconstrução conceitual do direito positivado” a partir da valorização do ordenamento jurídico como sistema aberto de regras e princípios. Desse modo, sucede-se a “renovação da dogmática”, que passa a incorporar os valores e as mudanças sociais por meio de raciocínios voltados para os problemas em concreto; malgrado o autor reconheça o mau uso que se possa fazer com os princípios em certos casos¹⁸⁴.

1.3.2 – O DIREITO SOCIAL EXCLUDENTE

Em que pese a importância irrefutável para a manutenção e desenvolvimento do regime democrático, a inserção dos princípios na realização das funções dos Poderes de Estado, ainda assim, se verificam que em algumas situações, a aplicação de princípios de maneira equivocada convola em distorções, que atinem desde a segurança jurídica como a igualdade de tratamento entre semelhantes.

Em muitas ocasiões, a aplicação de princípios ocasiona distorções em relação, por exemplo, àquele que se entende ser o mais necessitado de proteção, e que não raro acaba muitas vezes alijado desse amparo tanto pela exiguidade de conhecimento, como pelos obstáculos de acesso. Consequentemente, nessa “guerra” pelo salvamento individual dos direitos, os mais necessitados tornam-se ainda mais excluídos e necessitados.

A interpretação constitucional dos direitos sociais (e econômicos) sob a ótica de “direitos individuais” (como se fossem direitos de primeira geração, e não segunda) pode tornar-se na realidade um “retrocesso em relação ao objetivo maior de redução da desigualdade, pois terão maior proteção aqueles já privilegiados com acesso a recursos financeiros e jurídicos”, de acordo com Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa¹⁸⁵, o qual ressalta que um cidadão de baixa renda muitas vezes “sequer tem a

¹⁸³ *Op. cit.* p. 133

¹⁸⁴ José Rodrigo Rodriguez chega a asseverar, aparentemente de forma contraditória, que: “É importante dizer que a incorporação dos princípios pode aumentar o grau de formalismo e arbitrariedade se eles forem encarados como proposições abstratas das quais se possam derivar quaisquer argumentos.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 133

¹⁸⁵ GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal. *Direitos Sociais contra os Pobres*. Artigo publicado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (EUA) em 14 de maio de 2011. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf p. 16/18

informação básica de que tem direitos que possam eventualmente ser defendidos judicialmente”. Esse entendimento foi endossado pela doutrina, da qual se selecionou três autores, são eles: Flávia Piovesan¹⁸⁶, Celso Fernandes Campilongo¹⁸⁷ e Maria Tereza Aina Sadek¹⁸⁸, respectivamente:

“Se apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, há que se indagar **qual é o perfil desses agentes que acionam a esfera jurisdicional**. Se forem avaliadas a justiça e as variações regionais, pode-se **concluir que quanto mais alto é o IDH melhor é a relação entre processos entrados e a população**, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões do país que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano.” (grifo nosso)

“A premissa fundamental, nessa linha, é a de que a **população pobre e desorganizada não tem condições de competir eficientemente na disputa por direitos, serviços e benefícios públicos**, quer no jogo das relações de mercado, quer na arena institucional. Dito de outro modo, a falta de consciência a respeito dos próprios direitos e a incapacidade de transformar suas demandas em políticas públicas são combatidas com o trabalho de esclarecimento e organização popular para a defesa de seus interesses.” (grifo nosso)

“Resumidamente, pode-se sustentar que o sistema judicial brasileiro nos moldes atuais estimula um paradoxo: demandas de menos e demandas de mais. Ou seja, de um lado, **expressivos setores da população acham-se marginalizados dos serviços judiciais**, utilizando-se, cada vez mais, da justiça paralela, governada pela lei do mais forte, certamente menos justa e com altíssima potencialidade de desfazer todo o tecido social. De outro, há os que usufruem em excesso da justiça oficial, gozando das vantagens de uma máquina lenta, atravancada e burocratizada.” (grifo nosso)

Dessarte, em que pese a evidente importância dos princípios no ordenamento jurídico, as distorções se manifestam em aplicações enviesadas dos princípios, cujas aplicações tenham subjacentes intenções pautadas pela boa-fé ou mesmo o senso de justiça. Essa distorção na aplicação dos princípios, macula a isonomia de

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 585

¹⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23

¹⁸⁸ SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, pp. 79-98, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005> p. 86

tratamento, conforme evidencia o seguinte excerto de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁸⁹:

“Exercício deste direito, contudo, que deve ser subordinado ao princípio da isonomia. Direito social vindicado que, em seu exercício, não podendo se constituir em privilégio imotivado a uns em detrimento de outros. Obrigação do município em promover a inclusão dos integrantes da lista de excedentes que precedem a impetrante que se reconhece como pré-condição indispensável para a efetividade do comando judicial, pena de ofensa a princípio constitucional.”

Thiago Marrara¹⁹⁰ inclusive manifesta que o princípio da igualdade é um princípio esquecido no direito administrativo, tendo em vista que a “quantidade de doutrina sobre o assunto não espelha a relevância que a igualdade material adquiriu recentemente, nem tampouco o número de mecanismos inclusivos inseridos na legislação”. Aprofundando-se brevemente a respeito da falta de isonomia na interpretação do ordenamento, talvez em relação às consequências dessa aplicação e na consideração mais atenta a esse princípio, não é demais lembrar que não apenas subsiste uma orientação de isonomia no campo dos princípios, como igualmente das normas positivadas.

Conforme ensina Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁹¹, o viés protetivo da igualdade decorre do sentido de lei como norma geral e abstrata, justamente para impedir que determinada decisão jurídica “seja tomada especialmente para beneficiar ou para prejudicar alguém”. Em similar entendimento professa Carlos Alberto

¹⁸⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 00133381820128190066. Relator: Ministro Pedro Freire Raguene. J. em 01/10/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageId=3lvz0ayauxm4ehd0qdjea535>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

¹⁹⁰ Em continuidade, o autor manifesta que essa falta de atenção da doutrina para com o princípio constitui o “motivo pelo qual se mostra necessário concentrar esforços científicos sobre o tema; esforços que resgatem a vinculação do direito administrativo com o direito constitucional e a ciência política no intuito de se examinarem os impactos e a relevância dos mecanismos inclusivos para a gestão pública brasileira e seu dever de atuar de modo aderente à realidade nacional para concretizar os objetivos básicos do Estado (art. 3º, CF), sobretudo o de redução de desigualdades indesejadas nas suas mais diferentes formas.” MARRARA, Thiago. *Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências*. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 39

¹⁹¹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 164

de Salles¹⁹², para quem a sentença impositiva de prestações sociais que decorram da Constituição Federal, “em razão do dever de tratamento igualitário ao qual se submete o Estado, traria implícita a obrigação de estender o mesmo direito a outras pessoas na mesma situação do demandante favorecido pela sentença anterior”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹³ evidencia que há afronta à isonomia nos casos em que há garantia de determinado direito a uma pequena parcela da população, o que acarreta também prejuízo no cumprimento de políticas públicas. Com relação às políticas públicas, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen¹⁹⁴ afirma que precisamente através delas é que se produzem as condições de igualdade, para que haja tratamento isonômico entre os indivíduos, isso porque o Estado Democrático de Direito caracteriza-se pela afirmação, garantia e intenção de “promover direitos iguais para todos sem discriminação de qualquer espécie”.

1.3.3 – A INVOCAÇÃO DESMESURADA DOS PRINCÍPIOS E A INSEGURANÇA JURÍDICA

A aplicação descomedida de princípios na argumentação jurídica pode se converter em algumas ocasiões em insegurança jurídica ou mesmo pretextos para o desencadeamento da parapraxia de modo a muitas vezes empobrecer e distorcer a interpretação jurídica. Abre-se campo para um jogo de poder, em que a argumentação jurídica começa a perder sentido, como bem lembra José Rodrigo Rodriguez¹⁹⁵. De acordo com o autor, em geral, observa-se que os “juristas brasileiros agem de maneira personalista ao decidir casos concretos e têm a tendência de naturalizar seus conceitos ao refletir sobre o direito em abstrato”.

¹⁹² SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: Maria Clara GOZZOLI; Mirna CIANCI; Petrônio CALMON; Rita QUARTIERI. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 01, p. 143-158. p. 152

¹⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 28/29

¹⁹⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 58

¹⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 14

No que se refere ao uso desmesurado de princípios, Carlos Ari Sundfeld¹⁹⁶ reconhece a tendência quando se atenta aos juízes julgando políticas públicas; advogados argumentando por princípios sobre temas positivados a que querem dar sentido bastante diverso, suscitando-os sem a menor preocupação da vinculação ao direito positivo. De acordo com Floriano Marques de Azevedo Neto e Egon Bockmann Moreira¹⁹⁷, “[p]rincípios hoje são aplicados, não apenas quando a lei é omissa, mas muitas vezes para afastar a aplicação da lei”.

Carlos Ari Sundfeld¹⁹⁸ comenta a respeito da perda do prestígio das leis nos últimos anos, em proveito de “soluções concretas inventadas pelos interessados” através da menção de princípios constitucionais, cujos sentido e alcance são indeterminados. O autor resume sua posição, observando que “juristas e Tribunais, sentindo-se legitimados pela sobrevivência *post mortem* do sentimento constituinte, assumissem a função de Assembleias Constituintes-fantasma.”. O autor¹⁹⁹ arremata preconizando que não é suficiente para justificar determinada solução a “simples pertinência do princípio ao caso”; manifestando que é necessário expressar claramente a regra geral aplicável, bem como a “análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos”.

Eros Roberto Grau²⁰⁰ também em comentário ao uso desmesurado de princípios, revela em relação ao princípio da moralidade, que a “legalidade supõe a consideração dos valores no quadro do direito”, desse modo, não comportaria o ordenamento jurídico uma visão da moral que substitua o direito. O autor declara que o próprio sistema jurídico deveria resistir à invasão de si mesmo por “regras estranhas a sua eticidade própria”.

¹⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 09

¹⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 346

¹⁹⁹ *Op. cit.* p. 206

²⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 285

Conforme releva Luis Manuel Fonseca Pires²⁰¹, o direito “não é um sistema fechado, hermético, impermeável”. Ainda assim o autor ressalta que a interpretação jurídica não se dá de modo a desconsiderar os valores do próprio ordenamento jurídico, os quais devem ser sopesados e ponderados, não convolvendo assim à uma interpretação efetivada pela lógica formal, uma vez que o direito também é retórico. O autor arremata aludindo que a lógica do direito corresponde a “um mecanismo de argumentação da posição adotada pelo intérprete.”

Se aparentemente os princípios, dotados de flexibilidade e abstração, parecem se conformar facilmente a qualquer discurso ou situação jurídica, apresentando-se assim como instrumentos de fácil manejo; conjuntamente podem servir de artifício aos mais diversos propósitos ou, como designaria Carlos Ari Sunfeld²⁰², servir de artimanha de preguiçosos. George Marmelstein Lima²⁰³ consigna que a simples invocação de determinado princípio para a decisão jurídica não é suficiente, constituindo artifício para desobrigar o julgador, por exemplo, de fundamentar, ao invés de servir à fundamentação mais consistente daquilo que se decide.

Outro exemplo bastante contundente de como os princípios estariam sendo utilizados de maneira incongruente, se não aleatória, pode ser observado nas peças judiciais²⁰⁴, através do que José Rodrigo Rodriguez²⁰⁵ denomina “argumentação por autoridade”, bem resumida no seguinte excerto:

²⁰¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55

²⁰² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 215

²⁰³ O autor inclusive manifesta não pretender com as críticas “atacar a teoria dos princípios em si, mas sim o uso distorcido que se faz dela aqui no Brasil. [...] Isso não significa dizer que se deve abrir mão do sopesamento. Aliás, não dá pra abrir mão do sopesamento, já que ele é inevitável quando se está diante de um ordenamento jurídico como o brasileiro que aceita a força normativa dos direitos fundamentais.” LIMA, George Marmelstein. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>

²⁰⁴ A este respeito, inclusive, insta ressaltar o escólio de Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Thiago dos Santos Acca, para os quais, no campo científico uma resposta bem fundamentada a uma deve se dar de forma regrada, transparente e (na medida do possível) impessoal, evitando assim que redarguição se torne um libelo apaixonado ou uma petição de princípios que defenda, a todo custo, uma ou outra posição. QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controversa? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 81-99. p. 85

²⁰⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 71

“Um ponto salta aos olhos logo de início: a disputa judicial travada nestes termos pode ser tudo, menos racional. Quando um advogado empilha casos numa petição (várias “jurisprudências”), todos evidentemente, a favor de seu cliente; também quando empilha a opinião de outros juristas que estudaram e escreveram sobre o tema (a doutrina) para a mesma finalidade ele não está, certamente, buscando convencer o juiz pela força do argumento. O jogo em curso é outro: ele está tentando impressioná-lo e aos cidadãos por sua erudição e pela suposta extensão de seu domínio sobre a doutrina. Além disso, tratando-se de argumentação por autoridade, quanto maior o número de autoridades, maior a força do argumento. De acordo com esta forma de pensar, uma posição é tanto mais correta quando mais pessoas concordarem com ela.”

Advirta-se, contudo, que não apenas os princípios servem ao desvirtuamento da aplicação do direito em muitas ocasiões, como igualmente enunciação de doutrinas e jurisprudências são submetidas a semelhante papel. A respeito, José Rodrigo Rodriguez²⁰⁶ critica a falta de coerência entre leis, casos e doutrinadores, de modo que aquele que as enuncia parece desincumbido do ônus da argumentação, estando exclusivamente dedicado à “eficácia em convencer o destinatário, podendo-se utilizar para este fim qualquer argumento, qualquer elemento, qualquer estratagem”. O autor²⁰⁷ encerra por consignar que prevalece no Brasil, portanto, a simples articulação de opiniões acompanhadas da citação, sem contextualização ou análise.

Eros Roberto Grau, em exemplificação ao uso desmedido dos princípios, alerta que em meio à sua operação no ordenamento jurídico, acabam surgindo decisões judiciais cujas motivações desprendem-se da racionalidade e partem para “tons de folhetim”, com “apelo à moralidade como razão de decidir”. De acordo com o autor, muitos acabam por sustentar que algumas normas estariam violando o ordenamento, e até mesmo seriam inconstitucionais por comprometerem o princípio da moralidade. O autor conclui que o uso descomedido de princípios da argumentação jurídica acaba virando instrumento que recorre aos clichês e à demagogia daqueles que “não conseguem produzir mais que tanto”, e por isso recorrem a citações repetitivas que não bastam para “suprir formação intelectual incompleta e/ou inacabada”.

²⁰⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 73

²⁰⁷ *Op. cit.* p. 77

Em que pese a pertinência e verossimilhança dos argumentos apresentados por aqueles que analisam em uma perspectiva crítica a utilização inescrupulosa dos princípios, ainda assim, cumpre considerar que a Constituição Federal de 1988 traz grande número de direitos e políticas, de modo que mesmo o Judiciário, sem de modo aparente referir-se a princípios, acabaria refletindo o conteúdo deles. Demian Guedes²⁰⁸, a despeito do impacto dos princípios, de outra forma pontua ceticamente que não obstante o texto normativo constitucional bradar princípios, ainda assim, no “cotidiano estatal esses reclames chegam como sussurros, recebidos com indiferença, promessas ou, na melhor das hipóteses, lentidão”.

Ou seja, existe a percepção de que os princípios constando ou não no texto constitucional, o cerne da discussão reside na sua aplicação. Diante das alegações e considerandos apresentados até o momento, parece inevitável reconhecer aquilo que exprimiu Carlos Ari Sunfeld²⁰⁹ magistralmente: “o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”.

Em guisa de remate, observa-se no discorrer do item que o ordenamento jurídico outorga ao Estado uma pluralidade de funções, que contrasta com o absentismo mais característico de períodos liberais. Neste cenário, hodiernamente vivencia-se um ambiente de prodigalidade (profusão) de direitos, os quais acabam revestidos de caráter programático com o previsível não cumprimento de seus objetivos.

De outra face, contrastando com esse incumprimento de tantos mandamentos sociais, a partir das considerações apresentadas, percebe-se que a própria Constituição Federal de 1988 se não inaugura, concede maior força normativa aos princípios, de modo a germinar uma nova hermenêutica, a qual influencia sobremaneira tanto a atuação judicial como da gestão pública, evidenciando o progressivo desprendimento do formalismo na interpretação jurídica.

Dessa nova hermenêutica, destacam-se a alteração da eficácia dos dispositivos legais, principalmente os constitucionais, que revela impactos significativos

²⁰⁸ GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 241-266. p. 243

²⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 148

sobre o corpo de magistrados, que no exercício do controle judicial da Administração Pública tem atuado de maneira mais afirmativa (algumas vezes entendido como ativista). Mas não só no Judiciário, os reflexos se fazem visíveis, como igualmente houve propagação de consequências sobre os instrumentos que caracterizam as atividades dos gestores públicos, os quais não passaram ilesos das irradiações de efeitos dessa hermenêutica constitucional, tanto que institutos do direito administrativo foram de tal maneira impactados que se passou a reconhecer na doutrina o fenômeno conhecido como “constitucionalização do direito administrativo”.

Contudo, como destacado, alguns efeitos adversos do uso desmedido de princípios foram condensados na seguinte lição de Cass Sunstein²¹⁰, a que coloca-se como em último recorde pela seguinte passagem:

“Os antiformalistas deveriam concordar que mudariam sua visão se ficasse claro que tribunais errariam menos, ou que o legislador, quando confrontado com um judiciário formalista, faria correções *ex post* ou responderia ao formalismo legislando com maior clareza antecipadamente.”

Dentro da nova hermenêutica jurídica inaugurada a partir da Constituição Federal de 1988, pode-se antever o quanto o princípio da legalidade viria (e veio) a sofrer alterações, até mesmo porque no Brasil “tanto a lei, quanto os princípios, os casos julgados e os conceitos doutrinários podem funcionar como autoridade, sozinhos ou combinados”²¹¹. Parece assentado que os princípios, portanto, não irrigam somente o procedimento legislativo de elaboração das leis, como igualmente o momento de sua aplicação no caso concreto, possuindo caráter normativo. Nesse sentido, o princípio da legalidade encontra-se sujeito a impactos para além do texto positivado e uma interpretação predominantemente calcada no texto da lei.

Destaque-se, inclusive, que essa hermenêutica cuja interpretação é um tanto cambiante resvala na ausência de limites e procedimento claros, tanto aos cidadãos, aos agentes do governo (seja do Executivo ou Legislativo) e aos operadores do Judiciário

²¹⁰ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 235

²¹¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 75

hoje verificadas no ordenamento. Diante deste cenário, fragilizado por tamanha permissividade aos princípios, surge a indagação a respeito de a pretexto (em razão) de se conferir maior prestígio e consideração à essência material do direito (o sentido de justiça), não estar-se-ia promovendo a corrosão da base formal que o sustenta e que tão recorrentemente tem sido apartada da resolução das lides no cotidiano. Independentemente da visão que se venha a adotar, como revela José Rodrigo Rodriguez²¹², “a valorização dos princípios só será sinal de renovação da dogmática se ela implicar na alteração do modo de pensar lógico-dedutivo”.

²¹² *Op. cit.* p. 133

2 – O PARADIGMA DA LEGALIDADE E SUA RELEITURA

Nos itens anteriores foram evidenciados diversos pontos que passam por transformações mais acentuadas após a proclamação da Constituição Federal de 1988, tanto no nível social (progressivamente mais complexo), seja no político (com novas formas de demandas pela gestão não só representativa, como participativa) e até mesmo no âmbito jurídico (pela hermenêutica diferenciada que passou a irrigar a aplicação do ordenamento jurídico). Inclusive, Celso Antônio Bandeira de Mello²¹³ afirma que a plena submissão da Administração Pública à lei constitui um traço basilar do Estado.

Nesse jaez seria praticamente esperado (como uma das consequências desse cenário em modificação) que o princípio da legalidade passasse igualmente por transfiguração através de novas leituras. Uma percepção correntemente aceita refere-se à atuação do princípio da legalidade como parâmetro tanto da atuação estatal, como do controle judicial dos atos da Administração.

Mais ainda, o princípio da legalidade para além de pautar condutas, se mostra como liame mais perceptível no relacionamento entre a sociedade civil e as instituições políticas e jurídicas, quando em discussão (ou diálogo), servindo de autorização ou convite às relações, haja vista o respaldo que confere àquele que se manifesta baseado nessa ou naquela norma. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁴ a este respeito, destaca que as relações entre Administração e administrado se intensificaram, em quantidade e em complexidade até mesmo pela passagem da postura de um Estado Liberal para o Estado Social.

²¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 56

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 167-190. p. 170

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁵, existe em curso uma evolução do princípio da legalidade, evolução essa que sempre ocorreu em vários períodos, que acompanharam as transformações do próprio Estado de Direito. Maria Paula Dallari Bucci²¹⁶ nesse sentido esclarece que o olhar do jurista no cenário atual tem se ampliado para “além da abertura estreita dada pela perspectiva epistemológica praticamente exclusiva do direito posto, legislado, ou na sua versão aplicada pelos tribunais”, tendo em conta o processo de ampliação e aprofundamento da noção social da democracia e o modo de formação do direito.

Insta ressaltar que remeter à legalidade nos faz lembrar da vontade do povo, que é canalizada pelo legislador, de modo a revestir as leis de certo caráter democrático. Nesse jaez, Fernando Dias Menezes de Almeida²¹⁷ preconiza que não raras vezes “a menção à legalidade induz espontaneamente à consideração da origem formal do ato legislativo”, ou seja, a lei como ato de vontade do parlamento seja qual for o conteúdo. Diante disso, o autor considera que na dimensão formal da legalidade transparece efetivamente não só o caráter democrático, como o “valor da participação da vontade dos destinatários da norma em sua produção”, sendo no todo de suma importância para o Estado de Direito.

Certamente, a par de outros institutos que ganharam proeminência com a inauguração do ainda recente regime democrático no Brasil, essa menção não corresponde ao princípio da legalidade. Este, na realidade, de há muito possui grande destaque no ordenamento, constituindo a base dos mais diversos sistemas jurídicos, de modo que mesmo regimes autoritários nele lastrearam a aplicação de suas leis. Luiza Ferreira Campos e Gustavo Just²¹⁸ inclusive afirmam que o princípio da legalidade deteve durante muito tempo “um sentido muito estável na doutrina administrativa

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 177

²¹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129

²¹⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 163

²¹⁸ CAMPOS, Luiza Ferreira; JUST, Gustavo. Transformações do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas ‘pós-positivistas’ e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 89-122. p. 103

brasileira”, a qual o posicionou como um dos principais marcos de distinção deste em relação ao direito privado.

Ademais, o próprio princípio da legalidade em muito se confunde com o nascimento do direito administrativo, como mecanismo de contenção do poder estatal. De acordo com Luís Roberto Barroso²¹⁹, a democracia atual é tão recente que até a constitucionalização do direito é um processo mais recente.

Contudo, o que hodiernamente atrai a atenção para o exame do princípio da legalidade não é apenas aquilo que se refere ao seu papel crucial no exercício das atividades estatais ou do controle do Estado pelo Judiciário, mas a sua releitura, com uma força menos concentrada na análise formal, e mais receptível a outros princípios e compreensão mais holística da realidade. Nesse cenário, conforme será paulatinamente analisado na sequência, o princípio da legalidade parece descender de um pedestal que lhe conferia primazia para passar a conviver e interagir com outras fontes igualmente com força normativa, de modo mais elástico aos postulados positivados e mesmo ao exame de legalidade das relações estatais.

Outra evidência de que o princípio da legalidade passa por releituras atualmente fica evidenciada no discurso de Luís Roberto Barroso²²⁰, para quem um dos resultados da constitucionalização do direito administrativo foi a vinculação do administrador igualmente à Constituição e não apenas à lei ordinária. Nas palavras do autor, o “administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário”.

Uma das qualidades que mais caracterizam o princípio da legalidade reside justamente na sua conformação em parâmetro de ação, e em última análise, de controle. Característica essa não apenas relativamente às ações do Estado e seus órgãos de controle, mas mesmo na atuação de agentes privados, que possuem, como no âmbito de direito de família, vasta previsão legal que atinem à esta área.

²¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 41

²²⁰ *Op. cit.* p. 50

Outra evidência desta característica do princípio da legalidade como paradigma de aferição de justiça no controle da Administração Pública fica evidente na súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal²²¹ que consigna que a Administração (e o Judiciário) poderá anular o ato em exame se ilegal, ou seja, se em oposição ao princípio da legalidade. O próprio Estado de Direito, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello²²² encontra-se sujeito aos “parâmetros da legalidade”. De modo que a atividade administrativa, para o autor, constitui uma atividade sublegal (infralegal)²²³.

²²¹ Eis a redação da súmula: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

²²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10/11

²²³ *Op. cit.* p. 12

2.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

2.1.1 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO SUBSUNÇÃO À LEI

Uma das faces através da qual o princípio da legalidade emerge refere-se à funcionalidade de resguardo das liberdades individuais e instituições democráticas, como se faz visível pela possibilidade de qualquer pessoa levar à apreciação do Judiciário para análise da conformidade ou não com o ordenamento (e em última análise com a Constituição Federal) qualquer lesão ou ameaça de direito. Destaque-se ainda que o princípio da legalidade possui significativo papel na contenção da atividade estatal, na maior segurança jurídica, e na manutenção do regime democrático.

O princípio da legalidade tomado em uma perspectiva estrita, isto é, de obediência à lei em sentido formal, extrai seu entendimento tão só daquilo quanto reduzido a termo (escrito) na norma. Em síntese, poder-se-ia remeter à legalidade em sentido estrito como aquela referente à obediência à lei em sentido formal (em sua manifestação escrita mais objetiva). Ao passo que a legalidade em sentido amplo abrangeiria os atos normativos do próprio Poder Executivo, bem como os princípios e valores inseridos na Constituição Federal de 1988, de forma implícita ou explícita, levando em conta o conteúdo material, o conteúdo de justiça da lei.

A respeito dessa classificação, conforme ensina Edmir Netto de Araujo²²⁴, ao administrador público, o princípio da legalidade insculpido no artigo 37, *caput* da Constituição de 1988 possui o sentido de princípio da legalidade estrita, ou seja, conferindo à Administração Pública tão somente a possibilidade de “fazer o que a lei determina ou expressamente permite”. Em semelhante sentido, Gustavo Just²²⁵ afirma que “generalizou-se na doutrina a ideia de que o princípio da legalidade submete a Administração à lei em sentido formal”.

²²⁴ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 575

²²⁵ JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 30-44. p. 32

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello²²⁶ no que concerne ao dever da Administração observar o princípio da legalidade, o autor resgata a conhecida diferenciação realizada em conta a perspectiva do agente privado em relação ao princípio da legalidade. Nas palavras do autor, “a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção”. Edmir Netto de Araujo²²⁷, a respeito formula semelhante entendimento, aduzindo que o princípio da legalidade aplicável ao administrador público tem sentido diferente daquele aplicável ao particular, o qual poderia fazer “tudo aquilo que a lei não proíbe”.

Ainda que essa caracterização seja bastante evidente para traduzir de forma sucinta o funcionamento do princípio da legalidade em relação aos agentes públicos, como será visto, faltam-lhe nuances que se pronunciam com cada vez mais força atualmente. No escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁸, a Constituição previu, de maneira implícita, o “princípio da legalidade em sentido amplo”, portanto, abrangendo tanto a lei em sentido estrito, como também no “aspecto material, axiológico, substancial, que abriga valores e princípios essenciais à justiça e à dignidade da pessoa humana”. Em última instância, a autora²²⁹ pontua que a amplitude da leitura atual do princípio da legalidade compreende uma submissão ao direito como um todo.

O controle de legalidade compreende as medidas pelas quais o agente controlador poderá aferir se as condições previstas na lei foram observadas, de acordo com Odete Medauar²³⁰. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello²³¹ consigna que o controle de legalidade sobre a Administração impende no seu modo de atuação em três planos, dado que a ela não é possível agir *contra legem*, *extra legem* e nem mesmo

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 13

²²⁷ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 524/575

²²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 207

²²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30

²³⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012. p. 90

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 56

secundum legem. Carlos Ari Sundfeld²³² confirma esse entendimento, aduzindo que o princípio da legalidade pode ser considerado “mera decorrência lógica do dever de submissão do Estado à ordem jurídica”.

De acordo com Eros Roberto Grau²³³, a grande característica do denominado “direito moderno” é justamente a ética da legalidade, que promoveu a “objetividade da lei” em substituição ao “subjetivismo da equidade”. Essa objetividade aduzida pelo autor, contribuiu para o tratamento impessoal e isonômico dos indivíduos frente a lei, bem como para a recepção de um raciocínio de caráter silogístico na aplicação da norma.

Nos termos esposados por Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁴ que bem sintetiza o tema, “a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção”. Ainda assim, o desenvolvimento do direito, irrigado até mesmo pela percepção de sua aplicação de modo mais humanizado, passou a colocar em questionamento se sua aplicação deveria ser tão somente silogística, como um produto de simples subsunção do fato à norma. Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁵ consigna que na ação administrativa “não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção”. O autor explica que o ato administrativo, para ser legítimo, deve não apenas “não ser ofensivo à lei”, como também deve estar embasado em “alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo”.

Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁶ afirma que a ação administrativa é guiada pela correspondência entre a realidade concreta e a previsão abstrata da lei, de maneira que o parâmetro normativo se realize no plano empírico através da “subsunção, adequação, correspondência, entre o fato, a situação, que embasou a providência administrativa e aquele a que a lei aludia”.

²³² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 160

²³³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 285

²³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 13

²³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 36

²³⁶ *Op. cit.* p. 67

A esse propósito, José Rodrigo Rodriguez²³⁷ aponta que a visão do sistema jurídico dotado de completude e coerência preside o “pensamento dogmático olhado da perspectiva da subsunção” que justamente serve ao princípio da legalidade, bem como do monopólio estatal da criação do Direito e da jurisdição. Todavia, o autor atenta para a falta de investigações sobre “as consequências institucionais da superação da subsunção” de modo que as teorias desenvolvidas parecem poupar “o princípio da legalidade de um exame mais radical”²³⁸.

Nesse contexto, insta ressaltar a opinião de Arthur Sanchez Badin²³⁹, a respeito da atividade de aplicação do direito, quando menciona que ela “não se resume à mera subsunção silogística de fatos à norma, como se supunha outrora”, alertando que na realidade a efetivação do direito implica em inúmeras escolhas de valores e prioridades, inclusive no “balanceamento dos princípios constitucionais”.

Tendo em vista essa inflexão pela qual vem passando a aplicação do princípio da legalidade fora dos moldes da subsunção, observa-se o esmaecimento da pauta de conduta de muitos agentes, inclusive os da esfera pública, de modo que a previsibilidade que reveste a segurança jurídica fica igualmente debilitada. Neste ponto, está-se de acordo com Floriano Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira²⁴⁰, os quais advogam que já não é de hoje que “o direito público deixou de ser mera subsunção de fato à lei”, tendo em vista fatores como a complexidade das relações econômicas e sociais, a amplitude da atuação estatal e mesmo “a abertura e ductibilidade das leis deram cada vez maior margem para interpretações divergentes”.

Na lição de Alexandre dos Santos Aragão²⁴¹, o direito deixou de preocupar-se tanto com o que grosseiramente pode-se em uma palavra designar como

²³⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 126

²³⁸ *Op. cit.* p. 128/129

²³⁹ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91

²⁴⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 09

²⁴¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. pp. 29-52. RAMALHO,

“subsunção” (ou mesmo raciocínio silogístico), passando a preocupar-se com a “realização lógica dos seus preceitos”. O ponto de mudança é a perspectiva da justiça material, pela preocupação do direito com “seus desígnios na realidade da vida em sociedade” e não tanto a execução de seus preceitos.

Evidência dessa inflexão pela qual passa o direito, mormente em relação ao campo do direito público, é evidenciada por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴² ao mencionar a redação legal. O autor comenta que o motivo dos atos administrativos em muitas ocasiões vem insculpido na lei através de conceitos a que denominou de “fluidos, vagos, indeterminados”, de modo que a subsunção entre “a previsão normativa e a situação fática tomada como base para a prática do ato apresentará as dificuldades inerentes à imprecisão relativa do padrão legal.

Em que pese o autor²⁴³ já ter ensinado que a relação existente entre a Administração e a lei “é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção”, ele reconhece que “o campo recoberto por estes conceitos carecerá de uma linha demarcatória definida com rigor e precisão indisputáveis”,²⁴⁴ evidenciando assim a atenuação da subsunção como parâmetro do controle de legalidade. Nesse jaez, Irene Patrícia Nohara²⁴⁵ propugna que a textura aberta da linguagem rechaça “a certeza ou precisão absoluta na interpretação”, e nesse sentido os princípios se posicionam como parâmetros relevantes, mas igualmente mutantes durante a aplicação da lei.

2.1.2 – AMPLIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 34

²⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 67/68

²⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 13

²⁴⁴ *Op. cit.* p. 67/68

²⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitações e contratos administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.) vol. 6. São Paulo: RT, 2014. p. 103

Em que pese o princípio da legalidade, dentro da lógica da chamada legalidade administrativa, ainda hoje ser o centro da dogmática do Direito Público, como consigna Gustavo Just²⁴⁶, ainda assim, mudanças são perceptíveis no direcionamento em torno do que seja materialmente importante, e não só formalmente adequado. Nesse seguimento, na lição de Maria Paula Dallari Bucci²⁴⁷, foi a partir dos anos 1990 que houve a “inflexão da justiça brasileira” na valorização da justiça efetiva em detrimento do que a autora alcunhou como “formalismos vazios”, como eram as alongadas “querelas processuais” que não mais prosperariam atualmente na visão dela.

Como a esta altura é possível vislumbrar, o entendimento e aplicação do princípio da legalidade foi progressivamente ampliado, extrapolando a mera visão do exame de conformidade com o ordenamento. Em semelhante compreensão discorre Gustavo Binenbojm²⁴⁸ relativamente ao campo judicial, para quem a decisão proferida soaria fantasiosa se pretendesse uma “vinculação total e mecânica à lei”.

Ainda que não se encontre supedâneo no ordenamento hodierno, percepções que entendiam que o juiz seria a “boca da lei”, ao passo que o administrador público seria o “braço mecânico da lei” eram comuns. A guisa de exemplo dessa visão do princípio da legalidade compartilhada desde há muito tempo, veja-se o entendimento do Visconde do Uruguai²⁴⁹, o qual expressa que “[a] administração he portanto a acção vital do Poder politico e o seu indispensável complemento. O Poder politico he a cabeça, a administração o braço”. O autor²⁵⁰ vai além, absorvendo inclusive o entendimento da legalidade da Administração calcada na precisa subsunção do fato à norma somente no sentido formal, ao afirmar que o juiz deveria limitar-se a “aplicar as leis em sentido stricto e rigoroso; prescindir da equidade, ainda que a aplicação rigorosa da lei a fira”.

²⁴⁶ JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 30-44. p. 30

²⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 193

²⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 145-204. p. 155

²⁴⁹ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 18

²⁵⁰ *Op. cit.* p. 34

Luis Manuel Fonseca Pires²⁵¹ relembra que a defesa da “atuação do juiz como a ‘boca da lei’”, conceberia a atividade jurisdicional como um processo de interpretação como procedimento mecânico do direito posto era apregoada pela Escola da Exegese. Segundo o autor²⁵², essa escola de pensamento dentre outras coisas, defendia que “a interpretação jurídica era a descoberta, a descrição seca, o revelar matemático da lei” de modo que bastaria invocar a lei (premissa maior) para automaticamente subsumir-se o fato concreto (premissa menor) e assim encontrar a decisão (conclusão). De modo contundente o autor resume que “propunha-se a metodologia própria das ciências exatas para identificar o direito aplicável ao caso concreto”.

De acordo com Irene Patrícia Nohara²⁵³, pela perspectiva hermenêutica, encontra-se superada a ideia jusnaturalista do “bouche de la loi”. De acordo com a autora, o intérprete não age mais como uma espécie de “autômato de um sentido único extraído do texto normativo”. Justamente o contrário, como relembra José Rodrigo Rodriguez²⁵⁴, o juiz quando não se limita a aplicar mecanicamente a lei, fica logo imbuído de justificar sua decisão “com argumentos não redutíveis ao assim denominado ‘silogismo jurídico’”.

Na advertência de José Rodrigo Rodriguez²⁵⁵, inclusive, atualmente tem-se deixado de considerar o juiz como a boca da lei, até pela negação do formalismo, crendo no Judiciário como o “último bastião da ‘técnica’”. No entendimento do autor, todavia, pretender que a decisão judicial seja uma “decisão técnica” corresponde a “dar nova roupagem à velha metáfora formalista do ‘juiz boca da lei’”.

Malgrado as dissonâncias em torno do princípio da legalidade, como sinteticamente se expôs, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁵⁶ afirma que o próprio

²⁵¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 68

²⁵² *Op. cit.* p. 52

²⁵³ NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitações e contratos administrativos*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.) vol. 6. São Paulo: RT, 2014. p. 103

²⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 137

²⁵⁵ *Op. cit.* p. 180/181

²⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 10/11

Estado de Direito em qualquer perspectiva que seja encarado, encontra-se “totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade”. O autor²⁵⁷ considera que o princípio da legalidade administrativa é um traço basilar do Estado de Direito, impedindo não só a administração de agir contra a lei, como para além da lei. Essa relação entre o princípio da legalidade e o Estado vem também inscrita no posicionamento de Carlos Ari Sundfeld²⁵⁸, para quem a legalidade constitui um dos pilares que sustentam a composição do Estado Democrático de Direito.

Não obstante o papel proeminente do princípio da legalidade, recentemente, até mesmo em virtude da Reforma da Administração Pública, ele se tornou um dos princípios, que na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁵⁹, mais vem passando por embates. A autora a respeito evidencia que os paradigmas em que se baseia o direito administrativo, elaborados durante o liberalismo, teriam se tornado incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito, inclusive em relação à estrita legalidade. Isso porque, argumenta a autora²⁶⁰, o entendimento da legalidade em sentido estrito constituiria obstáculo à aplicação do gerenciamento da Administração Pública, o que implicaria em maior autonomia e maior responsabilidade dos dirigentes de órgãos públicos, o que atualmente parecem tão prementes ao atendimento das demandas da sociedade.

Ademais, como relembra Andreas Krell²⁶¹, na origem o Estado de Direito era marcado pelo desafio de conciliar “a tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade”. Inclusive, deste período advém a percepção de que o incipiente Estado de Direito deveria ser regulamentado tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis. Um fato que cumpre notar, em relação ao princípio da legalidade, principalmente se tomado em sua acepção formal de obediências às leis, reside na percepção que ele por si só não possui o condão de controlar aquele que exerce

²⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 56

²⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52

²⁶⁰ *Op. cit.* p. 52

²⁶¹ KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13/14

o poder. Dessa maneira, de pouco valeria a presença do princípio da legalidade, se as leis tivessem origem autoritária, ou mesmo os princípios fossem violados e as autoridades decisórias não fossem munidas de independência e liberdade para atuarem.

Outra ramificação do princípio da legalidade reside na sua utilização instrumental como definidor de competências seja entre Poderes, entre os entes federativos e mesmo entre seus agentes. Contudo, esse processo de delimitação não se dá de modo simples ou sem discussão²⁶². A questão foi bem resumida por Maria Paula Dallari Bucci²⁶³, para quem no período posterior à redemocratização “havia certa indistinção sobre os papéis específicos de seus próprios agentes e do governo em relação ao que seria necessário para realizar o plano contido na Constituição de 1988”.

Segundo Celso Fernandes Campilongo²⁶⁴, progressivamente as competências foram sendo justapostas, de modo que a separação entre o que é político e o que é jurídico ficava cada vez mais tênue. Dessa maneira, o problema não se dá apenas em relação à competência, mas também quanto à fluidez do princípio da legalidade no atual sistema constitucional.

Note-se ainda, tendo em conta este cenário, que o conhecimento dos limites de atuação de cada Poder, mesmo com a distribuição mais clara da competência de cada qual e pelo conhecimento do procedimento que esclarecesse e padronizasse os parâmetros de elaboração e controle dos atos administrativos e as políticas subjacentes a eles, encontraria obstáculos inerentes a imiscuição entre o jurídico e o político.

Segundo ensina Frederick Schauer²⁶⁵, mesmo diante de competências definidas, ainda assim, conflitos existem para aqueles que a exercem. O autor demonstra que aqueles que possuem determinada competência para aperfeiçoar, igualmente a possui

²⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 179

²⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25

²⁶⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

²⁶⁵ SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116. p. 108/109

para piorar, dado que com a competência, adviria certa carga de discricionariedade que derroga de alguma maneira a previsibilidade. Veja-se o seguinte excerto:

“Criar competência para determinar se os propósitos de uma regra são servidos ameaça a previsibilidade ao permitir a determinação de um propósito dentre vários propósitos possíveis; além disso, a criação dessa competência gera possibilidade de erro por parte de quem decide.”²⁶⁶

O exercício da competência de maneira conservadora, ao mesmo tempo que privilegia a estabilização (a segurança jurídica), implica concomitantemente na renúncia à possibilidade de aperfeiçoamento. Frederick Schauer arremata exprimindo que o grande objeto de ponderação de quando e onde a troca da segurança jurídica pelo aperfeiçoamento valerá a pena, trata-se de questionamento que só poderá ser solucionado à luz de algum contexto.

José Rodrigo Rodriguez²⁶⁷ em lembrança a essa lição de Frederick Schauer, manifesta que este construiu um modelo normativo para a aplicação das normas em que o uso de raciocínios formalistas seria uma presunção afastável caso houvessem boas razões para isto, ou como dito pelo próprio autor, mediante algum contexto.

Inclusive, a respeito dessa intensificação da discricionariedade através da conferência de competência, Carlos Ari Sundfeld²⁶⁸ sustenta que ainda assim, a finalidade pública pela qual a competência foi concedida servirá de limitação e garantia do exercício dela. O autor avalia que mesmo em casos cuja norma jurídica tomada isoladamente não fornecesse elementos suficientes para se precisar de modo objetivo o fim a ser perseguido, implicando em grande discricionariedade, ainda assim seriam aferíveis os elementos para a identificação, por via negativa (ao manifestar o que ela não pode ser), da finalidade do ato. Para isso, o autor sustenta a utilização do que denominou “ideias” (ou seja, a “razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa-fé”) que impediriam a formação de atos cujas finalidades fossem imorais, irracionais ou consagradoras de má-fé.

²⁶⁶ SCHAUER, Frederick. Formalismo. RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116. p. 107

²⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 128

²⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 165

Por conseguinte, curioso se faz o fenômeno concomitante e contraposto a si que se pode observar com a releitura corrente do princípio da legalidade. De um lado, há a legalidade numa acepção mais tradicional, de subsunção do fato à norma que corrobora com o aumento da segurança jurídica e a previsibilidade. Paralelamente, verifica-se na ampliação do princípio da legalidade na atualidade, a sua assimilação de princípios com força normativa, disso defluindo menor segurança jurídica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶⁹ destaca que uma das principais tendências do direito administrativo atualmente é o alargamento do princípio da legalidade de modo a abranger, não só a lei, mas também princípios e valores. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁰ assevera que o entendimento alargado do princípio da legalidade corresponde à exigência do próprio Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, ainda que permeado de incertezas, o princípio da legalidade motivou o relacionamento entre pessoas justamente por conferir estabilidade a seus atos jurídicos. Ainda que a segurança jurídica tenha seus méritos para com o ordenamento e mediatamente em relação à sociedade, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷¹ chamando à colação ensinamento de Almiro do Couto e Silva, relembra que “até mesmo o fundamental princípio da legalidade administrativa, para bem cumprir-se seu objetivo essencial, terá de ceder passo, inúmeras vezes, à prevalência dos reclamos da boa-fé e da segurança jurídica”.

Veja-se que Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷², a respeito da atuação dos agentes na Administração Pública, ressalta que justamente considerando que “as falências humanas acarretam descompassos entre o projeto normativo e a atuação das autoridades que devam leva-lo à concreção”, o Direito, através da concessão de competências, buscou elaborar um quadro de legalidade de modo a restringir as liberdades de opção do agente público.

²⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 27

²⁷⁰ *Op. cit.* p. 29

²⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 170

²⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 102

Como anteriormente tratado, a assimilação da interpretação jurídica baseada em princípios constitui um dos fatores ensejadores da insegurança jurídica. Contudo, a percepção de alguns aspectos desfavoráveis desse tipo de interpretação pode ser compreendida claramente quando se tem em conta a grande relevância que possui a segurança jurídica na coesão do ordenamento jurídico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷³ atesta que uma das consequências da constitucionalização na interpretação judicial foi a geração de maior insegurança jurídica, tendo em vista a “própria imprecisão dos dispositivos constitucionais consagradores de princípios e valores”. A autora, com sua peculiar acuidade, apercebendo-se deste fenômeno, apressa-se em ressaltar que a superação da insegurança se dará com o passar do tempo, através da “formação paulatina de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo maior conhecimento da Constituição”, dessarte, conclui que não há razão para se falar de “crise no princípio da legalidade, no sentido de sua redução ou extinção”.

Nesse direcionamento segue o entendimento de Thiago Marrara²⁷⁴, aduzindo que existem ocorrências nas quais a boa-fé do administrado, na ótica do legislador, acaba por conceber “novos caminhos decisórios, flexibilizando, inclusive, o princípio da legalidade formal”. Continua seu escólio sobre a “mitigação do princípio da legalidade em virtude da boa-fé do cidadão”, exemplificando com a incidência da decadência do poder de anular atos administrativos ampliativos, ou mesmo pela viabilidade de revisão de sanções administrativas que se mostrem inadequadas em virtude de fato novo.

Em que pesem as inúmeras referências ao ordenamento constitucional a respeito da ampliação do entendimento (a aplicação) do princípio da legalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁵ relembra que a Reforma da Administração Pública também impactou o referido princípio. A autora recorda que surgem no cenário doutrinário

²⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 195

²⁷⁴ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247. p. 245

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 52

aqueles que entendem que a legalidade estrita (como vinha sendo entendida tradicionalmente) pode dificultar ou mesmo impedir a “introdução do gerenciamento na Administração Pública, já que este repousa sobre as ideias de maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes de órgãos públicos e entidades da Administração Indireta”. Citada autora assinala que os paradigmas que informaram o Direito Administrativo no período liberal, diante do Estado Social e Democrático de Direito tornam-se inconciliáveis, principalmente no que concerne à tríade da estrita legalidade, limitação da discricionariedade e sujeição ao controle judicial.

Uma lei positivada, formalmente inscrita como dispositivo em determinada norma jurídica, poderia aparentar maior possibilidade de concretização no seio social tendo em vista o patamar que logrou atingir no ordenamento. Contudo, como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁶, exemplificando em relação à dignidade humana, muito embora ela figure na Constituição Federal de 1988 como valor, princípio e regra, ainda assim essa apresentação explícita não bastou para “garantir a sua concretização”.

A partir da ótica dos princípios como elementos, aos operadores do direito e notadamente aos agentes do Judiciário, caberia uma postura de alerta em relação àqueles que buscam exagerar o sentido de um princípio (como o da supremacia do interesse público), tentando imprimir na realidade uma compreensão literal que não se coaduna com o funcionamento e percepção dos ditames que regem o ordenamento jurídico, por exemplo.

Compreende-se a esse ponto, que a reflexão sobre os limites e critérios que devam reger como será realizado o controle judicial da política pública (em última análise dos atos administrativos) possui vínculo estreito com a legalidade, a compreensão de sua extensão e exegese. Veja-se que esta interpretação da legalidade passa por processo semelhante ao que se verá no capítulo seguinte sobre a exegese do interesse público ou seja, a consideração da pluralidade de elementos normativos que concomitantemente irrigam determinada decisão.

²⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 21

Maria Paula Dallari Bucci²⁷⁷, a esse respeito, enxerga que existe uma “distância entre a afirmação de que a Administração se rege pelo princípio da estrita legalidade e a prática administrativa”. Segundo a autora, as vivências dos agentes da Administração Pública, os levam a reiteradamente defrontar-se com “a questão de como agir ou como disciplinar determinada situação em conformidade com a legalidade”. Quanto a isso, a autora²⁷⁸ ressalta que os percalços e insucessos na ação administrativa, involuntários ou provocados, serão incontáveis.

Aponte-se ainda, que em períodos remotos, esses percalços e receios que pairam sobre a atuação dos agentes do Estado já eram tema de discussão. A respeito, veja-se os seguintes excertos do Visconde do Uruguai²⁷⁹:

“Exagera-se um inconveniente inerente á natureza das cousas, e parte-se necessariamente da suposição de que o Governo tem interesses contrários aos dos governados; os administradores aos dos administrados.

Não levão em conta a responsabilidade, a censura, a fiscalização da opinião, da imprensa e das Camaras, a vigilância e má vontade da opposição.”

Carlos Ari Sundfeld²⁸⁰ em comentário a essa perspectiva do administrador público constrangido pela dúvida e responsabilidade na sua atividade prática, ressalta justamente a Lei Federal nº 8.429/92, que cria para o agente público a possibilidade de punição individual. Assim, este se vê não só impingido a obedecer diretamente aos princípios, como também em “vigiar” e “influir” nos outros agentes, ao ter que “velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. Conforme manifesta o autor, a “linguagem é forte, expressiva, intimidadora”, impondo graves, amplos e indeterminados deveres para o agente público. O trecho a seguir resume a ideia do autor:

²⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 175

²⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199

²⁷⁹ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 122/123

²⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 58

“Mas como cumprir dever tão colossal? O que significa, na prática, velar pela observância estrita da moralidade, algo aberto e amplo – ou mesmo da legalidade? A lei não quis saber. Ela não quis, portanto, delimitar exatamente deveres para facilitar seu cumprimento. Quis deixá-los pastosos, difíceis de definir e identificar. Qual razão? É para alguém, depois, poder dizer ao agente: não cumpriu, não cumpriu!”

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara²⁸¹ entendem que o alargamento da verificação da legalidade, para além da compatibilidade com o texto normativo, chega a abarcar aspectos relativos à economicidade, o que evidencia não apenas a atração do princípio da eficiência à análise, como o caráter dinâmico àquilo que se considerava estanque (e mecânico) que era o juízo de legalidade.

Luís Roberto Barroso²⁸² nesse sentido ressalta que o princípio da legalidade vem sobre uma “nova leitura” até mesmo pelo crescimento do papel do Executivo (como mencionado, incumbidos de muitas missões), alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e manuseio de conhecimentos técnicos especializados. A respeito do princípio da eficiência, o autor²⁸³ relembra que sua tensão com a legitimidade democrática constitui uma das marcas da Administração Pública na atualidade.

A perspectiva dinâmica da legalidade também foi evidenciada por Vitor Rhein Schirato²⁸⁴ ao afirmar que “a evolução natural do direito administrativo trouxe como consequência uma releitura do princípio da legalidade”, de modo a conferir ao princípio maior flexibilidade tanto em relação à desnecessidade da descrição precisa em lei do conteúdo do ato a ser editado, uma vez que a legalidade poderá ser aferida pela atuação que seja realizada pela competência legalmente atribuída e em consonância com as normas jurídicas aplicáveis (e isso inclui os princípios).

²⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 182

²⁸² BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras – Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 59-87 p. 46

²⁸³ *Op. cit.* p. 48

²⁸⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 09 – 51. p. 30

Neste cenário mais dinâmico (e de alguma maneira flexível) de aplicação do princípio da legalidade, Thiago Marrara²⁸⁵ aduz que conquanto o cidadão não escolha a decisão administrativa de sua preferência (dentre aquelas sujeitas à discricionariedade da autoridade pública), ainda assim o princípio da legalidade resguarda os direitos dele.

Nesse ponto, pode-se cogitar no alargamento e dinamicidade do princípio da legalidade na esfera pública certa aproximação com a legalidade outrora atribuída ao particular²⁸⁶.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸⁷, na realidade, se fosse aventar-se uma “crise de legalidade”, esta não recairia sobre o princípio da legalidade e sua aplicação, mas antes pelo “reiterado desrespeito pela ordem constituída, por parte da Administração Pública e do Legislativo, com estarecedoras e frequentes notícias de corrupção, afetando a credibilidade dos órgãos governamentais”. A autora completa seu raciocínio propugnando que vivencia-se um “princípio da legalidade em evolução”, e não propriamente uma crise²⁸⁸ do princípio; dado que através de sua

²⁸⁵ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. Jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247. p. 221

²⁸⁶ Fernando Vernalha Guimarães destaca que essa legalidade diferenciada do administrador público possibilita ao gestor público contemplar interesses públicos ainda que não manifestamente previstos em lei. O autor menciona o caso das concessões públicas, em que a finalidade de alcançar a diversificação de fontes de financiamento da concessão, pode ocorrer ainda que desinteressando sua ligação material ou funcional com a execução do serviço público, uma vez que o legislador pretendeu possibilitar a geração de receitas adicionais ou alternativas, desde que a hipótese de negócio vislumbrada não esbarre nas vedações disciplinadas pelo regime jurídico da livre iniciativa, mesmo que nenhuma relação direta mantenha com a execução do serviço público. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 222

²⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 194/195

²⁸⁸ Discorrer sobre a “crise” de diversos assuntos, de outro modo comunica uma realidade desconhecida: como se outrora houvesse momento de plena pacificação de debates, seja no âmbito popular ou acadêmico. A respeito do tema “crise”, vejam-se as seguintes obras: CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 175; BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 77; VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 396; SILVEIRA, Marilda de Paula. Comentários ao art. 22 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio.

ampliação ele passa por um processo de enriquecimento, possuindo maior abrangência e incluindo princípios e valores constitucionais.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso²⁸⁹ defende a necessidade de superação da “ideia restrita de vinculação positiva do administrador público à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade”. Na visão do autor, a atuação do administrador público em muitos casos independe atualmente de “qualquer manifestação do legislador ordinário”, uma vez que ele “pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição”. Arremata sua defesa proclamando que “[o] princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.

A hermenêutica constitucional inclusive espraia consequências sobre o princípio da legalidade, que ficou ampliado. O princípio, antes do cenário constitucional atual, estava bastante atrelado à letra da lei, ao comando positivado em lei, pouco contribuindo à interpretação jurídica o contexto de violações humanitárias, ou até mesmo em algumas normas do ordenamento. Contudo, justamente pela área de maior proteção o princípio amplia seu alcance.

Gustavo Binenbojm²⁹⁰ argumenta que mesmo estando a atuação administrativa de acordo com a legalidade, ainda assim, para ser considerada como válida, legítima e justificável, deverá estar condizente não só com os termos da lei, mas também com “o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular”. O autor²⁹¹ encerra seu raciocínio proferindo que a acepção de legalidade administrativa entendida como vinculação à lei formal não é apta a alcançar toda e qualquer atividade da Administração; ademais, não deve nem pretender alcançá-la.

(Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 23-25. p. 23

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 50

²⁹⁰ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 145-204. p. 151

²⁹¹ *Op. cit.* p. 155

Ora, é dado notório e tema bastante pacífico que a norma apresenta lacunas, que são muitas vezes preenchidas pelo auxílio dos princípios e valores do ordenamento. Por isso, deixa de ser crível fiar-se tão profundamente no “princípio da legalidade” quando justamente o parâmetro de legalidade na norma possui suas brechas cujo preenchimento se dá de modo fluido aos interesses que impactam a decisão, seja tomada pelo administrador público seja pelo juiz.

Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹², chamando à colação as lições de Almiro do Couto e Silva, relembra que “até mesmo o fundamental princípio da legalidade administrativa, para bem cumprir-se seu objetivo essencial, terá de ceder passo, inúmeras vezes, à prevalência dos reclamos da boa-fé e da segurança jurídica”.

Consoante José Rodrigo Rodriguez²⁹³, diante de inúmeras transformações pelas quais vem passando a sociedade e a organização dos Poderes atualmente, cogitar uma definição antecipada da “dinâmica institucional em termos normativos a partir da concepção modelar da separação de poderes” pode na realidade levar ao bloqueio de sua compreensão, de modo a obscurecer tanto o lugar e a função efetivos do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Merece referência, neste desfecho, a lembrança à Joan Prats i Catalá²⁹⁴ que há mais de duas décadas destacou que o direito administrativo padece de não só entender, como também estabelecer um diálogo, dado que a construção desse ramo do direito como campo científico autônomo foi modelado sob um parâmetro que atende e resolve os problemas de legitimidade do Estado Liberal de Direito, mas que tem sido (em seu desenvolvimento) um tanto indiferente ao desenvolvimento do Estado Social e Democrático. Isso posto, o direito administrativo parece aprisionado a um paradigma que já não responde à dinâmica dos fatos, não apreendendo uma perspectiva dialógica atualmente tão necessária frente às rápidas e profundas transformações no campo do setor público.

²⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 170

²⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 186/187

²⁹⁴ CATALÁ, Joan Prats I. Direito e Gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. *Revista do Serviço Público*. Ano 47 (mai-ago 1996), vol. 120, nº 02. pp. 23-46. p. 24/26

2.2 – PONDERAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES – RELEITURAS

2.2.1 – O MÉTODO DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

A ponderação acerca da melhor escolha, decisão e em última instância da legalidade daquilo que se pretende realizar perpassa a atividades de muitos agentes sociais, desde o cidadão, o gestor público e, como não poderia deixar de o ser, das autoridades judiciais. Contudo, chegar à conclusão do que é legal, ou a legalidade de determinado caso quando existem interesses e princípios igualmente válidos e constitucionais a serem levados em consideração, pode tornar a tomada de decisão, seja em que instância for, nebulosa.

Como anota Eros Roberto Grau²⁹⁵, tendo a interpretação do direito caráter não só declaratório, mas igualmente constitutivo, isso requer do intérprete a produção com base em textos normativos e fatos atinentes ao caso, o que se dá através da ponderação para conferir solução ao caso com que se depara. O autor vai além, proclamando que mesmo a Constituição Federal de 1988 traz consigo uma peculiaridade em sua interpretação, que reside justamente na “ponderação de ‘valores políticos’”²⁹⁶ bem como dos “princípios jurídicos explicitados e implícitos no texto constitucional”²⁹⁷.

Nos termos esposados por Thiago Marrara²⁹⁸, a ponderação seria obrigatória às autoridades públicas, não só em relação aos princípios constitucionais, como igualmente aos direitos fundamentais, à razoabilidade da ação pretendida e mesmo a respeito de interesses ditos secundários da entidade administrativa. Sobre a enorme variedade de elementos a serem levados em conta na ponderação, cite-se igualmente a

²⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 163

²⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 163/164

²⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 165/166

²⁹⁸ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. Jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247. p. 210

consideração de Victor Carvalho Pinto²⁹⁹, para quem até mesmo a ponderação de “custos e benefícios” deve ser realizada, em decorrência da inserção do princípio da eficiência na Constituição Federal de 1988.

Em que pese no trecho Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁰ dissertar sobre a análise do desvio de poder, os fatores que ele traz à consideração do exame resume a ação de ponderação. O autor menciona que a consideração deve levar em conta: (i) o plexo de circunstâncias que envolvem o ato, (ii) seus antecedentes, (iii) os fatos que o circundam, (iv) o momento em que foi editado, (v) a fragilidade ou densidade de motivos propostos como justificadores, (vi) a ocorrência ou inoocorrência de fatores que possam ter interferido com a serenidade do agente, (vii) a coerência das razões alegadas com o teor da providência em causa, (viii) a razoabilidade da medida, sua proporcionalidade com os objetivos a que se declara preordenada e até mesmo (ix) os precedentes da autoridade acaso reveladores de atitudes sóbrias e reverentes com as leis ou, pelo contrário, comportamentos exaltados, vindicativos e insubmissos aos parâmetros legais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰¹ em leitura à Robert Alexy, relembra que para ele, as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista, tendo em vista que os princípios podem ser aplicados de diferentes maneiras, de acordo com cada caso. E, caso haja uma circunstância que implique em conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, atribuindo diferentes pesos aos princípios incidentes. Essa diferenciação na aplicação de regras e princípios foi diferenciada concisamente por Robert Alexy³⁰² nos seguintes parágrafos:

“Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas

²⁹⁹ PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011. p. 226

³⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65/66

³⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 19

³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012. p. 103/104

prima facie. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve.”

Muitas são as menções doutrinárias a respeito da impossibilidade dos legisladores preverem em lei (ex ante) todas as hipóteses fáticas a respeito de determinado tema e muitos são os fatores levantados para se chegar a essa conclusão. A título de exemplo bastante evidente, considere-se a multiplicidade de cenários no país, a diversidade de realidades, populações e seus interesses. Outro fator bastante claro e que foge às intenções mais genuínas dos legisladores, relaciona-se à incapacidade do próprio instrumento normativo galgar tal completude, por uma impossibilidade lógica inerente³⁰³. Em consonância a esse contexto descrito, ensinam Gustavo Binenbojm³⁰⁴ e Miguel Seabra Fagundes³⁰⁵ respectivamente:

“É impossível o conhecimento pleno da legislação, sendo certo, também, que a complexidade das leis, consequência da complexidade das questões que regula, torna ainda mais difícil a sua compreensão.”

“No exercer, porém, a sua atividade discricionária, o legislador não esgota as possibilidades de opção peculiares ao exercício da atividade estatal. As vezes por abstenção voluntária, outras, as mais dentre elas, pela impossibilidade de abranger satisfatoriamente, no

³⁰³ Em muitas situações, como evidencia Celso Antônio Bandeira de Mello, “a lei não redefine conceitos e noções utilizados na linguagem corrente, ou quando não especifica o conteúdo exato das expressões que utiliza”, de modo que ao intérprete incumbirá “partir da significação central corrente do termo e correlacioná-la com os objetivos da norma e do instituto jurídico a que ela se reporta, a fim de determinar seu alcance, tal como se faz usualmente no mecanismo habitual de comunicação humana, isto é: capta-se a significação das palavras em função do contexto em que estão utilizadas”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 60

³⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 145-204. p. 148

³⁰⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 23. jan-abr 1951. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1951. pp. 01-16. p. 07

contexto de cânones preestabelecidos, as múltiplas realidades supervenientes.”

Dessa perspectiva, fica mais clara a necessidade da ponderação não apenas do que se adequa ao parâmetro de legalidade extraído do ordenamento, como também da solução mais adequada diante de caso concreto. Thiago Marrara³⁰⁶ reconhece o entendimento de que “o Legislativo não está em condições de prever todos os fenômenos” dado que a atividade legislativa “difícilmente conseguiria definir, de antemão, as medidas administrativas mais adequadas para cada caso concreto”. Desse modo, o autor cuida de atentar à precisão vocabular, compreendendo que diante dessa legislação a priori lacunosa não há razão para aludir à medida administrativa como “correta”, mas antes como “adequada” através da ponderação. Ademais, o autor³⁰⁷ chega a afirmar que a discricionariedade constitui uma decorrência dessa incapacidade do legislador prever todos os detalhes da ação administrativa.

Ilustrativo nesse sentido da discricionariedade do administrador público, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰⁸, o qual aduz que dada a “impossibilidade material de o legislador prever todas as situações”, exsurge o que nominou como “zona de liberdade que assiste ao administrador”. O autor, em suma, considera que é bastante raro a norma de Direito conseguir estabelecer com “capilar precisão”³⁰⁹ a situação de fato objetivamente identificável através da norma.

Com efeito, conforme esclarece Maria Paula Dallari Bucci³¹⁰, tanto a Administração Pública como o Legislativo funcionam sob dinâmicas distintas, o que implica que ao legislador não são conferidas condições de prever tudo, ou seja, “todos os atos necessários à realização de determinado fim”, que em sua visão caberia ao administrador público. Assim, consoante a autora, a legislação não pode e não deve “descer aos pormenores da atuação administrativa”.

³⁰⁶ MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. Jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247. p. 211

³⁰⁷ *Op. cit.* p. 219

³⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38

³⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 16

³¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 15

De acordo com Luis Manuel Fonseca Pires³¹¹, a discricionariedade não se confunde com a interpretação jurídica tão somente por existir nas duas o elemento da vontade. O autor defende que essa confusão entre os dois conceitos teve início com a progressiva aceitação de que o “intérprete participa da interpretação, expressa sua escolha”, ou seja, para além do conhecimento, existe também a vontade quanto à opção por certa solução. Contudo, adverte o autor, o componente psíquico (da vontade, da subjetividade) não deve ser denominado como discricionariedade, “sob pena de corromper a cientificidade e a compreensão da competência discricionária da função administrativa”.³¹²

A inviabilidade da norma ser completa, no sentido de prever de antemão todos os casos que poderia regular, se deve, na lição de Flávio Henrique Unes Pereira³¹³, à finitude da inteligência e tempo do legislador. Segundo o autor, “o legislador, por mais que se esforce, não consegue antecipar todas as particularidades do caso que ocorrerá a sua frente”. Nesse seguimento, nas palavras de Andreas Krell³¹⁴, outro fator que impele à constante insuficiência da norma se refere à dinâmica própria do mundo moderno a que ela virá a ser aplicada. Essa dinâmica implica em “situações novas e imprevisíveis a exigir uma atuação célere e eficaz da Administração”, que impossibilita, na visão do autor, a regulamentação de maneira antecipada e em detalhes pelo legislador.

Veja-se, contudo, que ainda que a lei contemplasse hipoteticamente (ou utopicamente) todas as situações fáticas possíveis, ainda assim, não se excluiria a ponderação, pois, como esclarece José Rodrigo Rodriguez³¹⁵, “o texto legal é incapaz de

³¹¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55

³¹² O autor explica que é impossível impedir que haja na interpretação a exteriorização de um elemento subjetivo daquilo que compõe o sentido da norma jurídica, ainda que se esteja buscando identificar qual é a valoração atribuída pelo padrão médio da sociedade. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 55

³¹³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao art. 20 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19. p. 17

³¹⁴ KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 14

³¹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 113

impedir a existência de respostas jurídicas múltiplas para os problemas jurídicos”. Não por outra razão, Irene Patrícia Nohara³¹⁶, observa que a ponderação constitui mecanismo de lidar com o pós-positivismo, o qual se apercebe da concomitância da realidade mais complexa com a insuficiência das codificações. A autora relembra que a ponderação serve para conferir validade àquilo que o conflito entre princípios e direitos fundamentais por si só não outorga.

A partir das considerações apresentadas, pode-se concluir até o momento que a ponderação congrega em si a capacidade de atração de vários subsídios (legais e fáticos) à consideração no momento da decisão. Independentemente de inserirmo-nos em um ordenamento dito codificado e por isso com incidência notável da positivação das fontes normativas, as lacunas parecem ser inevitáveis, e em alguma medida desejáveis. Assim, encarar o ordenamento como incompleto, pode o caracterizar, mas não lhe agrega qualquer traço pejorativo, tendo em vista que não se pode postular integralidade daquilo que por essência é incompleto. Nesta senda, pode-se concluir com a ideia de que as normas, em sua deficiência, alcançam sua plenitude.

De modo bastante correlato, Celso Fernandes Campilongo³¹⁷ pontua que o “ilícito de ontem transforma-se no lícito de hoje”, de modo que na sociedade moderna o direito e a política estão em constante variabilidade, o que lhes agrega aquilo que o autor denomina de “contingência do processo decisório”. Dessarte, propugna o autor que “a instabilidade não é o defeito nem o vício da democracia moderna” de modo que “se diz, sem nenhum demérito, que amar as incertezas é condição para a democracia”.

José Rodrigo Rodriguez³¹⁸, por sua vez, compreende que a indeterminação é fundamental ao direito contemporâneo, o que chama ao debate as discussões em torno do controle das decisões (não apenas pela via de constrangimentos institucionais, como igualmente pela via de modelos de racionalidade judicial). O autor

³¹⁶ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 03

³¹⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73

³¹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 167

consigna que a cessação da instabilidade, no mundo atual, corresponderia na realidade a “uma ilusão bem intencionada ou com pretensões autoritárias”. Segundo explica o autor, suprimir a instabilidade requereria dotar os modelos de racionalidade judicial de “uma base incontroversa, ontológica ou transcendente, e transformar a teoria do direito em um campo de identificação e fiscalização do cumprimento de um modelo de justificação ‘correto’”, o que em outras palavras convolaria em uma imposição coercitiva tanto aos juízes, como à sociedade de “um único modo de pensar”. Urge trilhar-se assim o estudo que não julga negativamente essa impossibilidade de prever tudo na legislação, pois mesmo quando não prevista, ainda assim de alguma maneira se encontra tutelada. Esse entendimento fica bastante claro no seguinte excerto de autoria de José Rodrigo Rodriguez³¹⁹:

“Se o Direito se preocupa até em definir o queijo parmesão, existe alguma coisa que fique fora dele? Existe algum assunto ignorado pelo Direito? A resposta a esta pergunta, a exemplo da pergunta sobre a natureza das coisas, também tem uma tradição respeitável na história da filosofia. Para simplificar, a resposta é: sim e não. Sim, o Direito não regula diretamente todas as coisas, todos os atos humanos. Não, aquilo que o Direito não regula diretamente está juridicamente protegido em sua condição. Mesmo sem regulação específica, o assunto ignorado pelo direito é protegido por ele. Trata-se de uma proteção pela negativa: as normas jurídicas passam a não legitimar intervenções sobre atos relativos a certos assuntos: na relação entre particulares, tudo o que não é proibido é permitido. Há diversas áreas da ação humana que se tornam imunes a intervenções fundadas em normas jurídicas, simplesmente porque não há norma sobre elas.

Vou tentar explicar melhor. O Direito tem regras sobre o casamento, relações familiares, separação, divórcio, mas não regula entre outras coisas, as relações de amizade e de namoro. Uma mulher ou um marido que desejem terminar seu casamento precisam recorrer aos tribunais. Para terminar uma amizade ou um namoro não é preciso (nem possível) propor uma demanda judicial. Esta matéria não é regulada pelo Direito. Os indivíduos devem resolver suas relações de amizade e seus namoros sem a mediação das normas jurídicas. Amizade e o namoro são espaços sem regulação jurídica específica e, por isso mesmo, estão protegidos contra qualquer intervenção jurisdicional indevida.”

³¹⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. (Org.). *Organização das Relações Privadas - Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 49-61. p. 57/58

2.2.2 – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DIANTE DE TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Outro aspecto inegável do princípio da legalidade é sua formação não só por balizas na forma de norma escrita, como de outros princípios e valores constitucionalmente amparados exigindo assim ponderação entre eles (quase um arbitramento de quem prevalecerá em cada caso). A compreensão da ideia de ponderação perpassa pelo conhecimento de dois dos seus principais critérios, ou seja, a razoabilidade e a proporcionalidade. Trata-se de princípios que viabilizam a ponderação, ao possibilitar tanto o “exame concreto de cada caso”, como o “exame criterioso das condições da realidade fática”, de acordo com Alice Gonzalez Borges³²⁰. Os dois critérios serão objeto de análise mais detida a seguir.

Inicialmente, veja-se que muito embora haja distinção vocabular, os dois conceitos se entrelaçam de modo complementar. Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²¹ considera que, não obstante a Lei Federal nº 9.784/99 explicita em seu texto tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade distintamente, o segundo encontra-se contido no primeiro³²², raciocínio esse igualmente partilhado por Celso Antônio Bandeira de Mello³²³. A autora explica que o princípio da razoabilidade, além de possuir conteúdo mais elástico, exige em sua aplicação que haja proporcionalidade entre os meios de que se vale a Administração Pública e os fins que ela tem que atingir.

Em que pese ter-se aventado a consideração trazida pela a autora em relação à disposição infraconstitucional do princípio da razoabilidade, ela própria considera que, malgrado ele não figure explicitamente na Constituição Federal de 1988³²⁴, ainda assim ele chegou sim a constar de seu projeto e foi retirado tão somente na

³²⁰ BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 106

³²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 219/220

³²² Ainda cite-se outras leis que citam explicitamente o princípio da razoabilidade: Lei Federal nº 9.472/97; Lei Federal nº 10.188/01; Lei Federal nº 13.033/14; Lei Federal nº 13.060/14.

³²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75

³²⁴ *Op. cit.* p. 191 e 207

ocasião da votação final do texto. Não por outra razão, ela³²⁵ julga que apesar de não explícito, a doutrina e a jurisprudência reconhece plenamente o princípio da razoabilidade na ordem constitucional. Em semelhante sentido discorre Celso Antônio Bandeira de Mello³²⁶, o qual argumenta que a razoabilidade constitui um dos princípios gerais do Direito.

Como já mencionado, da perspectiva do ordenamento infraconstitucional, o princípio da razoabilidade vem expresso na Lei Federal nº 9.784/99 em seu artigo 2º. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²⁷ é possível observar o princípio da razoabilidade insculpido implicitamente nos incisos VI, VIII e IX (abaixo transcritos). Contudo, tanto os incisos IV e XIII igualmente congregam a lógica da razoabilidade, por encerrarem conceitos indeterminados que restringem qualquer escolha administrativa (discricionariedade) que exceda aos propósitos a que visam.

Lei Federal nº 9.784/99, artigo 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

³²⁵ *Op. cit.* p. 209

³²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75

³²⁷ *Op. cit.* p. 221

O princípio da razoabilidade tem vasta utilização³²⁸ pelos operadores do direito³²⁹, prestando arrimo inclusive à contenção da discricionariedade administrativa. No tocante, Celso Antônio Bandeira de Mello³³⁰ sustenta que dentre os fatores a serem levados em conta no controle da discricionariedade administrativa, dois deles são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a discricionariedade administrativa está circunscrita “ao campo dentro do qual sejam admissíveis juízos controversos igualmente razoáveis na caracterização de um dado fato legalmente qualificado”³³¹. No entendimento do autor³³², a razoabilidade (juntamente com a legalidade e a boa-fé) contribui para conter a discricionariedade “dentro de seus reais limites”, de forma a sujeitar os atos administrativos aos por ele denominados “parâmetros de obediência inadversável”.

A partir desse cenário, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³³ sustenta que o princípio da razoabilidade revela sua fundamental importância na análise dos limites da discricionariedade tanto do administrador público, como do legislador. Segundo a autora³³⁴, baseando-se na lição de Agustín Gordillo, determinada decisão discricionária, ainda que não viole nenhuma norma concreta expressa, será tida como irrazoável a

³²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191

³²⁹ Exemplos da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade podem ser verificados no discurso de Arthur Sanchez Badin, o qual evoca que a ação de dosimetria de uma pena não fica sujeita por completo à avaliação subjetiva daquele que decide, tendo em vista que este deverá levar em conta a proporcionalidade e a razoabilidade no momento de apreciar a margem possível de penalidade fixada na lei. BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 91 Outro exemplo é reportado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que exemplifica o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade na Constituição Federal de 1988 na seguinte passagem: “[p]elo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes ‘qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’. Revendo posicionamento adotado em edições anteriores, passou-se a entender que o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir a exigência de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações. A norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins.”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 422

³³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 61

³³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91/92

³³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191/192/218/226

³³⁴ *Op. cit.* p. 197

depender de três vertentes a serem analisadas. Primeiramente se não forem apresentados os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; em seguida, se a decisão não apreciar os fatos que cercam o caso ou ainda se basear em fatos ou provas inexistentes. Por fim, será considerada como irrazoável a decisão que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar.

Nesse jaez, da razoabilidade como instrumento para a contenção do ato discricionário, Vitor Rhein Schirato³³⁵ defende que no juízo de legalidade, deverão ser verificados os atos discricionários naquilo que “tenha restado produzido no respectivo processo administrativo”, tanto a razoabilidade como a proporcionalidade entre “o ato exarado com a situação fática e suas peculiaridades”. Carlos Ari Sundfeld³³⁶ entende que razoabilidade condena a “irracionalidade, o absurdo ou a incongruência” tanto na aplicação e, principalmente, na interpretação das normas jurídicas, tornando inválido o ato que esteja em desacordo com os “padrões lógicos”; concluindo que a proporcionalidade corresponde à “expressão quantitativa da razoabilidade”.

Ademais da limitação à discricionariedade, a razoabilidade igualmente presta serviço à atividade de aferição de ilegalidade, quando se observa que há contrariedade entre o ato administrativo para com o conteúdo axiológico previsto na norma. A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁷ sustenta que o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário, diante de lei ou ato administrativo contrário ao “conteúdo axiológico da Constituição ou de outra lei hierarquicamente superior”, declarar sua inviabilidade. Diogo de Figueiredo Moreira Neto³³⁸, neste tocante, entende que a lei ao realizar o que intitulou como “previsão específica incompleta do interesse público”, permite que o Judiciário examine se a Administração Pública perseguiu a natureza axiológica da previsão (do ato integrado).

³³⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 09-51. p. 35

³³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 165

³³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 195

³³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 82

Justamente, acerca desse aumento do poder de controle do Judiciário para averiguar a compatibilidade com o conteúdo axiológico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁹ reitera que o princípio da razoabilidade, no ordenamento, possui duas matrizes de entendimento. Uma de inspiração norte-americana, bastante vinculada ao denominado “devido processo legal substantivo”; a outra de ascendência europeia, mais associada ao princípio da proporcionalidade. O princípio da razoabilidade, independente da matriz considerada, consente ao Judiciário realizar um controle mais aprofundado das “leis e atos administrativos cujo conteúdo contenha discriminações injustificadas ou medidas que não guardem relação ou proporção com os fins objetivados pelo legislador”. De mais a mais, arremata a autora, o Judiciário tendo sua tarefa aumentada, passa a ter que “apreciar o conteúdo axiológico das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam em desconformidade com o mesmo”.

No escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁰, conquanto a razoabilidade tenha “certo caráter autônomo” ainda assim figura como decorrência do princípio da legalidade. Na realidade, a autora³⁴¹ justifica que tanto o princípio da razoabilidade como o da proporcionalidade constam no ordenamento constitucional pela própria ideia do Estado de Direito Democrático e do princípio da legalidade em sentido amplo.

A razoabilidade ainda atrai o tema do devido processo legal de forma bem peculiar, tendo em vista que este agregou a si o tom “substantivo”. Na compreensão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴², a análise do mérito administrativo perpassa pela acepção do devido processo legal do ponto de vista substantivo, o que abre margem para mensurar (aferir) a razoabilidade dos atos administrativos. A autora explica que o ponto de inflexão que torna substantivo o devido processo legal está na assunção de que a lei e seus regulamentos devam estar em conformidade não apenas em relação “a letra pura e simples da Constituição, mas sim com os princípios superiores que formam a base do ordenamento jurídico positivo, na proteção dos direitos individuais”.

³³⁹ *Op. cit.* p. 264/265

³⁴⁰ *Op. cit.* p. 193

³⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 207

³⁴² *Op. cit.* p. 205

Relativamente à ponderação de fatores para aferir a razoabilidade de determinado ato, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁴³ sustenta que a análise do mérito através do prisma da razoabilidade envolve a consideração do momento do ato como adequado, compatível e proporcional ao escopo visado. Insta, assim, neste momento destacar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁴, para quem há íntima correlação entre o princípio da razoabilidade e a motivação do ato administrativo, pois a aferição do primeiro se dá pela tomada de conhecimento do segundo.

Quanto à proporcionalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁵ sintetiza sua aplicação pelo manejo de duas premissas. A primeira delas em relação à proporcionalidade na assimilação de critérios correntes na sociedade em que se vive e não dos critérios pessoais do administrador público. A segunda diz respeito à consideração ao caso concreto, de modo que não haja aplicação da lei em “termos frios”.

Outro âmbito em que a ponderação se dá através da proporcionalidade reside na aferição do desvio de poder. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴⁶, tanto a carência de proporcionalidade como a correlação entre meios e fins não se confundem com o desvio de poder. Ela explica que se no desvio de poder o ato se revela contrário ao interesse público; nas hipóteses aventadas (carência de proporcionalidade e falta de correlação entre meios e fins), a finalidade legal (o interesse público) é cumprida, ainda que os meios utilizados para atingi-los sejam inadequados ou desproporcionais. Semelhantemente destaca Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴⁷, justamente na análise do desvio de poder, a proporcionalidade da medida adotada deve ter relação aos objetivos almejados.³⁴⁸

³⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 61

³⁴⁴ *Op. cit.* p. 226

³⁴⁵ *Op. cit.* p. 219/220

³⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 222

³⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65/66

³⁴⁸ Mesmo em relação ao desvio de finalidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a irrazoabilidade não convolará na caracterização desse tipo de desvio. A autora ilustra sua argumentação chamando à colação o exemplo de Juan Francisco Linares, o qual apresenta a suposição de uma “norma dispusesse, para evitar acidentes de trânsito na via pública, que os pedestres levassem uma pata de coelho no bolso”. *Op. cit.* p. 194

Outra perspectiva crucial que a ponderação através dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade viabiliza é a aproximação do ato com a realidade que se pretende ver alterada, como instrumentos para soluções pautadas pelo realismo (pragmatismo). De acordo com Alexandre dos Santos Aragão³⁴⁹, através do princípio da proporcionalidade é possível circunscrever “o espectro das soluções juridicamente possíveis a uma seara de realismo e de responsabilidade econômica”.

Em sentido semelhante, mais focado no âmbito econômico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵⁰ entende que a aproximação do administrador público com a realidade econômica das matérias com que lida, pode se dar pelo princípio da razoabilidade.³⁵¹ A respeito ainda dessa aproximação com a realidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁵² sustenta que lado a lado à utilização do princípio da razoabilidade, deve a Administração pública utilizar o “princípio da realidade” para bem cumprir o interesse público.

Outro ponto de contato entre a razoabilidade e a proporcionalidade pode ser claramente observado quando determinado ato administrativo, ao não guardar proporção adequada com os fins que almeja o ordenamento pode ser considerado irrazoável. A respeito, essa correlação foi apontada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵³, para quem a “irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade”; ela³⁵⁴ esclarece que uma das características da decisão irrazoável reside na percepção da “desproporção entre os meios e fins”, como em decisões baseadas em conceitos indeterminados, ainda que em algumas ocasiões detenham a aparência de concordância com a lei, na realidade contrariam o senso comum. Assim, a autora³⁵⁵ conclui que a

³⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. pp. 29-52. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. p. 35

³⁵⁰ *Op. cit.* p. 203

³⁵¹ “O princípio jurídico (e não somente econômico) da razoabilidade das tarifas estratificou-se, naquele julgado, na concepção de que o Poder Público pode rever os critérios técnicos de modo assegurar a justa remuneração, à base do justo valor da propriedade aplicada ao serviço público.”

³⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 82

³⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 219

³⁵⁴ *Op. cit.* p. 222/223

³⁵⁵ *Op. cit.* p. 192

própria razoabilidade constitui um conceito indeterminado, não se podendo, portanto, contar com critérios objetivos para distinguir se uma lei ou ato administrativo é ou não razoável.

Neste ponto do debate, fica claro que o elo entre a razoabilidade e a proporcionalidade reside na decisão considerada irrazoável ter como componente a desproporcionalidade. A proporcionalidade, na visão de Daniel Sarmento³⁵⁶, chega a constituir “a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Para este autor, a proporcionalidade estabelece “importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais”, com o qual o princípio da supremacia do interesse público seria incompatível. Já Edimur Ferreira de Faria³⁵⁷ sustenta que dentre as teorias criadas para justificar a interferência do Judiciário no ato administrativo discricionário, estão a da proporcionalidade e a da razoabilidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁵⁸, em relação às decisões judiciais que de alguma maneira toquem em políticas públicas, aduz que elas deveriam ser guiadas para além da razoabilidade e da proporcionalidade, pela ponderação de princípios e adequada informação da autoridade julgadora. Justamente nessa aproximação do agente de controle, para com a realidade a ser controlada, pode-se visualizar a proporcionalidade e a razoabilidade como balizas para extração assim, do sentido de casos controversos, ou cujo sentido de determinada expressão na norma seja indeterminado, como apontam Nina Laporte Bonfim e Carolina Barros Fidalgo³⁵⁹. De acordo com as autoras, cabe ao gestor público “percorrer as etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” para chegar-se ao que chamaram de “ponto ideal de justa ponderação entre os direitos individuais e as metas da Administração”.

³⁵⁶ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 97-143. p. 132

³⁵⁷ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 236

³⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 31

³⁵⁹ BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da auto-executoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 267-309. p. 308/309

2.2.3 – DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DE PONDERAÇÃO

Até o momento, por um lado observa-se que não é viável ao legislador realizar previsões exaustivas em lei, e de outro que a ponderação irrigada pela proporcionalidade e pela razoabilidade conferem maior sentido material (e substantivo) à atuação dos membros dos Poderes de Estado. Todavia, a ponderação, pode igualmente se enveredar pela consideração ampliada dos fatores que influenciam a decisão (seja de um administrador público ou de um juiz, por exemplo) no âmbito procedimental, de modo a realizá-la absorvendo e transformando o “modus operandi” dos agentes públicos a partir de uma institucionalização de parâmetros ou critérios de ponderação.

Na observação de Vitor Rhein Schirato³⁶⁰, o processo administrativo entendido como “encadeamento de atos destinados à produção de uma decisão final”, ainda que detenha forma processual com finalidade de “concretizar os comandos normativos abstratos”, opera-se mediante ponderação dos interesses coletivos que estejam subjacentes à questão sobre a qual se decide. Sobre este aspecto, Maria Paula Dallari Bucci³⁶¹ destaca que a criação de mecanismos formais que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas pode se dar pela “processualização”.

A partir da institucionalização³⁶² de um procedimento de ponderação, seria possível evitar que houvesse a utilização degenerada dos princípios na interpretação jurídica. José Rodrigo Rodriguez³⁶³ argumenta que existe possibilidade de “criar segurança jurídica a partir da argumentação”, ou seja, através de mecanismos que estabeleçam critérios que se prestem a “fundamentar argumentativamente as decisões”. O

³⁶⁰ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 09-51. p. 20/21

³⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 199

³⁶² Institucionalizar, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci “significa estruturar e organizar, de maneira despersonalizada, pelo Poder Público, não apenas os seus próprios órgãos e serviços, mas também a atividade privada, quando conexas com programas de ação governamental. O arranjo institucional é a expressão formalizada da política pública, com uma dimensão sistemática.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 41/42

³⁶³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 228/229

tema aqui retratado em muito se aproxima ao chamado “modelo de racionalidade judicial”.

A institucionalização deve compreender a percepção do objeto, dentre outros aspectos, tanto pela apresentação da forma, como através do estabelecimento de procedimento. Desse modo, poderia ser impulsionada a formação de um círculo vicioso de incentivo às melhores práticas, uma vez institucionalizado o procedimento que irriga as atividades do estado e seu controle. O âmago desse entendimento foi muito bem resumido por Maria Paula Dallari Bucci³⁶⁴ na seguinte passagem:

“A institucionalização é o fator relacionado aos dispositivos jurídico-institucionais — a lei, as normas de atribuição de competência etc. — que dão corpo à política, conferindo permanência a determinada orientação no ordenamento jurídico, pelo menos até que essa venha a ser modificada, mediante procedimento de idêntica natureza, em regra por iniciativa de outro grupo político que assuma o governo.”

Maria Paula Dallari Bucci³⁶⁵ observa que exprimir que algo foi institucionalizado equivale a remeter a um determinado “conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que o tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o envolve, a partir de certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos”. A autora³⁶⁶ apostila que institucionalizar, no campo da ação governamental, consiste no processo de “estabelecer um determinado padrão de organização [...] que atua como fator de unidade de vários centros de competência em articulação”.

De alguma maneira, a institucionalização compreende características e consequências observáveis no processo de positivação de determinado conteúdo. Esse paralelismo torna-se mais claro pela exposição de Maria Paula Dallari Bucci³⁶⁷, para quem a institucionalização corresponde a através da ordenação jurídica, realizar tanto a objetivação como a organização de determinado objeto, de modo a manter-lhe a agregação. A autora explica, em outras palavras, que a manutenção da agregação

³⁶⁴ *Op. cit.* p. 242

³⁶⁵ *Op. cit.* p. 236

³⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236

³⁶⁷ *Op. cit.* p. 236

equivale a dar força para que o objeto não tenha os elementos dispersos, de modo a descaracterizar os componentes de seu arranjo funcional.

Dessa forma, confirma a autora³⁶⁸, seria verificável a institucionalização de determinado objeto, quando houvesse a conferência de uma organização de caráter “permanente e impessoal, formalmente desvinculado da pessoa do governante ou gestor que desencadeia a ação”. Dessarte, prossegue a autora em seu entendimento, é possível compor “distintos interesses, meios e temporalidades, em função da ideia-matriz” sobre a qual reside o objeto.

Em que pese a boa intenção daqueles que defendem alguma institucionalização da maneira como ponderar os fatores trazidos à consideração em benefícios da “ordem”, a proposta é objeto de críticas por alguns autores. Nesse seguimento, segundo Eros Roberto Grau³⁶⁹, em argumento sobre a fixação do procedimento corresponder à busca pela ordem, ele destaca que “o vocábulo ‘ordem’ porta em si, na sua rica ambigüidade, uma nota de desprezo em relação à desordem”. O autor critica a perquirição dessa assimilação, expondo que a “defesa da ‘ordem’, desta sorte, sobretudo no campo das relações sociais e de sua regulação, envolve uma preferência pela manutenção de situações já instaladas, pela preservação de suas estruturas”.

Ainda no tocante à ordem, José Afonso da Silva³⁷⁰ enfatiza que ela não garante a aplicabilidade efetiva, ainda que haja ponderação de princípios, uma vez que a retórica constitucional por si só não possui “significado substancial”. Tercio Sampaio Ferraz³⁷¹ nos adverte que a “forma compacta do direito instrumentalizado, uniformizado e generalizado sob a forma estatal de organização” virá a colapsar.

2.2.4 – RELEITURA DO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO DE PODERES

³⁶⁸ *Op. cit.* p. 236

³⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 64

³⁷⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 788

³⁷¹ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 29

Pelo quanto exposto até o momento, é possível verificar que o princípio da legalidade, apesar de ser um dos mais básicos elementos do direito positivado ou codificado, vem passando por transformações que lhe alteram a feição usualmente tida, atualizando-se conforme a realidade. Como foi possível evidenciar, o referido princípio demanda na atualidade uma consolidação de seu traço teórico pela doutrina e jurisprudência. Contudo, como indicado em algumas passagens, igualmente é possível visualizar que o princípio da separação de Poderes constitui elemento bastante central nesse debate.

Ao longo do capítulo e mesmo deste item foram mencionadas (e por vezes tratadas) muitas questões que, sob o impacto de uma nova ordem constitucional, parecem ter catalisado inúmeras transformações de diversos institutos jurídicos (às vezes políticos) na sociedade. Dos apontamentos dos indícios que reportam a mudança do entendimento da legalidade, foi possível depreender alguns efeitos sobre a leitura que usualmente se faz do princípio da separação de Poderes fixada na Constituição Federal de 1988, no artigo 2º, *caput*.

A respeito do dispositivo constitucional, Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷² afirma que a propalada tripartição de Poderes já vem amenizada de origem pela própria redação dele. Segundo o autor, o artigo 2º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 reconhece uma “autonomia *relativizada*”, dado que visa prevenir “o superdimensionamento de um Poder em face dos outros” e mesmo pelo atual Estado Social de Direito não comportar “rígidas *separações estanques* entre suas funções”.

Nesse jaez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷³ exemplifica que a partir de como tem sido elaborado pela doutrina, o tema das políticas públicas (e seu controle) progressivamente se coloca em evidência o modo de aplicação daquilo que ela denominou de “princípio tradicional da separação de poderes”. Já no escólio de Alice Gonzalez Borges³⁷⁴, estaria o princípio da separação de Poderes entrando em uma crise,

³⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014. p. 311

³⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 25

³⁷⁴ BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 77

relativamente à sua concepção constitucional que prescreve a harmonia e a independência entre eles³⁷⁵. A autora³⁷⁶ exemplifica seu entendimento a respeito da relação entre os Poderes, quando proclama que o Judiciário, ao adentrar as políticas públicas, pode ocasionar não apenas distorções no orçamento, como igualmente ferir a independência entre os Poderes. Sobre essa postura do Judiciário, no entanto, Rodolfo de Camargo Mancuso³⁷⁷ diverge afirmando que “há muito tempo já perdeu atualidade o perfil de um Judiciário neutro e desengajado, como um dia foi concebido por Montesquieu, em nome de uma rígida separação entre os Poderes”.

Outro ponto visível observável no discorrer do capítulo, principalmente deste item, foram as muitas discordâncias na interpretação e aplicação da norma por diversos agentes, sejam do Executivo, do Judiciário ou mesmo interessados privados. Assim, com a releitura do princípio da separação dos Poderes, sobressai o questionamento sobre a existência ou não das funções típicas a cada um dos Poderes. Verifica-se que da mesma forma como o princípio da legalidade vem sofrendo amadurecimento e releitura no contexto atual, o princípio da separação dos Poderes parece estar passando por semelhante processo de revisão e evolução, conforme será visto a seguir.

Conforme relembra Celso Fernandes Campilongo³⁷⁸, existe em curso um rompimento do equilíbrio entre os Poderes, que suscita inúmeras consequências, dentre elas a sobreposição de funções e estruturas na burocracia estatal, fragmentação da lógica de ação do Estado; fabricação de um padrão de juridicidade marcado por inconstitucionalidades rotineiras.

³⁷⁵ Acerca dessa leitura a partir da concepção constitucional, Katya Kozicki e Estefânia Maria Queiroz em referência à jurisprudência do STJ, ressaltam que o princípio da separação dos Poderes deveria ser encarado sob o enfoque da redação constitucional, a qual atribuiu novos papéis ao Estado o que conseqüentemente exige da Administração Pública uma atuação mais ativa, e, conseqüentemente, uma atuação mais forte de fiscalização do Poder Judiciário. KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 78

³⁷⁶ *Op. cit.* p. 105

³⁷⁷ *Op. cit.* p. 312

³⁷⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52

Faz-se notório que o princípio da separação dos Poderes advém de leitura realizada da obra *O espírito das leis* de Maquiavel³⁷⁹, a qual possuiu grande repercussão em sua época entre governantes e intelectuais, contribuindo para a “inserção da separação de poderes como princípio no constitucionalismo que se lhe sucedeu”, conforme ensina Maria Paula Dallari Bucci³⁸⁰. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸¹ reconhece que o pensamento de Montesquieu teve uma grande influência para a formação do Estado de Direito.

Atualmente, muitas são as críticas quanto à absorção equivocada, ou no mínimo transmutada, dos ensinamentos originais de Montesquieu. A respeito, Maria Paula Dallari Bucci³⁸² considera que a separação de Poderes na maneira como se vulgarizou descrever, não corresponde àquela pretendida pelo citado autor, quando aquele tencionou dissertar a respeito do controle do poder pelo poder (ou o confronto institucionalizado entre liberdade e poder). A autora considera que a partir da leitura original do texto, extrai-se o diagnóstico de que o poder deve conter o poder e então, e só a partir disso, se cogitou a separação dos Poderes e a atribuição de funções a cada qual.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁸³ resume o pensamento de Montesquieu como pragmático, igualmente propagando o raciocínio de que para o pensador todo aquele que detenha o poder tenderá a dele abusar. Assim, conclui o autor, como meio de evitar que governos se transformassem em tiranias, devia o poder deter o poder, através da “clássica formulação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute”.

³⁷⁹ Sobre a proeminência de Montesquieu sobre o direito administrativo, Bruce Ackerman destaca que “[n]enhum outro campo de pesquisa acadêmica é tão intensamente dominado por um único pensador, quiçá um pensador do século XVIII.” ACKERMAN, Bruce. *Adeus Montesquieu*. Revista de Direito Administrativo. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 14

³⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63

³⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 11

³⁸² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 64/71

³⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 11/12

Outrossim, para José Rodrigo Rodriguez³⁸⁴, a intenção de Montesquieu não foi afirmar os três Poderes, como organização do Estado de Direito, mas antes “mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle”. Assim, conclui Maria Paula Dallari Bucci³⁸⁵, Montesquieu visava primordialmente buscar tratamento a um problema de cunho político (de correlação de forças) do que uma questão de organização de funções de caráter jurídico ou administrativo.

Como mencionado anteriormente, o princípio da separação dos Poderes está explícito na Constituição Federal de 1988, artigo 2º, *caput*, o que certamente lhe confere imenso prestígio na compreensão do atual sistema jurídico e no relacionamento entre os Poderes. Tal posicionamento constitucional do princípio da separação dos Poderes é tão importante, que, de acordo com Celso Fernandes Campilongo³⁸⁶, em um cenário de uma democracia representativa e constitucional, torna-se pressuposto de existência a separação entre os sistemas político e jurídico. Inclusive, em sede constitucional o princípio detém tamanho destaque que se encontra encerrado no rol das chamadas cláusulas pétreas.

Constituição Federal de 1988, Artigo 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Constituição Federal de 1988, Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

Uma contemplação mais elementar do princípio da separação de Poderes, entretanto, poderia levar o intérprete desavisado a imaginar que em relação aos atos administrativos, por exemplo, o controle judicial deveria confinar-se no ramo estritamente legal, sem adentrar ao mérito. Ou pretender que questões como as atinentes

³⁸⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 185

³⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66/67

³⁸⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78

às políticas públicas não pudessem ser submetidas ao controle do Poder Judiciário sob pena de violação do princípio da separação de Poderes³⁸⁷. Atualmente, como será visto, o princípio constitucionalmente posicionado no ordenamento adquire nova leitura, mais contextualizada e aproximada da realidade vivenciada.

Nesse sentido, não parece mais aceitável uma leitura literal e/ou superficial do princípio como que comungando uma separação estanque e inverossímil dos poderes. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci³⁸⁸, “a separação de poderes não é um princípio absoluto, havendo diversos arranjos e modos de distribuição em que as funções típicas de cada poder se interpenetram segundo maneiras peculiares”.

Resumem em semelhante sentido, Katya Kozicki e Estefânia Queiroz³⁸⁹, que sob a égide da Constituição de 1988 houve uma flexibilização do princípio da separação dos Poderes “com a ideia de controles recíprocos entres os poderes e não mais a ideia de separação rígida entre os mesmos”. Igualmente, José dos Santos Carvalho Filho³⁹⁰ assinala que apesar de cada poder ter a seu cargo uma função que lhe é típica, essa separação “está longe de ser absoluta”, até mesmo pelo texto constitucional abrir exceções que permitem a cada poder desempenhar função que, originalmente, não lhe pertenceria.

Se parecem irrefutáveis os impactos constitucionais sobre o princípio da separação dos Poderes, não em menor medida foram as mudanças sociais e políticas que caracterizam a vivência democrática recente do Brasil. Nesse tocante, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi³⁹¹ pontuam que o mundo mudou muito, de modo que o modelo de tarefas estanques delegadas a cada Poder não pode mais se aplicar aos dias de hoje. Em semelhante lembrança, Maria Paula Dallari Bucci³⁹² explica que no Estado

³⁸⁷ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 73

³⁸⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71

³⁸⁹ *Op. cit.* p. 79

³⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 71-87. p. 76

³⁹¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 08

³⁹² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 224/225

moderno a separação de Poderes parece corresponder a uma “separação de competências”.

De acordo com José Rodrigo Rodriguez³⁹³, muitas são as críticas que podem recair sobre o desempenho atual das instituições e mesmo do Judiciário; contudo, ele considera inadequado a uma sociedade democrática acabar por congelar “seu papel na separação de Poderes ao ditar regras para a realidade a partir da teoria do direito e da teoria política”. O autor conclui que muitas das críticas à insegurança jurídica (e mesmo à judicialização da política) se baseiam em pautas conservadoras que “tendem a transformar a separação de Poderes, segundo suas feições clássicas, em um critério normativo transcendente para denunciar a suposta falta de qualidade de nossas instituições”.

A complexidade política pode ser observada a partir da grande influência que centros de poder difusos ou não possuem atualmente. Para citar poucos exemplos, pode-se mencionar os Ministérios Públicos, os Tribunais de Contas, as Defensorias Públicas e o próprio empoderamento dos cidadãos. Nesse cenário de instituições independentes, as quais “desempenham funções cada vez mais importantes – apesar de não poderem ser classificadas como legislativas, judiciais ou executivas”, Bruce Ackerman³⁹⁴ conclui que não se deve mais contentar-se em “repetir o mantra de Montesquieu”. Tanto pode a concepção da separação de Poderes ser observada como um “mantra”, que José Rodrigo Rodriguez³⁹⁵ relembra que não obstante as objeções que essa concepção sofra, ainda assim ela resiste no vocabulário das ciências humanas “mesmo diante de críticas constantes, mais antigas do que as críticas ao formalismo jurídico”.

Veja-se que as exposições expostas anteriormente propugnam acerca da absorção inexata dos ensinamentos de Montesquieu. Contudo, se não comum a defesa de que ocorre uma deturpação do entendimento da separação dos Poderes na atualidade,

³⁹³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 20

³⁹⁴ ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 19

³⁹⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 145

menos correntes são os defensores da completa inadequação do entendimento hodierno na separação dos Poderes com a realidade presente.

Na doutrina já se encontram menções explícitas inclusive acerca da supressão do referido princípio dos ordenamentos jurídicos de alguns países. A este respeito destaque-se o escólio de Bruce Ackerman³⁹⁶, para quem falar em separação de Poderes não mais se coaduna com a realidade. O autor³⁹⁷ defende que, passados três séculos, já é passada a hora de “repensar a santíssima trindade” que parece possuir um “status canônico” que “nos mantêm cegos” para o surgimento de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas.

De acordo com Bruce Ackerman³⁹⁸, os pensamentos elaborados por Montesquieu não encontram recepção adequada nas complexidades da atualidade de diversos países, ainda que continuamente venham sendo absorvidos “sem maiores reflexões”. Nos termos esposados pelo autor, em que pese a grandeza de Montesquieu, ele “não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório”. O autor³⁹⁹ defende a inserção de uma “nova separação de poderes”, a qual vem aflorando no presente século, de modo que deve ser dado “um carinhoso adeus a Montesquieu” para na sequência criar novas bases ao direito administrativo em consonância com os desafios dos governos modernos.

Possivelmente, a supressão do princípio não seja a melhor maneira de aprimorar as relações de exercício e controle do poder entre os Poderes. Contudo, claro

³⁹⁶ A respeito da superação da visão tripartite de divisão de Poderes, o autor revela que o caminho se dá através da criação de um modelo analítico que compreende quatro etapas, que a grosso modo podem ser sintetizadas pela: identificação de um valor governamental fundamental (ex: democracia); entendimento por que tal valor fundamental requer que a instituição receba proteção constitucional; identificação de técnicas de isolamento institucional; e, por fim, análise empírica comparada. ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 16/17

³⁹⁷ ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 15

³⁹⁸ *Op. cit.* p. 14

³⁹⁹ ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 15

se mostra que a atualização do entendimento do princípio é necessária⁴⁰⁰ e ainda vem tomando protagonismo em muitas discussões relacionadas a diversos temas, seja da competência, funções típicas, abrangência do controle judicial, entre outros.

Na contemporaneidade, a separação de Poderes concorre para a mitigação das divisões estanques de competência; ao que mais uma vez questionamentos em relação aos limites são lançados. Contudo, ao invés de cogitar-se a respeito da divisão de competências e classificações de funções (como primária ou secundária), possivelmente os debates poderiam se enveredar pela qualidade da extensão da competência em si, a ponto de sinalizar quando a deferência perante o outro Poder deve se manifestar.

José Rodrigo Rodriguez⁴⁰¹ bem sintetiza o tema aduzindo que o princípio da separação de Poderes não deve ser tomado em si, mas em função de sua gênese e de seu devir conflitivo. Como explanou o autor⁴⁰², as feições clássicas do conceito de separação de Poderes não constituem algo a ser necessariamente preservado, uma vez que se presta (assim como o modelo de racionalidade judicial) a “ajudar a refletir sobre a dinâmica institucional real e avaliar os rumos que ela eventualmente esteja tomando tendo em vista os interesses em conflito na sociedade civil”.

De acordo com José Rodrigo Rodriguez⁴⁰³, o ponto central trazido por Montesquieu residia na preparação de “uma trama institucional que não admitia o arbítrio”, independentemente do desenho que se viesse a adotar, não se fazendo assim essencial que fossem três os Poderes ou mesmo que funcionassem de acordo com a lógica naturalizada da separação de Poderes.

⁴⁰⁰ De acordo com Carlos Mário da Silva Velloso, a invocação do princípio da separação dos Poderes atualmente (relativamente aos limites ao controle judicial das políticas públicas) “soa como coisa ultrapassada”. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Políticas Públicas: Controle Judicial. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 83-109. p. 99

⁴⁰¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 21

⁴⁰² *Op. cit.* p. 20/21

⁴⁰³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 185

Já Bruce Ackerman⁴⁰⁴ sugere que a ideia de três Poderes ignora o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas; ao passo que essa conjuntura leva a um conjunto diferente de desafios normativos. A respeito dessa visão mais atualizada da separação tripartite dos Poderes, veja-se o seguinte excerto de Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁰⁵:

“A relação entre os Poderes hoje se caracteriza por uma *integração* – *complementaridade*, inclusive por conta da atenuação da vetusta *separação* entre eles, permitindo antes reconhecer uma desejável *divisão de tarefas*, por modo que a antiga postura *monopolizadora* ou *exclusivista* (na produção legislativa, no gerenciamento da coisa pública, na distribuição da Justiça) se possa resolver sob uma lógica do elemento preponderante, ou seja, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário têm a seu cargo, *principalmente* e nessa ordem: a *nomogênese*, a administração pública, a composição de conflitos.”

Maria Paula Dallari Bucci⁴⁰⁶, ao tratar da consolidação do Estado pela assunção de contornos jurídicos pelos governos e a intensificação do convívio da esfera política com a jurídica, destaca que estes processos não passam à margem da aplicação da separação de Poderes, desde o século XVII, na Inglaterra, e XVIII na França e EUA. Sobre essa aproximação entre os âmbitos políticos e jurídicos, é de se ressaltar a importante advertência realizada por Celso Fernandes Campilongo⁴⁰⁷, para quem a separação dos Poderes viabiliza a democracia. Veja-se o seguinte trecho que de modo sucinto expõe o tema:

“A tarefa da democracia é manter elevadas taxas de contingência e complexidade. Quando a redução dessas taxas é drástica – como acontece nas ditaduras –, acentua-se a sobreposição de funções entre a política e o direito, geralmente em prejuízo do sistema jurídico. Abre-se mão do direito e da política enquanto alternativas possíveis para, em seu lugar, impor uma opção ‘necessária’. Tem-se a redução da complexidade, mas como via para a supressão da diferenciação funcional e eliminação da contingência. Nesses contextos

⁴⁰⁴ ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 13

⁴⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014. p. 310

⁴⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39/40

⁴⁰⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78

extremados não há falar em fechamento operativo do sistema ou sistemas autopoieticos.”⁴⁰⁸

Em que pese as críticas acerca da perda de atualidade e adequação do princípio da separação de Poderes, ainda assim, ele constitui cláusula pétrea no ordenamento, e não só teve, como ainda tem seus méritos no estabelecimento do Estado Democrático de Direito. Nesta senda, pode-se concluir com a ideia de José Rodrigo Rodriguez⁴⁰⁹, para quem a recuperação da obra de Montesquieu é importante, pois serve ao aperfeiçoamento da dinâmica institucional contemporânea.

⁴⁰⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80/81

⁴⁰⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 185

2.3 – PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

2.3.1 – EQUILÍBRIO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO

Tomadas as considerações anteriores, um dos grandes desafios que se coloca atualmente ao Estado, perante seus órgãos e a sociedade, reside não na busca de um relacionamento ótimo entre eles, cujos encontros se dessem sem vicissitudes, mas antes no relacionamento mediado pelo contraditório que se adapta e evolui tanto na relação entre os Poderes entre si, como destes para com a sociedade.

Parece assentado que neste último quartel de século os desafios às relações entre os Poderes e destes para com a sociedade se mostram maiores, por alguns fatores enunciados anteriormente no discorrer do capítulo, como o contraste de regimes (do autoritário para o democrático), o aumento da complexidade social, a profunda mudança do ordenamento e sua hermenêutica, a promulgação de nova Carta Constitucional etc.

Esses desafios e os debates que eles suscitam, ao contrário de significarem deméritos, conotam aquilo que Celso Fernandes Campilongo⁴¹⁰ considera essencial à democracia e independência entre os Poderes, que é a manutenção de “elevadas as possibilidades de escolha e abertas as alternativas de decisão” dos agentes envolvidos. O autor declara que em decorrência dessa amplitude de possibilidades de decisão se observa a capacidade do Estado Democrático de Direito de garantir os “direitos das minorias, da oposição e da magistratura”.

Dessarte, dos embates permeados por vicissitudes e discussão advindos dos relacionamentos entre Poderes (entre si) e a sociedade poderia ocorrer certo

⁴¹⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87

desequilíbrio. Contudo, como ensina Fábio Konder Comparato⁴¹¹, a própria ideia de evolução e de processo desconhece os equilíbrios, quando na realidade o que se pode extrair são movimentos ou transformações.

No entanto, passadas todas as mudanças (fatores) há pouco mencionadas, parece ter-se mantido praticamente inalterada a atuação estatal. Isso porque se, de um lado, se pretende postular maneiras de controlá-lo, de outro, concomitantemente, querem-no dotado de prerrogativas que lhe possibilitem a execução de seus deveres. Assim, diante de duas figuras antagônicas, a busca por um ponto de equilíbrio se faz necessária para manterem-se os direitos individuais e ao mesmo tempo o Estado de Direito Social.

Desde seus primórdios o desenvolvimento do direito administrativo oscila entre a conferência de poderes e prerrogativas estatais para que sejam efetivados os interesses públicos, a par de tentar em igual tempo instituir meios desse poder estatal ser contido pelos cidadãos que buscam ter seus direitos resguardados e cumpridos. Conforme resume Irene Patrícia Nohara⁴¹² acerca desse aumento da demanda pela atuação do Estado, disseminou-se a “visão prospectiva do direito, em contraposição ao papel mais retrospectivo” que este costumava deter.

Assim, verifica-se atualmente que, ao mesmo tempo em que o Estado é progressivamente chamado a atuar, sob a égide de uma Constituição pródiga na enunciação de variados temas, como os direitos sociais, de outro, o Estado se vê confinado no seu modo de atuação, tanto pela legalidade chamada administrativa, como pela insuficiência da capilarização de normas positivadas. Some-se a essa regulação (através da positivação), a influência dos princípios que atuam como vetores mais assimiláveis às diversas situações e cujas aplicações podem trazer à prática um modo menos binário (do legal ou ilegal) de interpretar a norma, conforme a situação fática de cada caso (sob esta perspectiva, irriga-se o gestor público de maior flexibilidade).

⁴¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 463

⁴¹² NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 02/03

Outro recorrente desequilíbrio se verifica quando observa-se que de um lado verifica-se uma justiça assolada por demandas pleiteando prestações positivas do Estado, e de outro gestores públicos que se deparam com cenários mais complexos para administrar os interesses públicos. Tanto a Justiça como o Estado enfrentam desafios na construção, execução e controle de políticas, temporalmente, financeiramente e, porque não aludir, democraticamente. Os desequilíbrios, apesar de gerarem desgastes entre os Poderes, de forma concomitante também os assemelham nas dificuldades pelas quais passam.

Veja-se que em que pese a prestação de determinado bem ou serviço do Estado através da provocação do Judiciário trazer certa sensação de justiça e de alcance do direito, em não raras situações, nota-se um desequilíbrio pelo tratamento diferenciado de pessoas em semelhante situação (estado de necessidade). De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹³, um aspecto positivo dessa interferência do Judiciários nas políticas públicas pode ser notada pela pressão que é exercida sobre o Poder Público “na adoção de medidas corretivas de sua omissão”. Em prosseguimento ao entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹⁴, a autora ressalta que o crescente número de prestações positivas para o Estado, embora não impacte diretamente as políticas públicas, “na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo”.

Nesse mesmo sentido, a respeito da pressão que é exercida sobre a Administração Pública, Susan Rose-Ackerman⁴¹⁵, sugere que os juízes não interferem diretamente nas decisões administrativas, mas que as cortes de fato influenciam a maneira como os órgãos administrativos atuam. Já Jerry Mashaw⁴¹⁶ chega a advertir que o controle judicial em muitas ocasiões impinge às esferas administrativas pesados encargos que se mostram insustentáveis (seja para todos, seja financeiramente).

⁴¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 28, 29 e 32

⁴¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 834

⁴¹⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University Press 1995. p. 15/16

⁴¹⁶ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*. Revista Direito GV especial nº 1 (Special Direito GV Review nº 1). São Paulo: Fundação Getulio Vargas 2005. pp. 153-170. p. 162/167

Ester Rizzi e Salomão Ximenes⁴¹⁷, a respeito da capacidade de pressão da Administração Pública, defende que o “Judiciário possui em nossa sociedade força política e simbólica, capaz de influenciar e de dar visibilidade a omissões dos demais poderes”. Eurico Ferraresi⁴¹⁸, a respeito das demandas no setor da saúde, ressalta que muitos pedidos não referem-se à medicamentos inexistentes no SUS, mas de tecnologia mais avançada, geralmente importados, ainda não reconhecidos pela agência de saúde brasileira e com efeitos terapêuticos semelhantes.

Arremate-se, esta breve digressão, consignando a posição de Susana Henriques da Costa⁴¹⁹, para quem existe atualmente uma “contradição intrínseca” relativamente ao ordenamento jurídico e a requisição de prestações positivas: “[...] por um lado, há a positivação dos direitos sociais, com fundamento na busca pela igualdade material e não meramente formal entre os indivíduos; por outro, o tratamento judicial individualizado destes direitos acentua as desigualdades, uma vez que garante o direito social somente àquele que vem a juízo requerê-lo.”

Contudo, como é de se supor, nem todo desequilíbrio contribui para a manutenção do diálogo, da democracia, da independência entre os Poderes e expressão de minorias. Muitos são os desequilíbrios (hoje verificáveis na gestão pública e seu controle) que desaguam em decisões não isonômicas, invasivas de competências alheias, e mesmo de não entendimento entre aqueles que estão em confronto. Possivelmente o enfrentamento do desequilíbrio exija menos a melhor distinção entre as funções de cada um dos envolvidos (poderes e sociedade) do que a fixação de parâmetros que facilitem um melhor diálogo (relacionamento) entre eles.

Como buscou-se tratar anteriormente neste capítulo, não prospera a tentativa de identificação das funções de cada um dos poderes e do exercício de direitos

⁴¹⁷ RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*. Disponível em: <http://www.caqi.org.br/portal/images/stories/pdfs/artigoaj.pdf> p. 25

⁴¹⁸ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. in GIONOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. (2ª ed.). Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 489 - 503. p. 496/497

⁴¹⁹ COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva - Jornadas Brasileiras de Direito Processual*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370. p 355 e 363

pela sociedade (através de seus indivíduos, grupos de interesses etc.) como se os Poderes tivessem funções estanques entre si, bem compartimentadas, que não se comunicam ou não coincidem, avessos à absorção de manifestações da sociedade. Pela hermenêutica atualizada constitucionalmente, a elevação da complexidade da sociedade e releitura dos princípios da legalidade e da separação dos Poderes, não há como sustentar a definição *ex ante* das funções de cada Poder (pois como já visto, ao legislador pátrio seria impossível prever de antemão tudo em lei).

A respeito dessa busca pelo controle do poder estatal, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²⁰ recorda que o próprio Estado de Direito encerra a consagração jurídica de um projeto político com o objetivo de proteger o cidadão “contra intemperanças do Poder Público”. Para isso, o controle do Estado se dá através da subordinação tanto do poder, como de seus exercentes ao que o autor chamou de “quadro normativo geral e abstrato”.

No entanto, o controle do Estado também é acompanhado de suas prerrogativas, que garantam a autoridade necessária para a consecução dos interesses públicos, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴²¹. A autora destaca que o direito administrativo se caracteriza pelo binômio entre a autoridade/liberdade. Esse binômio também é reconhecido por Maria Paula Dallari Bucci⁴²², para quem os limites do poder estatal ficam sujeitos à tensão entre o atendimento das necessidades dos cidadãos e a imposição de limites ao exercício de seus poderes estatais.

Sobre esse binômio marcante do direito administrativo, Carlos Ari Sundfeld⁴²³ considera que ele garante tanto a realização do interesse público, como a preservação da liberdade. O autor afirma que a supremacia do interesse público sobre o privado se revela justamente quando o Estado manifesta sua autoridade, exercendo-a através de suas prerrogativas. O autor, de outro lado, também ressalta os instrumentos de controle dessa autoridade estatal, através da fixação da competência (manifestada pela

⁴²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 151

⁴²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38

⁴²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 101

⁴²³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 118

finalidade a ser atingida pelo ato administrativo) e o cumprimento dos direitos individuais.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴²⁴ também, ao reconhecer o binômio, destaca que o poder que a Administração Pública detém na realidade é um poder instrumental para a execução de seus deveres. O autor defende que para o cumprimento de um dever surge, como decorrência o poder, contudo, ainda assim é o poder que comanda toda a lógica do direito público.

2.3.2 – PAPEL DO JUDICIÁRIO NA BUSCA DO EQUILÍBRIO

O Judiciário atualmente apresenta-se como um campo de mediação (muitas vezes precário) de diálogo e conferência de equilíbrio nas relações dos Poderes com a sociedade, e dos Poderes entre si. Algumas de suas características, no entanto, tornam-no atraente para que seja através dele aberto certo embate.

Dentre as características que fazem do campo judicial um local atraente de discussão e resolução de impasses são a sua independência em relação aos demais Poderes, a celeridade relativa (a depender da matéria) e a capacidade de produzir uma decisão final a respeito do tema (através da coisa julgada), através do contraditório processual (portanto, ouvidas as partes com maior consideração ou efetividade) etc. Como bem resume Celso Fernandes Campilongo⁴²⁵, a “luta social tem na arena jurídica uma importantíssima frente de batalha”.

Quanto à celeridade relativa, poucos cogitariam desconsiderar a importância do tempo relativamente ao cumprimento de direito, tanto que Maria Paula Dallari Bucci⁴²⁶ chega a argumentar que o tempo tem tamanha relevância (como insumo dos processos decisórios), que “é quase comparável à dos elementos econômicos ou institucionais”. Não obstante, em que pese sua gravidade, o tempo suscita críticas em

⁴²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 15

⁴²⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 18

⁴²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143

muitas esferas, inclusive no campo judicial, onde a morosidade do Judiciário em julgar processos se faz notória, pelo “congestionamento” de que padecem os órgãos jurisdicionais, e mesmo como uma “máquina lenta, atravancada e burocratizada”⁴²⁷. Outro ponto que pesa em desfavor do Judiciário, reside na visão de que há excessos de recursos possíveis que adiarão em demasia a emanção da decisão final em tempo adequado. Sem embargo, estariam todos os Poderes do Estado sujeitos então à mesma crítica quanto à morosidade. Como relembra Agustin Gordillo⁴²⁸, a falta de celeridade, constitui uma das críticas em relação às ações do Estado (principalmente na esfera do Executivo).

Contudo, em que pese essa morosidade dos Poderes, em casos emergenciais, de grave violação de direitos, o Judiciário se sobressai, dado possuir dispositivos processuais (e mesmo institucionais) para prover determinada decisão em tempo hábil a sanar os efeitos danosos da omissão estatal em casos isolados (individuais). Muitos autores⁴²⁹ reconhecerem os poderes cautelares do Judiciário, o qual deve atender no limite do possível com medidas liminares alguns pedidos. Como conclui Rodolfo de Camargo Mancuso⁴³⁰, a jurisdição deve “promover a resolução justa dos conflitos, num tempo razoável”. Em semelhante sentido aludia José Rodrigo Rodriguez⁴³¹, para quem

⁴²⁷ SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, pp. 79-98, disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005> p. 86

⁴²⁸ GORDILLO, Agustin. *Participación administrativa*. in Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). vol. III. São Paulo: RT, 2012. pp. 655-667. p. 661

⁴²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 81; NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 11; MORISHITA WADA, Ricardo; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci; MORISHITA WADA, Ricardo. (Org.). *Direito do Consumidor: os 22 anos de vigência do CDC*. São Paulo: Campus Elsevier, 2012. v. 1, p. 31-49. p. 44; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 209/210; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 44; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014. p. 65/66

⁴³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014. p. 65/66

⁴³¹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 216

“a autonomia do Poder Judiciário (e de qualquer instância jurisdicional) traduz-se no imperativo de decidir, no tempo adequado, os casos concretos”.

Quanto à capacidade de decidir de modo definitivo, o Judiciário, diferentemente de outras instâncias administrativas que proferem decisões, se diferencia justamente por deter (sob certa medida) a última palavra sobre aquilo que se decide. Esse entendimento fica evidente tanto pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, como pelo princípios da coisa julgada, respectivamente inscritos nos incisos XXXV e XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Conforme ensina José Rodrigo Rodriguez⁴³², a decisão de caráter jurisdicional possui a capacidade de colocar fim ao debate em algum momento, fazendo assim coisa julgada que torne a resolução do debate imutável em algum momento. Contudo, adverte Celso Fernandes Campilongo⁴³³, que a decisão quando tomada em sede judicial, possui um agravante: “diferentemente da decisão política, que pode ser revogada, modificada ou adaptada diante de consequências não desejadas e não previstas, a decisão judicial faz coisa julgada, vale dizer, é imutável”.

A respeito do contraditório processual, ressalte-se o redesenho das instituições que o Brasil vem passando, de acordo com José Rodrigo Rodriguez⁴³⁴, o qual ressalta a abertura do Executivo para a participação popular. Igualmente, Maria Paula Dallari Bucci⁴³⁵ defende que a ideia alargada de democracia se traduz em alternativas institucionalizadas de representação e participação, por meio de “novas formas organizadas de representação da ‘opinião’ e da emergência de modos de expressão dos interesses sociais, que desbordam da lógica representativa tradicional”. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁴³⁶ defende que a participação popular serve de mecanismo de legitimidade dos governos.

⁴³² *Op. cit.* p. 216

⁴³³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 91

⁴³⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 181

⁴³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132/133

⁴³⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 35

Na Constituição Federal de 1988 observa-se a clara intenção do constituinte em imprimir a participação pública na gestão governamental, assim como na legislação ordinária, conforme alguns exemplos destacados a seguir: Constituição Federal de 1988, artigo 29 incisos XII e XIII; Lei Federal nº 10.257/01, artigo 2º inciso II, artigo 43 incisos I, II, III e IV, artigo 44, caput e artigo 45, caput. De acordo com Ulrich Beck⁴³⁷ releva em uma de suas quatro teses a respeito da mudança sistêmica da política, justamente a importância dos espaços de participação. De acordo com o autor, o “princípio axial da esfera política é a participação dos cidadãos nas instituições da democracia representativa (partidos, parlamentos, etc)”, ademais, ele afirma que tanto a tomada de decisão, como o exercício do poder “seguem as máximas da legalidade e o seguinte princípio: poder e dominação podem ser exercidos somente com o consentimento dos governados”.

Neste ensejo, Maria Paula Dallari Bucci⁴³⁸ considera que o fortalecimento da cidadania perpassa pelos consensos alcançados argumentativamente, de modo que a constituição de “procedimentos democráticos institucionalizados” corrobora para a “ampliação do sentido jurídico original do processo, antes restrito ao âmbito judicial”. Contudo, a participação na esfera do Poder Executivo não é suficiente, no estágio de amadurecimento institucional e da cidadania brasileiras. A utilização da via processual, com contraditório mais institucionalizado (como meio de participação em que há consideração, ainda que para discordar, daquilo que a outra parte fala) constitui um atrativo.

Loiane Prado Verbicaro⁴³⁹ consigna que “o Poder Judiciário assume um papel decisivo, na medida em que representa um relevante espaço público de participação democrática realizador da materialidade da Constituição”. Ainda que detenha, portanto, grande primazia em estabelecer o diálogo entre o interessado e aquele que toma da

⁴³⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 276

⁴³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 132/133

⁴³⁹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 389

decisão (de detém o poder, ou melhor, a competência), José Rodrigo Rodriguez⁴⁴⁰ adverte que também o Judiciário incorre em “grave erro político” ao “não perceber o momento de pressionar o Judiciário para que, de maneira regrada, democrática, se abra à participação cidadã”. Segundo o autor, “[n]ão é de espantar, portanto, que esse movimento chegue agora ao Judiciário e que esse poder esteja agora sob a pressão da sociedade civil organizada para se abrir à participação e à deliberação da cidadania, que quer discutir, entre outras coisas, o próprio conceito jurídico de legitimidade das partes.”

Outro ponto notável, para além do campo, refere-se ao protagonismo observável na figura do julgador, o qual igualmente possui características atraentes. Pode-se citar a posição mais neutra que um juiz possui relativamente a um administrador público (ou alguém com vínculo com algum poder político), atuação por vezes ativista em relação ao tema do litígio etc.

A posição do juiz, como decisor sem interesse na causa que decide, o coloca em um lugar de maior neutralidade. Dado que a função jurisdicional é independente em relação às demais funções estatais, aliada à imparcialidade, tem-se na figura do Judiciário agregado tanto o “poder”, como a “confiabilidade”. Como afirma Luís Roberto Barroso⁴⁴¹, o juiz, idealmente, é “preservado das paixões políticas” de modo a poder “decidir com imparcialidade”. A respeito da imparcialidade que deve revestir a atuação jurisdicional, Niklas Luhmann⁴⁴² afirma que deve o procedimento viabilizar a “canalização e controle das influências sociais através da legislação”, de modo que outras influências sobre essa atuação poderia ser “desacreditada como corrupção”.

Assim, poderia haver a institucionalização da isenção do juiz, conferindo-o a “obrigação para um parecer objetivo e imparcial, com o tratamento de todos os assuntos com igualdade e apartidarismo”. Contudo, a neutralidade dos juízes é

⁴⁴⁰ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 186

⁴⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 53

⁴⁴² LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 56/57; OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99

contestada, como o faz Swarai Cervone Oliveira⁴⁴³, para quem o juiz deve ser imparcial, ainda que não seja neutro. O autor afirma que “[n]ão existe a figura do juiz estanque, alheio à influências políticas e sociais que forjaram sua personalidade”.

Com relação ao denominado “ativismo judicial”, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴⁴, ele corresponde à interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes de Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de Poderes. A autora inclusive pontua que o ativismo judicial para além de constituir uma atuação ilegítima, acarreta a insegurança jurídica. Semelhantemente, Irene Patrícia Nohara⁴⁴⁵ concorda com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, mas não pontua a insegurança jurídica como decorrente do ativismo judicial, mas dois elementos distintos. José Rodrigo Rodriguez⁴⁴⁶, por sua vez, a respeito do ativismo judicial considera que “o juiz deve exercer uma atividade não criativa porque a lei é veículo da vontade do povo”, de modo que discordar desse entendimento equivaleria à desrespeitar a soberania popular, pois “ao atuar de forma criativa o juiz estaria desrespeitando os limites de sua atividade segundo este modelo de estado de direito”.

Os reflexos do ativismo judicial é perceptível em outros campos do conhecimento e mesmo no noticiário, como evidencia Zeina Latif⁴⁴⁷, para quem ele “tem servido para estabelecimento de discriminações e privilégios, não havendo imparcialidade por parte das instituições responsáveis por sua aplicação”. Como se na arena jurisdicional fosse construídas “doutrinas e atalhos de forma que a lei seja aplicada de forma seletiva”. A economista ainda pontua que o ativismo judicial leva à substituição dos ditames constitucionais pela subjetividade própria de quem julga, ou seja, “em vez de cumprirem a lei, proferem sentenças com base em suas próprias convicções, muitas vezes estranhas à própria lei”. Conforme ressalta Irene Patrícia Nohara⁴⁴⁸, muitos dos argumentos que visam a contenção do ativismo judicial enfocam que decisões judiciais

⁴⁴³ OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99

⁴⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 836/837

⁴⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 05/14

⁴⁴⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 206

⁴⁴⁷ LATIF, Zeina. Investimentos: o duplo custo do Judiciário. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, pág. B10, 10 set 2016.

⁴⁴⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 05

advindas desse ramo não calculam os impactos negativos de suas medidas em termos de desorganização da racionalidade que se estabelece em políticas públicas, por exemplo.

A título de consideração postrema, em que pese tratar-se neste ponto do ativismo judicial, há quem o relacione com a judicialização da política. Este é o caso de José Rodrigo Rodriguez⁴⁴⁹, para quem a “‘judicialização da política’ e ‘ativismo judicial’ são como lados de uma mesma moeda, de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria ‘invadida’ pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio ‘invasor’”. Contudo, para Katya Kozicki e Estefânia Maria Queiroz⁴⁵⁰, as duas referências não se confundem, tratando-se de duas coisas distintas.

Por outro lado, o Judiciário igualmente acaba por exteriorizar certos aspectos, como a cada vez mais verossímil gestão pública feita por juízes, como expressão das pressões institucionais⁴⁵¹ (como tempo exíguo e alta carga de processos), além de debates em torno da legitimidade democrática dessas resoluções em âmbito judicial.

Sobre a gestão pública realizada por juízes, relatos e debates acerca da atuação jurisdicional desbordar incidentalmente sobre domínios da gestão pública é bastante antiga entre nós. Conforme relata o Visconde do Uruguai⁴⁵², “[n]ão tem faltado quem queira entregar a solução das questões contenciosas administrativas ao Poder judicial”, que de acordo com o autor, traria em sua época uma série de consequências: “1º Violaria o grande principio da divisão dos Poderes. 2º Faria intervir o Poder judicial na administração. 3º Embaraçaria a cada passo a administração. 4º Mataria a sua responsabilidade envolvendo a mesma administração com o Poder judicial.”.

⁴⁴⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 183/206

⁴⁵⁰ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 61/65

⁴⁵¹ Em que pesem críticas a respeito da morosidade ou mesmo da falta de maior consideração do órgão jurisdicional para com as consequências de suas decisões, como relembra José Rodrigo Rodriguez, os juízes são premidos pelo tempo, mas ainda que existam os limites temporais para a tomada de determinada decisão, o tempo disponível nas sociedade complexas não comporta “o debate que se prolongue ao infinito”. Assim, o autor aduz que “a autonomia do Poder Judiciário (e de qualquer instância jurisdicional) traduz-se no imperativo de decidir, no tempo adequado, os casos concretos segundo o que este poder entenda ser a melhor solução para o caso à luz do direito”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 216

⁴⁵² URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 120

Cem anos depois, José Cretella Júnior⁴⁵³ também ressaltava, ao dissertar sobre a ampliação do conceito de mérito do ato administrativo, observando que poderi-se-ia revestir o mérito de um caráter processual a ponto de “substituir o administrador pelo juiz”. Atualmente, a possibilidade de parcelas da gestão de algumas políticas públicas serem realizadas por juízes, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁴⁵⁴ afirma que o juiz não substitui os membros do Executivo quando interpreta a Constituição Federal “em sintonia com as demandas dos diversos setores em que vive e trabalha”.

Assim, certo que não se pode conceber que haja uma gestão realizadas por juízes em sentido amplo, quando se verifica tal prática apenas incidentalmente (o que não exclui os efeitos, por vezes, danosos a algumas políticas públicas). A exemplo, cite-se os impactos de muitas decisões judiciais sobre o orçamento público de determinados setores como a saúde. Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi⁴⁵⁵ relembram que o Judiciário “tem o condão de aumentar o déficit das contas do Estado, sobretudo quando julga sem considerar a extensão no plano econômico”.

Nesse enfoque econômico, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁵⁶ pondera que se de um lado existe “o dever constitucional de atender às imposições constitucionais”, de outro há “a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos”. De acordo com a autora, “não pode o Judiciário interferir em políticas públicas, naquilo que a sua definição envolver aspectos de discricionariedade legislativa ou administrativa”, tendo em vista a efetivação das metas constitucionais que envolvem em sua consecução planejamento e destinação orçamentária de recursos. A autora⁴⁵⁷ faz advertência de que intervenção do Judiciário nas políticas públicas “está fora das atribuições constitucionais”, dado que a ele compete “corrigir ilegalidade e inconstitucionalidades, quando acionado pelas medidas judiciais previstas no

⁴⁵³ CRETILLA Júnior, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 79. jan-abr 1965. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1965. pp. 23-37. p. 28

⁴⁵⁴ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 103

⁴⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão. p. 05

⁴⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 832

⁴⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 25

ordenamento jurídico, mas não pode substituir as escolhas feitas pelos Poderes competentes”.

Ponto recorrentemente ressaltado nas críticas ao controle judicial quando desmedido, a legitimidade democrática para destacar que por trás daquele que decide não há sequer o voto regular do povo por detrás, ou nas palavras de Luís Roberto Barroso⁴⁵⁸, “não são investidos por critérios eletivos, nem por processos majoritários”. Essa questão da legitimidade através do voto é ilustrada por Jerry Mashaw⁴⁵⁹ na seguinte passagem: “The institution of judicial review of administrative action is rife with paradox. It supports democratic governance by making officials accountable to unelected judges.”.

Igualmente Alexandre Santos Aragão⁴⁶⁰ observa que aqueles que passam pelo crivo das eleições (e, conseqüentemente, da auferição de votos), estes sim são legitimados democraticamente. Ainda no tocante à falta de legitimidade democrática dos juízes como, Arthur Sanchez Badin preconiza que a atuação dos juízes na formulação de políticas públicas “enfrenta a objeção de que sua atuação padeceria de grande déficit democrático, na medida em que não são eleitos nem arcam com a responsabilidade política das decisões que tomam”, no que autor enxerga uma “ameaça da tirania dos juízes” nesse cenário.

Inclusive, a crítica a respeito da carência de legitimidade democrática recai igualmente sobre membros de outros poderes quando desbordando das funções típicas de seus órgãos, como sinaliza Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶¹ na seguinte passagem: “O aspecto realmente negativo (porém, talvez, inevitável) da evolução pode

⁴⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 53 e 59

⁴⁵⁹ MASHAW, Jerry L. Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability. *Revista Direito GV* especial nº 1 (Special Direito GV Review nº 1). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas 2005. pp. 153-170. p. 154

⁴⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos. A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. pp. 01 – 20. in BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1

⁴⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 195

ter sido a atribuição de função normativa ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da Administração Pública Indireta, que não detêm legitimidade democrática para a elaboração de normas cogentes.” Inclusive, o déficit democrático (ou falta de legitimidade democrática) que recai sobre o Judiciário, não está apenas calcado pela não elegibilidade periódica de seus membros, mas pela ausência de processos de ausculta social, quando o tema em debate e julgamento é social e coletivo (principalmente se já houve audiências ou consultas públicas prévias). Ainda assim, conforme o contraponto trazido por Arthur Sanchez Badin⁴⁶², se refere à visão do Judiciário como “um canal institucional pelo qual interesses tradicionalmente excluídos do processo político acessam o debate público e se fazem representar na formulação de políticas públicas”.

Outro contraponto à crítica da falta de legitimidade democrática dos juízes é apresentada por Tatiana Robles Seferjan⁴⁶³, a qual destaca que da “força normativa da Constituição é que decorre a legitimidade do Judiciário para intervir em matérias afetas às políticas públicas”. Ao ver da autora, “[p]arece ser bastante tranquila a afirmação de que o Judiciário tem legitimidade para intervir em políticas públicas; o problema reside em determinar a quais limites deve o Judiciário se submeter.” Para Luís Roberto Barroso⁴⁶⁴, não há que se falar em falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, uma vez que “o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo”, ou seja, trata-se de um poder “exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”. Dessarte, o autor considera que o papel dos juízes, é superar “o déficit de legitimidade dos demais Poderes”.

De acordo com Celso Fernandes Campilongo⁴⁶⁵, na medida em que progressivamente o Judiciário abandona os limites que lhe impõe o sistema jurídico, passando a decidir sobre matérias que respondem às “lógicas da política ou da

⁴⁶² BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 41 e 42

⁴⁶³ SEFERJAN, Tatiana Robles. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 303-328. p. 325

⁴⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 53

⁴⁶⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87

economia”, acaba por se tornar “indiferenciado em relação aos demais sistemas” de modo a perder sua “função de vigilante das leis”. Em continuidade de seu escólio, Celso Fernandes Campilongo bem resume a inter-relação entre o Judiciário e os demais poderes, principalmente em relação ao Legislativo no seguinte excerto:

“Em resumo: a função do sistema político – tomar decisões coletivas – não se confunde com a do sistema jurídico – garantir direitos. Apesar dessa diferenciação, o sistema político fornece ao sistema jurídico prestações fundamentais, vale dizer, as premissas decisórias (leis) e o reforço da eficácia das decisões jurídicas (polícia, prisões, enfim, os meios coercitivos). Igualmente relevantes são as prestações dadas no sentido inverso, isto é, do sistema jurídico ao sistema político, na forma de legitimação das decisões políticas (aplicação das leis) e de oferecimento das premissas para o uso da violência (regulação jurídica do monopólio estatal da força). Por isso, apesar de paradoxal, quanto maior a independência de um sistema maior também a dependência em relação ao outro.”⁴⁶⁶

Como o excerto acima evidencia, a relevância do Poder Legislativo é notável, a citar-se, por exemplo, o desenlace harmônico nas relações de controle entre Executivo e Judiciário, mormente através da aprovação de projetos de lei como os que serão objeto de atenção no último capítulo da pesquisa.

Em que pese a especial atuação do Judiciário, principalmente em casos de omissão dos demais Poderes, certamente um dos aspectos que lhe confere importante destaque perante a população reside no fato de oferecer respostas às demandas que lhe são apresentadas. Ou seja, o Judiciário exterioriza sua atividade, em uma resposta que se direciona não apenas aos jurisdicionados atrelados ao processo, mas a toda sociedade, quando comina à Administração Pública a execução de determinada prestação positiva individual, ou até mesmo ao fixar novo entendimento à norma positivada, com repercussão geral e promoção de debates na própria Corte⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78

⁴⁶⁷ A título de exemplo lembre-se da abertura da audiência pública (em 28/08/2008) no Supremo Tribunal a respeito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 acerca da constitucionalidade da interrupção da gravidez em se tratando de feto anencéfalo. Outro caso ilustrativo foi o até então inédito acordo homologado em 10/12/2015 pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, no qual se solucionou parte dos conflitos de gestão hídrica na Região Sudeste envolvendo o Sistema Hidráulico Paraíba do Sul. Neste caso específico, a Corte subsidiada por órgãos jurídicos e técnicos responsáveis, formulou “uma política sustentável e equilibrada de uso do meio ambiente pelas

Relativamente à posição judicial frente à omissão, cumpre observar que o Judiciário proferindo decisões em caso de omissão dos demais Poderes de Estado, age, na visão de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁴⁶⁸, sob o comando de suprimir uma inconstitucionalidade. De acordo com a autora, o “objetivo da ordem social constitucional é aprofundar o princípio da igualdade, promovendo-a através da Constituição e o não cumprimento de suas normas por parte do administrador gera responsabilidade jurídica, pois o não fazer, a omissão, é inconstitucional”. Em semelhante sentido trilha o entendimento de Flávia Piovesan⁴⁶⁹, para quem diante da inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, estaria constituída uma “omissão estatal” violadora da ordem constitucional, assim, a ação jurisdicional corresponderia à implantação do “constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais”.

Ainda a respeito do tema, Katya Kozicki e Estefânia Maria Queiroz⁴⁷⁰ aduzem que diante de omissão, a ação jurisdicional torna-se mais legítima. As autoras ressalvam que “não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. [...] O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.”. Já na visão de José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷¹, medidas judiciais devem ser adotadas para que “se possa compelir o Estado ao cumprimento de determinados deveres prestacionais”, dada a “demonstração de ineficiência e desídia que assolou a Administração Pública nos últimos decênios”.

gerações presentes e futuras, conforme o artigo 225 da Constituição Federal”, dado que o referido Ministro entendeu que a solução “dependia de análise técnica e de diálogo entre as partes”, assim ele propôs audiência de autocomposição de conflitos em novembro de 2014, ocasião em que se definiu que nenhuma decisão seria tomada parcialmente sem anuência dos demais envolvidos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro homologa acordo sobre gestão de águas no Sudeste. 10 dez 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306032>>.

⁴⁶⁸ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 26

⁴⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 529

⁴⁷⁰ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 73

⁴⁷¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 71-87. p. 77/78

Contudo, críticas abundam no que toca ao possível excesso da ação jurisdicional em casos de omissão.

Conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁷², inúmeras são as hipóteses em que o “Judiciário não se limita a decretar a invalidade de um ato da Administração Pública ou a inconstitucionalidade de urna lei ou de uma omissão, mas vai além, impondo prestações positivas, diante da inércia do Legislativo ou do Executivo”. Na visão da autora, a atuação do Judiciário não pode representar uma invasão na esfera de atribuições dos outros Poderes, tendo em vista que “[s]e existe omissão de lei ou de outro tipo de norma regulamentadora, o Judiciário só pode apreciá-la diante dos instrumentos previstos na Constituição para esse fim: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.”.

Ademais, em torno das possíveis omissões do Executivo e Legislativo, gravita a discussão sobre o que efetivamente caracteriza determinada situação como um caso de omissão estatal ou não. A este debate, Maria Paula Dallari Bucci⁴⁷³ consigna que a verificação da omissão estaria atrelada à verificação seja da inexecução parcial ou incompleta da política, demonstrando que a expectativa é legítima, no quadro de funcionamento dos Poderes de Estado. A autora prossegue em seu raciocínio consignando que “é preciso também traçar uma linha divisória entre o que caracteriza a suficiência do cumprimento e, por oposição, o estado de desídia ou omissão que dispara o processo de responsabilização por descumprimento”. Ela defende que a compreensão desses limites perpassa pelo entendimento e definição dos “modos de efetivação, o tempo, e o alcance da norma, no que diz respeito aos seus beneficiários”, de modo a evitar o que ela denominou de “empacotamento” dos temas tradicionalmente integrantes do domínio exclusivo da política por regras e procedimentos jurídicos.

Por fim, cumpre ressaltar a importante advertência realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷⁴, para quem o Judiciário seria apontado como omissor caso não intervisse nas omissões dos demais Poderes. Segundo o autor, a consequência desse

⁴⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 834

⁴⁷³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196, 198/199

⁴⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56/57

absenteísmo seria grave, pois sustentar que o “Judiciário não pode conhecer das distinções estabelecidas pela lei é sonegar-lhe a função específica; é, afinal, furtar-lhe o papel de guardião da legalidade”. O autor encerra sua advertência lembrando que a deferência completa do juiz nesses casos o colocaria na “comprometedora posição de um Pilatos, que lava as mãos perante o Direito, confinando-o a uma passividade que é omissão no cumprimento do dever”.

A consideração da coletividade não representada no processo judicial corrobora para a compreensão holística não apenas do caso que se apresenta, como dos indivíduos (positiva ou negativamente impactados) que eventualmente tenham participado, por exemplo, da formulação, execução ou fiscalização da política pública que terá algum de seus aspectos comprometida. Susana Henriques da Costa⁴⁷⁵ lembra que a tutela coletiva dos direitos é relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro, e constitui uma “exigência da sociedade de massa”.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁴⁷⁶, a respeito, ressalta que o tratamento coletivizado dos processos é mais adequado à resolução dos grandes conflitos, o que previne sua “pulverização” ao mesmo tempo que assegura o “devido tratamento isonômico aos jurisdicionados que se encontram numa mesma situação fático-jurídica”. Justamente sobre esta perspectiva igualitária, Carlos Alberto de Salles⁴⁷⁷ aponta que “a sentença impositiva de prestações sociais decorrentes da Constituição, em razão do dever de tratamento igualitário ao qual se submete o Estado, traria implícita a obrigação de estender o mesmo direito a outras pessoas na mesma situação do demandante favorecido pela sentença”. Conforme ressalva José Rodrigo Rodriguez⁴⁷⁸, a decisão judicial realizada em uma perspectiva individual não contempla importantes aspectos, ilustrados

⁴⁷⁵ COSTA, Susana Henriques da. O Controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto de. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 954

⁴⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014. p. 90

⁴⁷⁷ SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: Maria Clara GOZZOLI; Mirna CIANCI; Petrônio CALMON; Rita QUARTIERI. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 01, p. 143-158. p. 152

⁴⁷⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 46; OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução: Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2011. p. 149

na sucinta nota de rodapé: “A questão é: os problemas econômicos, orçamentários e administrativos envolvidos na universalização do direito à saúde - no limite, a efetividade dos direitos sociais em geral - não podem ser equacionados indivíduo a indivíduo. A solução oferecida pelo Judiciário nestes casos pode fazer sentido individualmente, mas não pode ser transformada em regra geral.”.

Segundo Mancur Olson, contudo, a promoção da tutela de feitiço coletivo em relação aos interessados encontra óbices. Afinal, dadas algumas pressões institucionais (como o grande volume de processos e o tempo exíguo de análise de cada qual), não é razoável esperar de modo espontâneo que haja condescendência da parte impetrante da ação, ou do juízo para tornar coletiva a abrangência da decisão. De acordo com o autor, os juízos não são mobilizados a coletivizar demandas pois não há “incentivo para sacrificar voluntariamente seu tempo ou dinheiro para ajudar uma organização a obter um benefício coletivo”. Em suma, pode-se cogitar como alternativa que absorva parcela dessa necessidade de consideração da coletividade a intenção propagada no Projeto de Lei nº 8.058/14 quanto à condução processual do juiz buscar trazer a si no processo elementos que orientem a formação de seu conhecimento e convicção por parcelas representativas dos possíveis atingidos pela demanda.

2.3.3 – A ATUAÇÃO JUDICIAL PARA ALÉM DO CONTROLE

Cenários como esses evidenciam uma troca, ainda que rasa, entre as funções dos três Poderes, com destaque ao que por inúmeras vezes mencionado pela doutrina constitua uma substituição dos demais poderes pelo Poder Judiciário. A respeito deste tipo de substituição, ainda que não chegue a ser causa, possivelmente se revela como consequência daquilo que Celso Fernandes Campilongo⁴⁷⁹ nomeou de “crise da matriz jurídico-organizacional do Estado”. De acordo com o autor, existe um “vazio de poder” que equivale “à desmotivação, ao desencanto e à apatia da opinião pública para com as instituições”, de modo que se convola em “um governo que não encontra suportes

⁴⁷⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53

na sociedade”, a qual parte assim para a busca de seus direitos e anseios de participação (ser escutada sobre a gestão da coisa pública) no âmbito do Judiciário.

Como mencionado anteriormente, se o desequilíbrio importa para a manutenção do diálogo, da democracia, da independência entre os Poderes e expressão das minorias, ao mesmo tempo, o mesmo desequilíbrio pode ter efeitos perversos a esses predicados. Assim, o Poder Legislativo possui a capacidade de promover a sedimentação de determinados parâmetros em discussão, para que os desequilíbrios ocorram de forma mais positiva à sociedade e o sistema democrático.

Nesse jaez, Maria Paula Dallari Bucci⁴⁸⁰ leciona que qualquer empreitada que vise reestruturar a organização administrativa terá necessariamente que “ampliar a coerência entre competências, fluxos e procedimentos de instrução e decisão, para que o tema do controle seja tratado com equilíbrio, sem que a tônica da supervisão sobre o ilícito produza excessos que inibam a prática das atividades finalistas”.

Imagine-se, portanto, que o Legislativo poderia se prestar, nessa conjuntura, ao papel essencial de articulador de como deveriam se dar as relações entre os Poderes Executivo e Judiciário. Ademais, como relembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁸¹, fixadas as metas em “termos genéricos, pela Constituição”, em sequência cumpre justamente ao Poder Legislativo disciplinar o meio pelo qual será a meta garantida, através dos atos legislativos.

Alice Gonzalez Borges⁴⁸², no entanto adverte para críticas que têm pairado sobre o Poder Legislativo, especialmente aquelas que o reportam como inoperante ou omissivo naquilo que precipuamente lhe competiria exercer, bem como submisso ou acomodado frente às investidas invasivas do Executivo. A autora chama

⁴⁸⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 153/154

⁴⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33. p. 24

⁴⁸² BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 77

atenção para a omissão do Legislativo, caracterizada pela inércia⁴⁸³ parlamentar para disciplinar por lei grande número de interesses públicos constitucionalmente fixados.

Inclusive, a autora⁴⁸⁴ aduz que o Judiciário mais e mais tem evidenciado sua saída da “cômoda posição de autocontenção judicial” com o fito de “suprir as omissões legislativas”. Segue semelhante compreensão, acerca do Judiciário adentrando o espaço do Legislativo, Luís Roberto Barroso⁴⁸⁵, o qual manifesta que a ascensão institucional do Judiciário contribuiu para que este desempenhasse um papel político, dividindo espaço tanto com o Executivo como com o Legislativo.

A diminuição da diferenciação entre a esfera jurídica e a esfera política pode ser observada no âmbito do Legislativo, quando se verifica a inserção do Judiciário, até mesmo pelo posicionamento constitucional de alguns temas. Maria Paula Dallari Bucci⁴⁸⁶ assevera que “as Constituições em geral ‘elevaram’, isto é, retiraram do alcance do Poder Legislativo” alguns limites quanto à proteção de direitos fundamentais, de modo a “esterilizar” a política na medida em que a legitimidade passa por processos jurisdicionais. Assim, conclui a autora⁴⁸⁷, ocorreu o deslocamento de decisões difíceis do Poder Legislativo para o Judiciário. Carlos Ari Sunfeld⁴⁸⁸, a esse respeito, denuncia como “capítulo instigante da judicialização da vida” a politização da jurisdição, a qual agregou a si a definição dos interesses públicos, comumente exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Ainda a despeito da maior inserção do Judiciário na arena política, José Rodrigo Rodriguez⁴⁸⁹ pondera que está em curso um “redesenho das instituições em todos os níveis”, a citar no Judiciário sua posição cada vez mais ativa na arena política

⁴⁸³ Essa inércia parlamentar é igualmente aventada em: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 834

⁴⁸⁴ *Op. cit.* p. 77/78

⁴⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 52

⁴⁸⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 98

⁴⁸⁷ *Op. cit.* p. 97

⁴⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 63

⁴⁸⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 186/187

“pela escolha entre as várias alternativas técnico-jurídicas definidas em função do material normativo e do contexto de cada decisão”. Segundo o autor, esse movimento acaba por obscurecer as posições e funções respectivas a cada um dos Poderes, além de encobrir as “possibilidades institucionais concretas presentes no momento atual”.

Katya Kozicki e Estefânia Maria Queiroz⁴⁹⁰ preconizam que apesar da assunção pelo Poder Judiciário de novos papéis aparentemente se mostrar contra os interesses do Legislativo, na realidade, parece integrar um consenso até mesmo dos membros deste último. Segundo as autoras, percebe-se a formação de um entendimento tanto pela sociedade como pelos próprios atores políticos de que decisões (sejam elas políticas, morais, religiosas etc.) devem passar pelo Judiciário por ser ele a arena apropriada ao enfrentamento dessas questões. Dessa forma, as autoras⁴⁹¹ enxergam que atualmente existe uma deferência do Legislativo para com o Judiciário, tornando este último no “mais importante corpo de tomada de decisão política”.

Dualidades usuais entre os operadores do direito, como válido-inválido, constitucional-inconstitucional, legal-ilegal cada vez mais parecem ceder lugar a questionamentos cujas respostas envolvem uma percepção mais holística do ordenamento jurídico frente ao caso concreto, bem como resoluções menos categóricas sobre o que se decide. Inclusive, a respeito das incertezas, Carlos Ari Sunfeld⁴⁹² argumenta que no direito administrativo os opostos convivem, de modo que, a depender do caso, formaram suas dualidades (“jogos”):

“[...] liberalismo x autoridade, liberdade x política, privatismo x estatismo, centralização x descentralização, principismo x consequencialismo, formalismo x resultados, direito dos administradores x direito da toga, direito de regras x direito de princípios, nacionalismo x mundialismo, burocracia x gestão, direito legal x direito constitucionalizado, direito dos juristas x direito das normas etc.”

Alguns desequilíbrios na aplicação do direito, evidenciados em algumas passagens anteriores, comportam em sua balança mais do que dois pratos, o que

⁴⁹⁰ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 61

⁴⁹¹ *Op. cit.* p. 64

⁴⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86

é salutar à democracia moderna. Sobre esse aspecto Celso Fernandes Campilongo⁴⁹³ explica que essa instabilidade não constitui nem defeito, nem vício, mas antes uma virtude pela possibilidade de “manter abertos os caminhos para novas alternativas”. O autor conclui que não constitui demérito algum amar as incertezas, o que equivale à condição para a manutenção da democracia.

As respostas pautadas pela dualidade pretendem de alguma maneira simplificar realidades complexas, sejam elas sociais, políticas ou jurídicas, de modo a distanciar o agente envolvido (ou um mero observador) do objeto de análise sobre o qual se reflete e para o qual são realizadas decisões. Como sintetizou aforisticamente Carlos Ari Sundfeld⁴⁹⁴: “[p]or trás das opiniões jurídicas herméticas em geral há manipulação de interesses, há confusão ou impropriedade de ideias e muita simplificação indevida.”.

Decisões advindas dessa ótica, em ocasiões, defasadas e distanciadas das realidades nas quais se aplicam, parecem estar mais atreladas à análise maniqueísta (se não pela bipolaridade entre o bem e o mal, mas entre o que é certo ou errado), que não pondera com mais vagar sobre as consequências que serão geradas, em termos de isonomia e eficácia, por exemplo. Conforme ensina Celso Fernandes Campilongo⁴⁹⁵, a própria ação de decidir corresponde a expor tanto o direito como a política a constante variabilidade, dadas as condições da sociedade moderna, de modo que o “ilícito de ontem transforma-se no lícito de hoje”.

Decisões bem motivadas parecem não mais se conformar à ótica estritamente dual, mas expõem princípios e interesses que estão sendo levados em consideração (uns mais, outros menos), em estreita consideração para com os resultados que se pretende obter através delas. Robert Alexy⁴⁹⁶, em referência à distribuição de pesos distintos para interesses e princípios em colisão, assim explica:

“Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o

⁴⁹³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73

⁴⁹⁴ *Op. cit.* p. 36

⁴⁹⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73

⁴⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012. p. 93/94, 95 e 99

outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”

“Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, ‘por si só, de prioridade’. O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto:”

“Essa lei, que será chamada de ‘lei de colisão’, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.”

Portanto, decisões (e suas respectivas motivações) com consideração da projeção dos impactos (negativos e positivos)⁴⁹⁷ que cada qual ocasionará na realidade social parecem mais adequadas à contemporaneidade.⁴⁹⁸ A dualidade, no entanto, vai além das interpretações e decisões, constante inclusive do modelo de conhecimento

⁴⁹⁷ Refletir a respeito de decisões (e a exposição de motivação) que fosse considerada completa tão somente com a citação da competência, obrigação ou direito legalmente previsto, sem contextualizar a escolha do momento, lugar e meio de emanção de determinado ato, bem como suas consequências atentariam a legalidade, pois são exigências implícitas da motivação que deve ser “explícita, clara e congruente”, de acordo com o artigo 50 § 1º da Lei Federal nº 9.784/99. Não se preconiza a consideração extremada de todo e qualquer impacto potencial, pois isso além de prolongar demasiadamente as decisões, as tornariam inviáveis; essa percepção fica evidente na explicação de Celso Fernandes Campilongo, para quem “decidir equivale a fazer escolhas árduas [...] com consequências sociais imprevisíveis”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 79

⁴⁹⁸ Robert Cooter e Thomas Ulen, acerca da consideração das consequências das decisões, enunciam o que se propagou denominar como “Humpty-Dumpty Jurisprudence”: “A tautology is a proposition that is true by definition of the words, such as ‘All husbands are married’. [...] When reduced to a tautology, a legal principle merely draws our attention to the meaning of a word, rather than telling us something about the legal consequences of our actions”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. EUA: Pearson Education, 2004. p. 192

judicial, como destaca Arthur Sanchez Badin⁴⁹⁹, o qual aponta que a “bipolaridade do processo judicial impede que outros interesses não representados na sala de audiências se façam representar na decisão final do processo judicial”.

⁴⁹⁹ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas* – Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47

2.4 – CONCLUSÕES PARCIAIS

Em apertada síntese, faz-se de amplo conhecimento que os litígios (em âmbito jurisdicional) tendem a se focar no caso individual, de modo a desconsiderar o quadro geral, colocando-se indiferente aos interesses que necessariamente serão afetados pela decisão judicial. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen⁵⁰⁰ esclarece que no “direito tradicional” a resolução de disputa se dá principalmente sob a forma de conflitos de cunho individual, “cuja sentença só tinha validade entre as partes do processo”.

Esse panorama traz questões não somente sobre competência institucional, mas também sobre justiça, dado que em muitos casos o próprio Judiciário pode se ver privado de informações necessárias para tomar uma decisão adequada, sem assim excluir completamente do juízo e interpretação do caso as partes que serão afetadas (ainda que potencialmente) por determinada decisão no processo. A esse respeito, já trazia consideração o Visconde do Uruguai⁵⁰¹ em relação à formação do juízo administrativo, que ao decidir uma questão considera que para além do direito privado, existe um “interesse geral”.

Inclusive, a decisão motivada poderá amparar ulteriormente a escolha realizada. Esse entendimento se faz bastante compreensível quando levado em conta o ponto de vista daquele que opina. Para aquele que tem fome, a comida será a prestação social mais importante do mundo, ao passo que para o doente a medicina assim lhe parecerá. Tanto o raciocínio binário perde seu cabimento quando observa-se a compreensão proferida por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵⁰² de que aquele que é controlado tem a sua visão de legalidade, de modo que “não se trata de embate maniqueísta entre o cumprimento da lei”. Os autores preconizam que o direito “não dá mais valor à opinião do fiscal que à opinião do fiscalizado” de modo que o que se afigura é um “conflito de visões sobre o que é certo ou errado”.

⁵⁰⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 102/103

⁵⁰¹ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 123

⁵⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 201

A decadência do raciocínio binário igualmente pode ser observada nos ensinamentos de Maria Paula Dallari Bucci⁵⁰³, para quem as políticas públicas “não constituem objeto apto ao tratamento de ‘verdadeiro’ ou ‘falso’”. A autora defende que as políticas públicas baseiam-se em “problemas” que são atravessados por “elementos de valor ou conveniência, considerada uma somatória de interesses”. No seguinte excerto, a autora resume seu entendimento:

“O esquema binário válido/inválido, aplicado sobre o passado, não reflete, nem palidamente, a riqueza de possibilidades que se coloca para a ação governamental no sentido de delinear o regime de efeitos mais adequado ao seu processo de implantação e execução. A evolução mais recente do direito, aliás, com o desenvolvimento da chamada soft law, isto é, modalidades de disciplina das relações jurídicas não baseada na coerção, torna sem sentido essa estruturação.”⁵⁰⁴

José Rodrigo Rodriguez⁵⁰⁵ pondera que sendo o direito uma “estrutura mutável e contingente”, não devem seus operadores encará-lo como um “mecanismo de reprodução da sociedade” de modo a barrar as mudanças sociais que o desafiam (tanto no sistema político, como jurídico). Em suma, o autor conclui que se deve deixar de estudar “com olhos de zelador o direito posto”.

Veja-se que tanto em relação aos membros do Poder Judiciário, como daqueles do Executivo no atual Estado Democrático de Direito, existe socialmente uma expectativa relativamente ao quanto poderão cumprir dos comandos normativos e demandas sociais, como figuras ativas que possam efetivamente desempenhar seus deveres (seja de governar e executar políticas, como de controlar e limitar o exercício daquele outro).

De acordo com Maria Paula Dallari Bucci⁵⁰⁶, a modernização do governo, e por consequência do aparelho estatal passa pelo enfrentamento daquilo que denominou de “relação paradoxal”, dado que se um lado as iniciativas políticas e sociais

⁵⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 133

⁵⁰⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 258/259

⁵⁰⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 135

⁵⁰⁶ *Op. cit.* p. 45/46

tornaram-se mais evoluídas, de outro passaram a depender de uma estruturação do poder estatal cada vez mais complexa. Veja-se o trecho em destaque, no qual o processo de amadurecimento se faz notável a respeito dessa estruturação do poder estatal:

“Esta requer institucionalização, formalização em regras jurídicas, necessária a conferir-lhe estabilidade, previsibilidade, permanência no tempo, assentada sobre um ambiente de articulação e composição de interesses que inspire segurança de posições. E a maior institucionalização, na medida em que disciplina juridicamente, enrijece o espaço de atuação propriamente política dos governos. Eis o paradoxo: quanto mais poderoso o governo na democracia, mais regado e, portanto, mais dependente do direito para a legitimação política.”

Outro ponto notável pelo qual o processo de amadurecimento institucional e democrático perpassa é observável na lição de Ulrich Beck⁵⁰⁷, para quem a sociedade encontra-se em tal nível de complexidade que tentar enxergar o que é político muitas vezes não basta. A respeito o autor menciona que inúmeros fatores comumente rotulados como políticos possuem implicação no âmbito político. Assim, caso fosse traçado um *discrímen* de que o Judiciário não poderia interferir naquilo que é considerado político, essa divisão não se sustentaria. Observe-se o seguinte excerto que resume o entendimento do autor:

“A impressão de estagnação ‘política’ engana. Ela só tem lugar por conta do fato de que o político se limita ao que é politicamente rotulado, a atividades do sistema político. Caso a análise seja levada mais adiante, será possível ver que a sociedade se encontra num redemoinho de transformações, que bem merece – independente de como seja avaliado – o predicado de ‘revolucionário’. Essa mudança social consuma-se entrementes sob a forma do não político. O desconforto na política é, nesse sentido, não apenas um desconforto da própria política, senão resulta sobretudo do desajuste entre, de um lado, a procuração de plenos poderes oficiais que se concede politicamente e que se revela inepta e, de outro, uma mudança transversal da sociedade, que deriva sem margem de escolha das silenciosas porém incontáveis profundezas do apolítico. Coerentemente, os conceitos do político e do não político ornem-se nebulosos e exigem uma revisão sistemática.”

Do quanto exposto, possivelmente, os choques, adaptações e amadurecimentos que hoje se presencia fazem parte (quicá intransponível, se não

⁵⁰⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 278

necessária) da evolução para que o “desequilíbrio saudável” entre os Poderes de Estado seja perpetuado.

Encerra-se este item demonstrando que a compreensão do equilíbrio entre institutos (ou entre instituições) não constitui um fim em si mesmo, senão um meio que deve ser perseguido, ainda que em cenários desequilibrados (de embates). A busca desse equilíbrio tem atraído um crescente número de pesquisadores, inclusive para o desenvolvimento de um entendimento acerca dos parâmetros para melhor construção de determinada política pelos representantes eleitos em cooperação com a participação social, bem como dos limites ao controle judicial. A respeito dessa reflexão, Flávia Piovesan⁵⁰⁸ pondera da seguinte maneira:

“Por fim, conclui-se que o sucesso da atuação do Estado, no que tange à consolidação da cidadania, está absolutamente condicionado à tarefa de repensar e reimaginar a atuação estatal sob uma nova lógica e referência. Essa referência é a concepção inovadora de cidadania inspirada na tríade ‘direitos humanos, democracia e Estado de Direito’, como termos interdependentes e inter-relacionados.”

O desenvolvimento do tema proposto na introdução do trabalho não passa ao largo da realidade atualmente vivenciada, da qual destacam-se algumas características marcantes, como a existência de uma sociedade cambiante e em crescente complexidade; uma atividade jurisdicional diferenciada por uma hermenêutica constitucional em constante evolução com significativos reflexos na caracterização da legalidade; uma mudança no modo de governar (mormente no que se relaciona às políticas públicas); uma evolução de institutos administrativos adaptados a novos cenários dentre outras. Todas essas características destacadas se afiguram como consequências da recente realidade de absorção de um regime democrático e os mecanismos de controle que lhes são inerentes.

A complexidade da sociedade atual impõe desafios para o Estado e o Judiciário que o controla (em última instância). A sociedade com suas relações complexas não apenas possui inúmeros interesses que não se mostram conflitantes em matéria, por vezes entram em conflito quanto a capacidade de convocar atos do Poder

⁵⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direito Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 545

Público para atendê-los. Fora isso, a eficácia que se pretende dos dispositivos constitucionais também endossa a premência que se dá ao seu cumprimento, colocando o juiz como figura apta a contornar a manifestada omissão do Poder Público. A sociedade complexa não quer apenas votar, quer participar, ser ouvida pelos agentes públicos em exercício., o que no entanto também colocou em evidência o que bem resumiu Celso Fernandes Campilongo⁵⁰⁹, a partir da Constituição Federal de 1988 e do processo de consolidação da democracia possivelmente se tenha “apostado muito” e conferido expectativas demasiado elevadas na capacidade da Constituição realizar-se.

Em sede da interpretação jurídica, se ora os princípios têm tido maior inserção na formação das decisões (principalmente em juízo), de outro lado observa-se concomitantemente outros princípios tendo sua força diminuída (como é o caso do princípio da separação dos Poderes). Nesse jaez, foram largamente discutida as alterações e releituras pela qual o princípio da legalidade vem passando ultimamente.

O gestor público, por sua vez, ao mesmo tempo em que é chamado pelos deveres (poderes-deveres) do Estado a atuar em direitos sociais que se traduzem em bens e serviços públicos, concorrentemente tem sido tolhido em suas funções por um controle cada vez mais judicializado que por vezes coloca o juiz como figura administradora dos interesses públicos (ou administrador último da coisa pública), esvaziando o papel e autoridade legitimamente auferida pelo voto, alicerce do regime democrático.

O que ocorre, nessas subidas e descidas de importância (e inserção) de institutos administrativos na operação das atividades sob a perspectiva jurídica seria a velha engrenagem do freios e contrapesos, assim, ao invés de falar-se em decadência, o melhor seria entender como que passasse por releituras em busca de um equilíbrio às necessidades contemporâneas do ponto de vista coletivo (social) e individual. A constitucionalização (nova hermenêutica) do direito administrativo certamente favoreceu a expansão do controle judicial, contudo, não seria adequado tratar dessa “expansão do controle judicial” quando a realidade compreende também certo esmaecimento de limites (ao menos mais claros) daquilo que compete a agentes de outros Poderes.

⁵⁰⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97

Como foi possível observar pelas mudanças descritas nestes capítulos iniciais, atualmente contam-se com cenários que explicam a atração da atenção acadêmica acerca dos governos democráticos em sua tentativa de vislumbrar um equilíbrio entre democracia e controle judicial diante de fenômenos e constatações como a existência de uma sociedade complexa, um paradigma constitucional capaz de alterar a hermenêutica jurídica (tanto em termos de eficácia como amplitude dos direitos), além da reflexão crítica e atualizada do princípio da legalidade como paradigma de controle judicial dos atos da administração pública.

Outro ponto de bastante destaque foi a menor separação entre as esferas política e jurídica, de modo que como identifica Maria Paula Dallari Bucci⁵¹⁰ atualmente, ainda está em curso o “fenômeno de juridificação da política”, que vem desde o século XVII quando surge o Estado moderno. Nesse fenômeno a autora destaca que a própria esfera do governo passa não apenas a ser disciplinada, como também legitimada pelo direito.

Na visão de Celso Fernandes Campilongo⁵¹¹ na sociedade atual, ainda que ele entenda que democracia corresponda à “manutenção de elevada complexidade”, implicando assim a diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o político; o autor reconhece que existem várias demonstrações, da transferência para o sistema jurídico de critérios operativos da política, o que pode implicar na “desdiferenciação’ incompatível com a democracia e a complexidade moderna”.

Em guisa de remate, cite-se José Rodrigo Rodriguez⁵¹², o qual expõe que o direito não deve ser visto “como um elemento neutro e inerte, cujo papel seria o de reproduzir certa formação social, ou seja, uma certa relação entre classes e grupos sociais, julgada como desejável para todo o sempre”. Não por outra razão o autor⁵¹³ considera que o direito precisa ser estudado como “estrutura mutável e contingente e não como mecanismo eterno de reprodução da sociedade”.

⁵¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39

⁵¹¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82/83

⁵¹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 134/135

⁵¹³ *Op. cit.* p. 135

A título de consideração derradeira, mencione-se aquilo que Thiago Marrara⁵¹⁴ denominou como “quarta fase do direito administrativo”. Segundo ele, se vivencia atualmente uma fase de renovação, em que se vem tentando transformar certos institutos, reflexões e embates doutrinários acerca dos “rumos da ciência jus-administrativa e seus princípios”. O autor explica que essa fase configura uma transição, a partir da qual ainda não se sabe ao certo se será seguida de um período de estabilidade, “nem quais princípios sobreviverão à guerra de ideologias e de concepções a respeito do papel do direito no aprimoramento da gestão pública; nem mesmo quais leis e institutos jurídicos efetivamente lograrão se firmar como referências”. Sintetiza esse panorama José dos Santos Carvalho Filho⁵¹⁵ no seguinte excerto:

“É inegável a evolução do Direito Administrativo nos últimos tempos. Quem se dedicou à disciplina há duas ou três décadas é obrigado a reconhecer a mudança que sofreram alguns paradigmas da matéria, para adequação aos variados e sucessivos modelos políticos, econômicos e sociais, o que – diga-se de passagem – bem reflete o processo de ajustamento do Direito à dinâmica social.”

⁵¹⁴ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 23

⁵¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 71-87. p. 71

3 - PARÂMETROS POSITIVADOS AO DESENVOLVIMENTO E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O cenário apresentado nos capítulos anteriores, se não nos expõe um modelo em si, apresenta-nos uma estrutura um tanto “caótica” sobre as decisões de cunho político (mormente as relativas às políticas públicas e aos atos administrativos que as engendram), de modo que há uma realidade estilizada e com suas variáveis de análise restringidas, pela centralidade na perspectiva do controle judicial, o que certamente limita o cenário e o sujeita a críticas sobre seu caráter simplificador. De toda forma, como reconhece Carlos Ari Sunfeld⁵¹⁶, a relação da Administração pública com o direito precisa mudar.

Em que pesem, portanto, as enormes limitações do modelo delineado, ele tem o mérito de colocar no centro do debate o fato de que o resultado final das políticas públicas depende tanto da escolha dos fins e meios como da escolha de quem fará essas escolhas, nas diversas camadas de decisão (social, política e/ou judicial), colocando em relevo como o Poder Judiciário possui força para rever e transformar decisões onde costumam transparecer a discricionariedade administrativa.

Nas palavras de Floriano Azevedo Marques e Egon Bockmann Moreira⁵¹⁷, o direito público hodiernamente se caracteriza por ser essencialmente dinâmico, mutável; espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), plurissubjetivo e diacrônico (as futuras gerações). É com este passo que o presente capítulo pretende contribuir para a evolução do debate a respeito dos parâmetros para a revisão judicial das decisões discricionárias dos gestores públicos.

⁵¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2012. pp. 85-99. p. 85

⁵¹⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11

O estabelecimento de um procedimento que exponha balizas aos operadores da matéria não constitui tarefa fácil, mas pode gerar bons resultados em um cenário, como já tratado, com notáveis desigualdades no tratamento de temas semelhantes. Ao mesmo tempo, a fixação de um procedimento, dadas as características do ordenamento jurídico brasileiro, caudatário do princípio da legalidade e da hierarquia das normas, nos leva a esclarecer que o fornecimento das balizas (parâmetros) de fonte legislativa seria capaz a um só tempo de com maior efetividade “amarrar” as condutas de membros da sociedade, do Executivo, do Judiciário e de outros órgãos de controle.

A proposição de uma conjectura de parâmetros estabelecidos legislativamente suscitam questionamentos de variada gama, mormente aos defensores (adeptos) de sistemas filiados à *soft law*, à autorregulação ou à efetividade limitada mesmo da norma positivada. Sem adentrar-se nas discussões teóricas que nos retirariam do assunto de concentração, elas serão abordadas oportunamente, na medida em que possam mais diretamente ajudar a esclarecer esse ponto de análise no discorrer do capítulo.

Neste capítulo dedicar-se-á à reflexão sobre a potencialidade do estabelecimento de limites auxiliarem aos diversos Poderes no exercício de suas respectivas funções de modo mais harmônico e complementar em relação ao outro. Assim, perpassarão essa análise a discussão sobre a capacidade de um procedimento positivado efetivamente fixar limites e lançar luz na penumbra sobre o alcance de atuação (e de certa forma, competência) de cada agente do sistema (seja membro do Legislativo, Executivo, Judiciário e mesmo o cidadão).

A esse propósito, Carlos Ari Sundfeld⁵¹⁸ destaca que o sistema jurídico encontra-se muito fechado, engessando possibilidade de que haja por parte da atuação da Administração Pública a diversidade e flexibilidade necessárias ao atendimento de uma estrutura de Estado complexa. O autor ainda ressalta que falta, portanto, “clareza jurídica quanto a várias definições e distinções fundamentais para o sistema funcionar bem”. Dessarte, em aferição da hipótese do trabalho, será abordado mais detidamente dois

⁵¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: PGERJ, 2012. pp. 85-99. p. 85

diplomas que nos parecem tentativas legislativas de fixar os referidos limites no ordenamento, e em última análise, às relações sociais e aos projetos políticos.

3.1 - PENUMBRA DAS ÁREAS LIMÍTROFES

No desenvolvimento do trabalho, observou-se que a Constituição Federal de 1988 serviu de forma significativa para catalisar as modificações hermenêuticas que impactaram a maneira de gerir os interesses públicos e mesmo a maneira de controlá-los judicialmente. Nesse cenário, indaga-se através da hipótese a respeito da possível elaboração de procedimento (marco legal) que contemplasse parâmetros para o desenvolvimento democrático de políticas e critérios de controle mais explícitos de modo a abrigar uma alternativa para mitigar a falta de limites (mais explícitos) à revisão judicial da discricionariedade administrativa.⁵¹⁹

Assim, dadas as exposições dos capítulos antecedentes, que buscaram traçar aspectos notáveis de realidades complexas para as atividades do Poder Executivo, o relacionamento com a sociedade e o controle judicial de matérias públicas, neste momento debruçar-se-á sobre a penumbra, que esvanece as áreas de contato entre estes setores do tecido político-social. Corroborando com esta percepção, Carlos Ari Sundfeld⁵²⁰ constata a incerteza que permeia setores de ação do Estado de modo contundente, de tal modo que mesmo aqueles que pretendem lançar mão de planejamento parecem não querer aderir a “compromisso com regras claras, detalhadas, impessoais e estáveis”. Urge partir, portanto, do entendimento dessas áreas limítrofes.

⁵¹⁹ Como ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro a respeito, o controle judicial passou por significativa evolução sempre no sentido de aumentar as modalidades e a própria complexidade do controle. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 167-190. p. 170

⁵²⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias entre Estado e particulares: conquistas e desafios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: PGERJ, 2014. pp. 246-255. p. 254

No entendimento de Loiane Prado Verbicaro⁵²¹, a Carta Constitucional de 1988, pelo extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia da proteção jurídica, parece ter estabelecido “os contornos e limites institucionais de atuação da política democrática”. Contudo, conforme será melhor precisado adiante, esses limites não parecem suficientes na atualidade, com suas características cada vez mais complexas expostas.

Uma manifestação da nebulosidade que distingue as áreas limítrofes é notável pela própria incompletude que caracteriza o direito. Como mencionado anteriormente, o direito (em sentido amplo, abarcando operadores e ordenamento) não constitui um sistema de justiça com funcionamento mecanizado, mas antes uma estrutura que opera de maneira muitas vezes imprevisível, mas também dotada da sensibilidade daquele encarregado de apreciar o caso concreto. A bem dizer, como se faz notório, o direito apresenta antinomias, lacunas, divergências doutrinárias e jurisprudenciais, e, em suma, igualmente é constituído por áreas de dissonância.

Todavia, ainda que repleto de conflitos e lacunas, as relações entre representantes dos Poderes, sociedade e mesmo grupos organizados emergem dessa amálgama difusa, donde se extrai o direito aplicável através da discricionariedade (amparada na lei e no sistema político democrático de escolha de representantes), pela ponderação (na conjugação da legalidade com valores e princípios) e mesmo na manifestação (pela oportunidade de intervir com variados instrumentos) em temas caros à sociedade.

Frise-se, portanto, esse aspecto notável que aproxima aqueles que muitas vezes se colocam em choque: diante de um ordenamento com lacunas e margem para exercício discricionário no planejamento, execução e controle de políticas públicas, a ponderação do que é certo ou errado, melhor ou pior, toma os pensamentos do administrador público, do cidadão, do empresário ou do juiz. A compreensão dos fatores levados em consideração para um administrador público, do ponto de vista de determinado projeto político ou financeiro constitui aspecto muitas vezes não

⁵²¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 391

considerado ou trazido à tona em sede de controle judicial, de modo que o juiz, ao analisar a ponta (extremidade), como o resultado pretendido, muitas vezes não toma consciência daquilo que a corroborou para a elaboração do trajeto e os meios necessários, sem os quais o resultado não poderia ser alcançado, e nem mesmo ampliado a maior número de pessoas. Ainda em menção à necessidade de limites, José dos Santos Carvalho Filho⁵²² consigna que tem causado grande perplexidade o desconhecimento geral dos limites dentro dos quais a ingerência do Judiciário, por exemplo, se torna admissível.

Na lição de Maria Paula Dallari Bucci⁵²³ justamente pela margem de escolha do gestor público, por ser ampla, necessita de uma melhor definição legal. A autora exemplifica seu entendimento com o exemplo a respeito da “decisão concreta sobre o que é o interesse público – que, apesar de ser outra das categorias fundamentais do direito administrativo neste paradigma, não tem parâmetros jurídicos substanciais de definição”. A autora denuncia que os “princípios clássicos do paradigma burocrático” mostram-se insuficientes para oferecer limites claros tanto aos gestores públicos, como a seus controladores, faltando o que ela chamou que “limites negativos” e “limites positivos”, que proovessem um referencial mais completo.

Dessarte, parece que até o momento, o único ponto pacífico que se vislumbra nas leituras em torno do tema reside no reconhecimento acerca da penumbra que paira sobre os representantes dos Poderes e órgãos de controle na execução de suas funções. Desta feita, qualquer iniciativa de manifestar solução correta *per se* já se mostraria incorreta, pois não parece haver uma única, senão muitas igualmente justas, proporcionais, razoáveis e aceitáveis. Inclusive, nesse ponto de encontro entre as dificuldades que permeiam tanto as funções do Executivo, como as do Legislativo reside na ausência de limites claros às funções de cada órgão, conforme se frisou. Os limites, isto posto, no atual sistema constitucional, cuja jurisprudência é predominantemente dispersa e não vinculante, poderiam se dar na forma de norma geral positivada com o condão de padronizar e pacificar as funções administrativas e judiciais.

⁵²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 71-87. p. 79

⁵²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 13 e 40

As demonstrações de semelhanças nas dificuldades (inquietudes e vicissitudes) enfrentadas por agentes tanto do Executivo como do Judiciário são bastante claras (ou ao menos convincentes), de modo que cada vez parece mais distante (e mesmo inapropriada) a aplicação de raciocínios silogísticos em relação à realidade e à norma a ser aplicada. Nesse cenário de nebulosidade, visualizar os limites, compreendê-los e aplicá-los envolve a assimilação de critérios amplamente ventilados tanto para a ponderação do administrador público no momento da execução do ato administrativo, como para o juiz no momento do controle daquele, ambos em busca da legalidade que seja compreensível e aplicável pela proporcionalidade e razoabilidade que as revestem dentro do devido processo legal.

Ainda neste diapasão, é importante assinalar que a proposição de limites (parâmetros claros) seria útil não apenas a um setor, mas a todos que interagem na realização e controle dos interesses públicos. Da perspectiva do Poder Judiciário, poder-se-ia extrair uma atuação mais uniforme, como órgão dotado de coerência e sensibilidade com as externalidades de suas ações (decisões). Do ponto de vista da Administração Pública, ciente da mudança no modo de governar e dos limites que pautam sua atuação e ulterior controle, poderia melhor articular seus processos de decisão ancorados em elementos que nortearão não apenas a execução de seus projetos como o controle. E ainda ressalte-se a perspectiva social, da população que não mais assistiria às injustiças causadas por sentenças divergentes entre demandas semelhantes, em prejuízo daqueles que por falta de recursos e/ou informação nem às vias judiciais conseguem chegar.

Assim, diante de um cenário de recursos escassos para atender plenamente a todos os direitos previstos na Constituição de característica dirigente, serão privilegiados aqueles que o consenso político-social eleger democraticamente como prioritários e não concentrando recursos em pouquíssimas causas em detrimento de medidas profiláticas de amplo alcance de cidadãos beneficiados.

Parece assim assentado que a expressão do limite material repercutiria na distribuição mais clara das competências (e conteúdo) afeitas a cada Poder. Veja-se, não estar-se-ia negando ao Judiciário adentrar no mérito do ato controlado; apenas pautar-se-ia pelo exame ponderado que não exacerbasse a função de declarar a legalidade ou não do ato *sub judice*. No fundo, a possibilidade de cada Poder de Estado dominar

aquilo que lhe compete corresponde ao cumprimento da Constituição Federal não apenas em seu artigo 2º, *caput*, mas também na parte que distribui competências aos Poderes Executivo e Legislativo de todos os entes federativos em ampla gama de temas (interesses ou categorias) do direito. Celso Antônio Bandeira Mello⁵²⁴ a respeito da competência, uma decisão exercida de boa-fé para uma finalidade legítima, mas cujo agente não a tenha, incorrerá em uma ilegalidade.

A partir das considerações apresentadas, a jurisprudência em casos que envolvem o controle da Administração Pública padece (em muitas ocasiões) da falta de uniformidade, sendo essa característica ínsita à organização judiciária dotada de independência de cada um de seus membros. Maria Paula Dallari Bucci⁵²⁵ relativamente a esta penumbra, preconiza que a fixação de parâmetros, bem com a compreensão deles, é que constitui o verdadeiro problema, e não o controle em si (como usualmente se pensa). No entanto, em que pesem as críticas que recaem sobre essa ausência de uniformidade jurisprudencial, ressalte-se que esforços têm sido empreendidos justamente para melhorar (dando até maior coesão na atuação) os entendimentos judiciais, seja através de encontros (conferências) de debate, seja mesmo pela edição de súmulas em vários órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, de um modo geral, a promoção e aplicação da igualdade seria melhor realizada se o processo de conhecimento das causas (seja coletiva ou individual exigindo a prestação de direitos sociais) fosse feito por procedimento mais metódico nas várias instâncias judiciárias. O que mais parece pesar é a falta de uniformidade no processo de “resposta” judicial ao caso, ou melhor dizendo, no modo de elaboração da convicção do juiz. Semelhantemente, a mesma crítica a respeito da falta de método na conformação de políticas públicas e ações específicas para a execução dos interesses públicos podem ser imputadas aos gestores públicos. Como sintetiza Carlos Ari Sundfeld⁵²⁶, a existência de regras que estabeleçam como devem ser as relações constitui fator essencial tanto para indivíduos no interior de determinado grupo, seja de cada grupo com os demais.

⁵²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58,59 e 62

⁵²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192

⁵²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19

Veja-se que almejar a fixação de limites não possui o intuito de uma estabilização que engesse os agentes decisores, mas antes confirmam a segurança jurídica necessária em patamar que encoraje a inovação e a flexibilização mediante decisões complexas. Perceba-se, portanto, que não se visa diminuir a complexidade, mas antes conferir-lhes melhor tratamento, dado que a democracia corresponde, conforme ensina Celso Fernandes Campilongo⁵²⁷, à preservação de elevada complexidade (além da diferenciação funcional entre o sistema jurídico e o sistema político).

Pela exposição realizada até o momento, parece inafastável a constatação da existência de intensa reflexão sobre a ausência de procedimento claro e coeso entre Poderes de Estado e população interessada no processo de elaboração, aplicação e controle judicial dos atos administrativos. Mas como instaurar um procedimento que mitigue os efeitos danosos das áreas limítrofes? Positivando-o. Precisamente isso será tema do próximo item.

Nesse sentido, dois projetos recentes parecem reforçar a hipótese quanto à necessidade de fixação de parâmetros. São eles: o projeto de lei nº 8.058, da Câmara dos Deputados, que visa traçar limites ao Poder Judiciário no controle de políticas públicas; e o projeto de lei nº 349, do Senado, que tem por escopo principalmente o balizamento da ação administrativa e, conseqüentemente, reverbera sobre a discricionariedade do administrador público e de certa forma sobre a formação da decisão judicial. Todavia, antes de prosseguir-se com a análise mais aproximada de cada um desses projetos de lei, tratar-se-á previamente da perspectiva positivada da norma que auxiliará não apenas no exame das propostas legais, como da hipótese do trabalho.

Até este ponto da evolução do estudo, vislumbra-se que um processo bem motivado e estruturado poderá melhor respaldar as decisões da Administração Pública (mormente àquelas que conformam políticas públicas), mas de igual maneira conferir melhores elementos à compreensão do juiz, se não fornecendo-lhe um modelo propriamente, ampliando-lhe a visão. Assim, o gestor público, ciente dos elementos que guiarão o controle judicial, de antemão poderá agregar, nas sistematizações das políticas públicas, elementos que tornem mais consistentes seu projeto.

⁵²⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 82/83

3.2 – NORMA POSITIVADA E SEGURANÇA JURÍDICA

3.2.1 – FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS DE CONTROLE

Ao voltar-se o pensamento aos embates judiciais no controle de políticas públicas, neles se poderia visualizar seus protagonistas como partes de uma espécie de arena, donde amadureceriam progressivamente os limites de suas respectivas funções. Apesar de possível e até desejável, esse cenário, no entanto, não se concretiza (evolui) de modo pacífico, mas na realidade faz-se permeado por dissonâncias e ausência de coerência entre operadores.

Dessarte, diante de tratamentos (e desfechos) dissonantes entre si, por parte dos administradores públicos e por parte da condução judicial da lide, parece bastante condizente a assimilação de limites formais, na forma de procedimento, que poderiam esclarecer e padronizar os parâmetros para elaboração e controle das políticas públicas, conferindo ao sistema como um todo um maior grau de segurança jurídica. O elo entre segurança jurídica e a norma positivada resguardaria os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos, a coisa julgada, as regras legais sobre preclusão, bem como os prazos de prescrição e decadência.

Luiza Ferreira Campos e Gustavo Just⁵²⁸ a respeito esclarecem que, em contraste com a hermenêutica anterior à 1988, atualmente “não há a propositura de parâmetros e procedimentos que substituam a anterior vinculação estrita à lei”, ainda mais que os autores consideram que o discurso pós-positivista foi inserido de maneira incompleta, ainda mais frente à carga axiológica constitucional sobre a atividade administrativa. Nas palavras dos autores “mas não se sabe (ou não se teve a preocupação de expor) de que forma isto se dá, ou seja, quais ‘procedimentos’ devem ser utilizados para tanto”

⁵²⁸ CAMPOS, Luiza Ferreira; JUST, Gustavo. Transformações do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas ‘pós-positivistas’ e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 89-122. p. 105

Antonio Junqueira Azevedo⁵²⁹, no entanto, apresenta que a simples formação de leis positivadas no ordenamento, possui seus limites, tendo em vista que o direito corresponde a um instrumento da sociedade, criado com a função de prevenir e dirimir conflitos através de seus elementos, quais sejam: as normas (que sempre carecem de interpretação), as instituições jurídicas (parlamentos e tribunais), membros do estamento jurídico (advogados, promotores e juízes), bem como a doutrina e a jurisprudência. Ainda assim, as normas sendo elementos tem papel de grande destaque na proposição de novas maneiras de regular as situações. Ademais, o direito em si, como mencionado pelo autor em referência, é um instrumento da sociedade, então por que não usá-lo?

A fixação de limites poderia trilhar pelo retorno ao já clássico instituto da delimitação da competência pela sua atribuição mais clara, o que inclusive poderia levar ao esclarecimento das funções típicas de cada órgão dos Poderes de Estado, possivelmente pela exposição de suas fronteiras. Justamente essa ausência de parâmetro e, em última análise, de procedimento, é bastante clara no escólio de Carlos Ari Sundfeld⁵³⁰ na seguinte passagem:

“Em suma: ao lado das disposições normativas de *caráter substantivo* (que influem no *conteúdo* das decisões a serem tomadas), há infinitas disposições normativas de *caráter organizatório*, que definem e distribuem as competências administrativas e, assim, servem para dizer quem pode tomar essas decisões. Dados a dimensão da máquina administrativa e o modo meio caótico como vão sendo editadas as normas para organizá-la, você pode imaginar quantas dúvidas de interpretação podem surgir a seu respeito.”

No entanto, esse cenário descrito no excerto acima não é novidade, como evidencia Visconde do Uruguai⁵³¹ no século XIX, proferindo que as “raias” do direito administrativo naquela época ainda não estavam claramente fixadas. Exemplificativo nesse sentido a fala do autor quanto à adoção de muitos entendimentos divergentes convivendo ao mesmo tempo, de modo que cada um seguia “seu systema, o

⁵²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11

⁵³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 43

⁵³¹ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 07

que produz grande confusão no espírito daqueles que procurão iniciar-se na ciência daquele Direito”.

A fixação de critérios de controle que guiarão a atividade jurisdicional, além de possivelmente conferir coesão na atuação desse Poder, igualmente tornaria mais clara aos interessados e gestores públicos a própria compreensão das fronteiras de aplicação do princípio da legalidade. Thiago Marrara⁵³² relembra que apesar de procedimentos preparatórios de decisão dentro da Administração Pública sempre terem existido, e por isso não representando qualquer novidade, o que se inova atualmente “não é a sequência de atos que precede uma decisão do Poder Público, mas sim sua disciplina jurídica. Essa disciplina demanda do administrador público um caminho decisório mais transparente e com garantias, conferindo assim qualidade ao que antes configuravam os “procedimentos decisórios fechados e não disciplinados” incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. O entendimento da positivação de limites através da instituição de um processo parece verossímil, nesse sentido.

Nesta senda, presume-se que o procedimento (que não se confunde com a forma de um processo estático) teria o condão de conferir maior adesão à legalidade, dando segurança ao administrador público que conduz a política pública (ou sua parcela) e à fiscalização não apenas judicial e dos órgãos de controle como também da população. Em falando-se de procedimento, Niklas Luhmann⁵³³ a respeito da importância do estabelecimento de um processo mínimo a ser seguido, preconiza que em sociedade complexas os procedimentos constituem um forma de poupar tempo, na medida em que “os procedimentos judiciais não são descobertos e ajustados caso a caso”.

Susan Rose-Ackerman⁵³⁴ entende que a fixação de um procedimento tem um impacto crucial, tornando as decisões discricionárias da Administração Pública aceitáveis não porque elas satisfariam a todos, mas porque o processo pelo qual ela foi elaborada assegura que os órgãos técnicos ou interessados, bem como a opinião pública

⁵³² MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 35/36

⁵³³ LUHMANN, Nicholas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 53

⁵³⁴ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University Press 1995. p. 124

não foram ignorados. E mesmo havendo parâmetros que deem certo procedimento ao controle judicial, isso não corresponde à uma imutabilidade, ou mesmo enrijecimento do modo como se controla. Neste sentido, Jerry Mashaw⁵³⁵ preconiza que procedimento e prática específicas de controle judicial da atividade administrativa são constantemente sujeitos a alterações, revisões e, ocasionalmente, grandes reformas.

Convém ressaltar que não se desconsidera, no desenvolvimento desse tópico, a relevância da Lei Federal nº 9.784/99 que instituiu o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal. Todavia, a lei padece de incrível generalidade, de modo análogo ao que ocorria com o direito de acesso à informação antes da promulgação da Lei Federal nº 12.527/11 (conhecida como Lei de Acesso à Informação). Veja-se que neste exemplo, tinha-se a própria Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º, inciso XXXIII, artigo 37, § 3º, inciso II, e artigo 216, § 2º, a prescrição do direito de acesso à informação pública décadas antes do advento da referida lei.

A própria Constituição Federal de 1988, inclusive, cuida de delinear a distribuição de competências e limites através do procedimento, sendo que a tutela desenhada pelo diploma possui uma concepção procedimental, como defendem Katya Kozicki e Estefânia Maria Queiroz⁵³⁶. De acordo com as autoras, faz-se necessário ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisão de questões públicas, justificando em vista disso até mesmo a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados. Nesta senda, a instauração de procedimento que exponha parâmetros de atuação poderia corroborar no respeito (e manutenção) da democracia representativa e participativa.

Ainda a respeito do detalhamento trazido na Constituição Federal de 1988 quanto ao controle, destacam Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵³⁷ afirmam que ainda há falta de limites mais claros para sua realização, que pudesse

⁵³⁵ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability*. *Revista Direito GV especial nº 1*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas 2005. pp. 153-170. p. 153

⁵³⁶ KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85. p. 68

⁵³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 198/199

atenuar as divergências de interpretação. Estas divergência ganham especial relevo tendo em vista que toda norma jurídica, para que possa ser aplicada, deve ser primeiramente interpretada, e assim, uma variação na interpretação, como a dos órgãos de controle, equivaleria a mudar o texto da lei, de acordo com Adilson Abreu Dallari⁵³⁸. Com isso o autor não visa aduzir que a interpretação seja única, nem mesmo que seja imutável, uma vez que reconhece que essas variações são inevitáveis justamente pela constante evolução do direito, premido inclusive pelos avanços tecnológicos e sociais, pelas alterações no contexto normativo e mesmo na composição dos quadros nos órgãos de deliberação coletiva.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³⁹, tratando da interpretação, afirma que ela corresponde à “desvendar um pensamento alheio”, visualizando assim o propósito que compõe a lei. A esse propósito, merece ser mencionada a lição de Loiane Prado Verbicaro⁵⁴⁰, para quem a democracia em seu melhor estado é aquela em que os juízes interpretam de modo inclusivo, transformador e antidogmático, ainda assim pautado pela racionalidade, resguardando os princípios do ordenamento, com especial ênfase aos direitos fundamentais.

A propósito de esboçar como se daria o controle judicial de atos administrativos, veja-se por analogia a lição de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵⁴¹, os quais propõem às Cortes de Contas método de análise e compreensão das competências quanto ao controle através de três noções: o objeto do controle, o parâmetro do controle e o produto do controle. Defendem os autores que por objeto entenda-se “o conjunto de fatos, atos e procedimentos da Administração Pública, ou de terceiros que o Tribunal examina”, avaliando positiva e negativamente; por parâmetro “a

⁵³⁸ DALLARI, Adilson Abreu. Comentários ao art. 25 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 31-32. p. 31/32

⁵³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Interpretação no Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 45-50. p. 45

⁵⁴⁰ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 405

⁵⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 182

referência que o Tribunal adota para avaliar positiva ou negativamente certo objeto”; e por produto “os atos que o Tribunal produz em decorrência dos procedimentos que realiza”.

Tendo em vista as três noções propostas pelos autores, a fixação de limites que aclarem um procedimento auxiliaria na elucidação de temas afeitos à gestão estatal dos interesses públicos, tendo mais claro o que constitui o objeto, o parâmetro e o produto em controle. José Rodrigo Rodriguez⁵⁴² a respeito desse ônus argumentativo, explica que no controle judicial ele praticamente inexistente, dado que não há padrão de conformidade (uma padronização de decisões quanto ao fundamento), em que o juiz deve vencer os argumentos que fundamentam o resultado, ou seja, a estabilidade de uma decisão “depende mais da pessoa dos juízes envolvidos nos julgamentos do que da racionalidade da argumentação”. Neste cenário a falta de segurança jurídica fica mais perceptível:

“Um modelo de segurança jurídica que se assente não nas pessoas, mas nos fundamentos da decisão evidentemente despersonaliza o processo decisório. Adotado um determinado argumento como fundamento da decisão, pouco importará a pessoa do juiz. Para vencê-lo, será necessário argumentar de maneira racional para convencer os demais juízes do tribunal de sua incorreção para o caso.” (grifo nosso)

“Um modelo alternativo, que conferisse importância central à argumentação, seria certamente mais transparente, além de admitir também a participação da esfera pública, pela via direta e pela indireta. **Suas decisões seriam mais substantivas porque fundadas em uma argumentação mais organizada.** Por isso mesmo, a segurança jurídica seria menos dependente das pessoas, por estar ligada às razões para decidir e não à opinião dos magistrados.” (grifo nosso)

Maria Paula Dallari Bucci⁵⁴³ igualmente consigna, já no campo das políticas públicas, três noções necessárias ao seu desenvolvimento, e novamente ocorre destaque ao ônus argumentativo. A autora enuncia como noções: a definição dos legitimados a atuarem e expressarem-se no conflito; a distribuição entre os envolvidos

⁵⁴² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 110/111

⁵⁴³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 142

dos ônus de demonstrar as razões de suas respectivas posições; e, a fixação da competência decisória (o coordenador da política em si).

Ainda em referência ao controle externo exercido pelos Tribunais de Contas feita pelos autores⁵⁴⁴, repensando o controle exercido pelo Judiciário, eles destacam que nos diferentes tipos de inserção do controle o órgão jurisdicional poderia ser mais cauteloso para com aquilo sob a gestão do controlado, de modo a não avançar, obstar ou parar por completo determinada política ou empreendimento. Desse entendimento sobressai que a diferenciação (e mesmo sensibilidade) a que o controlador deve atentar quanto à amplitude de sua intervenção além da dimensão da divisão dos Poderes e, conseqüentemente, competências. Essa falta de sensibilidade é comentada por Frederick Schauer⁵⁴⁵, para quem o formalismo possibilita que as regras existentes adquiram “regridade”, retirando do tomador de decisão sua sensibilidade, justamente por “remover do alcance de um tomador de decisão fatores que, se não fosse por essa filtragem, um tomador de decisão mais sensível levaria em consideração”.

A sensibilidade inclusive deve acometer órgão jurisdicional quanto este processa ações judiciais que motivam o controle de políticas públicas, segundo Arthur Sanchez Badin⁵⁴⁶. De acordo com o autor, elas são fundamentais para que diversos grupos de interesse possam participar da gestão pública; todavia, o autor ressalta que para tanto, o Judiciário deve através do procedimento abarcar a complexidade que envolve o tema *sub judice*.

Maria Paula Dallari Bucci⁵⁴⁷ dissertando a respeito da institucionalização (como meio de estruturação das políticas públicas), explica a importância dos parâmetros, destacando que eles tornam a operação dos agentes envolvidos mais permanente e impessoal, como um fator de unidade de vários de

⁵⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 199/200

⁵⁴⁵ SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116. p. 66

⁵⁴⁶ BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 42

⁵⁴⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 236/237

competência em articulação, visando a composição de distintos interesses, meios e temporalidades, em função da ideia-diretriz (“um princípio referencial, que orienta todos os atores e atos envolvidos naquele arranjo, associado ao plano de ação”). Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁴⁸, o desenvolvimento de políticas públicas devem assimilar formas institucionais que disciplinem com fidelidade e segurança o processo de formação da vontade participativa, ou seja, a crescente importância da processualidade adequada como instrumento democrático.

O fato é que o procedimento que melhor aclarasse o âmbito de interpretação poderia mitigar as incertezas e disparidades de tratamento das áreas limítrofes. A positivação seria o instrumento adequado para o estabelecimento de parâmetros. Pelo aspecto material, a positivação de parâmetros teria o condão de melhor distribuir (ou aclarar) as competências (e conteúdo) afetas a cada Poder e setor; e sob a ótica formal, o procedimento esclareceria e padronizaria os parâmetros de elaboração e controle dos atos administrativos (e as políticas subjacentes a eles).

Tratar de procedimento atrai justamente o conteúdo positivado que nele se insere, de modo que urge abordar a que positivação nos referimos no ordenamento jurídico. No escólio de Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁵⁴⁹, o próprio direito contemporâneo impinge o desenho de prescrições que racionalizem e confirmem técnica controlada ao conteúdo jurídico, de modo que com o atual constitucionalismo e legalismo, observa-se a positivação através de procedimentos regulados.

Veja-se que racionalizar e conferir técnica controlada ao conteúdo jurídico corresponde a fixar previamente as balizas, e assim um direito retrospectivo, que visa evitar problemas. Contudo, a positivação de parâmetros deve superar o que Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama⁵⁵⁰ chamaram de “ilusão”. Nesse sentido, Marilda

⁵⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. in *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 3. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

⁵⁴⁹ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 113

⁵⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 16

de Paula Pereira⁵⁵¹, esclarece que “a utilização de uma fórmula geral (*one size fits all*) não é compatível com a perspectiva democrática”.

3.2.2 – CRÍTICAS À POSITIVAÇÃO

Sublinhe-se, contudo, que na esteira da positivação, se faz estreme de dúvidas que inovações legislativas devem emergir bem conectadas com a realidade e o direito vigente. Outrossim, o direito vigente, com seus lapsos, tem sobre si a depuração realizada diuturnamente pela doutrina e jurisprudência. Admissível, portanto, supor que a fixação de parâmetros em lei possa ter a capacidade de justamente aprimorar a “decidibilidade”, fosse do gestor público ou do juiz, além da compreensão pelos grupos de interesse e cidadãos. Contudo, algumas críticas incidem sobre o ímpeto de positivarse, como será examinado a seguir.

Um primeiro efeito negativo destacável em relação ao direito positivo é ressaltado por Antonio Junqueira Azevedo⁵⁵², que aponta com acuidade que o “simples direito positivo, afinal, não foi suficiente para impedir a barbárie” observada nos horrores das grandes guerras do século XX. Dentre alguns outros argumentos que rechaçam a efetividade de conteúdos positivados ganharem a efetividade que deles se esperam, ressaltou-se aquele tecido por Marc Galanter⁵⁵³, para quem de pouco adiantariam mudanças no texto da norma quando seus operadores não passassem por mudanças, pela conscientização e/ou adaptação cultural.

Nesse mesmo sentido entendem Irene Patrícia Nohara⁵⁵⁴, que “de nada adianta ter novas leis se as práticas não forem alteradas”; e Thiago Marrara⁵⁵⁵, para quem

⁵⁵¹ SILVEIRA, Marilda de Paula. Comentários ao art. 22 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 23-25. p. 24/25

⁵⁵² AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 09

⁵⁵³ GALANTER, Marc. *Por que quem tem sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução: Ana Carolina Chasin. Título original: *Why The ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations On The Limits Of Legal Change*. São Paulo: Editora Saraiva, no prelo.

⁵⁵⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 11

⁵⁵⁵ MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 45-65. p. 65

as batalhas jurídicas em torno da reforma e renovação de institutos legais não abarcam importantes fatores que deveriam ser igualmente objeto de alteração, como “mudanças de ordem organizacional, profissionalização da gestão pública, investimentos em capacitação e educação, análise de custos, além do gerenciamento das indevidas influências econômicas, políticas e outras”. Como bem concluiu Carlos Ari Sundfeld⁵⁵⁶, o direito administrativo corresponde a um conjunto, de modo que não há como dizê-lo direito se só houvesse as normas (constitucionais, legais, regulamentares) sem sua respectiva cultura (teorias, interpretações, práticas).

Todavia, ainda de ciência dessa deficiência da positivação (que não apreende a cultura que a cerca), muitas das atividades que envolvem relações humanas, parece crível que as leis, em que pesem as vicissitudes por que passam para serem efetivadas, ainda assim conseguem promover modificações gradativas na cultura dos agentes impactados por uma regra, por diretrizes e mesmo por princípios.

Outro argumento trazido a comento em relação à não adequação da norma positivada, consigna que positivações, especialmente através de procedimentos, acarretariam maior concentração nas chamadas “regras do jogo” do que no resultado almejado, ou seja, a condução das políticas públicas estariam mais calcada pela legalidade, em seu aspecto formalista do que pelo conteúdo material (substantivo) dos interesses públicos ali potencialmente contemplados. Essa visão crítica é especialmente destacável nas licitações, que em muitas ocasiões estão voltadas à concretização de determina parcela (ou até mesmo a totalidade) de uma política pública, e congrega na lei que a disciplina (Lei Federal nº 8.666/93) extenso e detalhado procedimento da condução de certames e ainda assim padece pelas distorções que lhe impingem inúmeros operadores durante sua condução.

Contudo, não obstante a importância das normas (processuais e materiais), perpetua-se hodiernamente a sensação de impotência dos dispositivos, de serem concretizados em larga escala. A alteração das regras (como seria o caso do projeto de lei nº 8.058/14 é sugestionada por muitos autores. Contudo, advertência

⁵⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29

quanto a isso exsurge, partindo de uma visão sistêmica de que as regras por si só não resolvem o problema.

A respeito do assunto, Paulo Eduardo Alves da Silva⁵⁵⁷ consigna que “a profusão de regras pode sobrecarregar o procedimento e tornar demasiado longo e complexo o método dialético-investigativo de solução de conflitos”. Diante deste panorama, de clareza solar a lição de José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁵⁸: “muitas das tentativas de alteração da lei processual e do próprio Poder Judiciário não levam em consideração a natureza dos conflitos a serem dirimidos, os problemas subsistem”.

A crítica ao positivismo pelas leis (cujo detalhamento é tão vasto a ponto de engessar àqueles incumbidos de aplicá-la) ressalta que muitas vezes ocorre a obstrução de sua própria concretização e dos interesses públicos a ela subjacentes. Se o detalhamento excessivo de muitas leis não abre espaço para melhor atuação dos gestores público, uma proposição alternativa à positivação refere-se a intentos mais relacionado à cultura na atuação dos gestores. No escólio de Irene Patrícia Nohara⁵⁵⁹, muito mais aproveitável seria a discussão tanto de práticas de gestão comprometidas com a consequencialidade, como o incentivo à autocontenção judicial nos casos de manifesto exercício da discricionariedade administrativa.

Como visto, muitas leis atualmente adquirem uma redação mais fluida e aberta, como o são os mandamentos constitucionais, de modo a flexibilizar e com isso aumentar o poder de concretização e capilarização da prescrição normativa através dos marcos de finalidades (objetivos). Essa abertura na concretização dos objetivos legais privilegia a ponderação daqueles incumbidos de aplicá-la, bem como confere espaço à participação e consenso social, tão cara atualmente e possivelmente obstruída por normas de grande detalhamento. Irene Patrícia Nohara⁵⁶⁰ sintetizou esta ideia mediante a frase concisa e lapidar, lecionando: “a ponderação na interpretação jurídica não é uma operação técnica rigorosamente padronizável, do ponto de vista lógico, ou seja, para se

⁵⁵⁷ SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31

⁵⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 85

⁵⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 15

⁵⁶⁰ *Op. cit.* p. 04

realizar a justiça no caso concreto e alcançar, em cada decisão, as finalidades do direito, é necessária uma disposição artesanal na ponderação e não uma utilização de critérios de decisão como numa esteira de produção em massa”.

Ainda, entre os críticos à positivação, destacou-se o crescimento das demandas judiciais atrelados ao crescimento das normas no ordenamento. De acordo com Loiane Prado Verbicaro⁵⁶¹, a “hipertrofia legislativa ou sobrejuridificação da realidade social” constitui uma condição facilitadora da judicialização da política. Assim, a tentativa de pacificar conflitos pela edição normativa (positivação) pode acarretar o aumento da complexidade do conflito que a norma visa neutralizar. De acordo com a autora⁵⁶², como consequência negativa da proliferação de normas do ordenamento, há a perda da “coerência interna do ordenamento jurídico”, dado que o sistema não comporta a manutenção de “um padrão de logicidade, integração e coesão”. Assim, ao invés da produção legislativa corroborar com a maior segurança jurídica do ordenamento, acabou com essa “hipertrofia legislativa” por esvaziar a eficácia da lei – sem atender, inclusive, “aos mais antagônicos e nunca conciliáveis conflitos e aspectos da vida em sociedade”.

Outro aspecto negativo que Loiane Prado Verbicaro⁵⁶³ ressalta em relação ao excesso de leis quanto ao aumento da juridificação se deve à consequente ampliação do espaço de “argumentação, interpretação, fundamentação e reconstrução da realidade por intermédio das decisões judiciais”, devido à “incapacidade da dogmática jurídica em oferecer critérios racionais, unívocos e previsíveis para a interpretação jurídica”. Inclusive, esse acréscimo do espaço de argumentação igualmente é ressaltado por Irene Patrícia Nohara⁵⁶⁴, quando argumenta que “não adianta tentar criar todo um repertório de textos normativos que se pretendam coerentes se a interpretação terá sempre seu grau de criatividade concreto”.

⁵⁶¹ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 400

⁵⁶² VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 400

⁵⁶³ *Op. cit.* p. 401

⁵⁶⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 15

Até mesmo quando visualizou-se a desordem pela aparente falta de procedimento explícito em lei, na realidade o que se tem é o cumprimento de outras leis existentes, como ocorre no sistema jurídico constitucional com normas infraconstitucionais igualmente condicionando as relações na sociedade. Ilustrativo, nesse sentido, a lição de John Stuart Mill⁵⁶⁵ para quem:

“O acaso é geralmente a antítese direta da lei; o que quer que, supõe-se, não pode ser atribuído a uma lei é atribuído ao acaso. É certo, todavia, que tudo o que acontece é resultado de alguma lei, é um efeito de causas, e poderia ter sido previsto a partir do conhecimento da existência dessas causas e de suas leis.”

Thiago Marrara⁵⁶⁶ adverte que não se deve ser pretensioso a ponto de conceber que os problemas de aplicação de normas administrativas “sejam um mero reflexo das deficiências do direito que a rege”. Com isso, mais uma vez fica ressaltado o fator cultural na prática desse ramo do direito. Ou como asseverou José Rodrigo Rodriguez⁵⁶⁷, é preciso “evitar a postura ingênua daqueles que acreditam no texto como meio de garantir segurança jurídica”. Nesse sentido, Celso Fernandes Campilongo⁵⁶⁸ arremata defendendo que o “sistema jurídico não assegura comportamentos” a ponto de guiar condutas “que distingue o direito da religião, das relações de vizinhança ou da moral”, veja-se, portanto, como a cultura se impõe sobre aquilo que é positivado.

3.2.3 – VANTAGENS DA POSITIVAÇÃO: SEGURANÇA JURÍDICA

Em que pesem as críticas descritas anteriormente, existem igualmente vantagens na positivação. Carlos Ari Sundfeld⁵⁶⁹ assevera que as dúvidas de interpretação quanto à extensão e mesmo divisão de competências no âmbito do direito

⁵⁶⁵ MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva*: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica. Tradução: João Marcos Coelho. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo: Abril, 1974. p. 239

⁵⁶⁶ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 45

⁵⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 230

⁵⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93

⁵⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37

administrativo são até naturais dada a falta de organização presente. A positivação de parâmetro poderia balizar a organização necessária para manter o sistema jurídico quando aplicado, irrigado por uma segurança jurídica mínima, necessária às relações.

Existem autores que comungam do entendimento de que alguns projetos de lei e leis editadas acabam por contemplar assuntos já positivados dentro do ordenamento, de modo que insistir na positivação não alteraria o mundo dos fatos (como visto no item anterior). Como dito anteriormente, o acesso à informação após a edição da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/11) melhorou significativamente. Muitas vezes, a expressão positivada de conteúdo jurídico preexistente tem o condão de explicitar de modo mais incontestante aquilo que deveria acontecer, uma vez induzidos por outros diplomas legais já existentes no ordenamento. Não visou-se aqui colocar em uma balança utilitarista se existem mais efeitos negativos do que positivos (e vice versa), mas antes assinalar ponderações sob diferentes matizes que se fazem necessárias à melhor compreensão do tema.

Cite-se a esse respeito o entendimento de que positivar não necessariamente acarretará o engessamento de atuação daquele que aplica a lei, ou mesmo afastará qualquer tipo de ponderação e razoabilidade na apreciação da matéria. Na ponderação do administrador público no momento da execução do ato administrativo, como para o juiz no momento do controle daquele, ambos encontram-se em busca da legalidade que seja razoável e proporcional. Ao considerar-se esta perspectiva, logo vislumbraram-se uma aproximação das inquietudes e vicissitudes legais porque passam diferentes Poderes na execução do interesse público em uma democracia constitucionalizada, ficando evidente que o juiz não é a “boca” da lei, nem o Executivo é o “braço mecânico” da lei.

Quando tratou-se de traçar as perspectivas que se inserem na discussão (apreciação) da positivação de valores, princípios ou comandos legais, igualmente podem-se destacar efeitos positivos e negativos sob a perspectiva da aproximação (harmonização) do sistema legal com os conflitos sociais na sociedade complexa. Muitos são os tipos de normas que são levadas a cabo na produção legislativa. De acordo com

Loiane Prado Verbicaro⁵⁷⁰, “em vez de proporcionar o ajuste almejado, instalou-se um verdadeiro abismo entre a dinâmica das instituições político-jurídicas e a realidade socioeconômica, bem como o fim da coerência e da unidade do sistema jurídico.”. Em que pesem as perspectivas positivas e negativas sobre a edição de leis, merece referência a salutar advertência feita por Eros Roberto Grau⁵⁷¹ no seguinte excerto:

“Daí por que cumpre nos precavermos em relação aos que afirmam o antipositivismo sem limites, desavisados de que a ética da legalidade não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Certo conteúdo de justiça por certo se impõe na afirmação do direito, mas conteúdo de justiça interno a ele, quer dizer, conteúdo de justiça positivado.”

Já Maria Paula Dallari Bucci⁵⁷² aduz que embora a cultura e prática dos operadores do direito seja relevante, ainda assim, que não há de se esperar só uma mudança de comportamento, de cultura dos operadores e das instituições de que fazem parte. Segundo ela, é preciso que haja uma redefinição da dinâmica entre o direito e a política através do direito, uma vez que não se pode esperar que essa relação seja solucionada pela mudança de comportamento (espontâneo) por um ato de vontade. Assim, conclui a autora, ao invés de criar-se um carco jurídico totalmente novo, o mais plausível seria uma “nova sistematização de regras e conceitos existentes (ainda que talvez não inteiramente incorporados às práticas correntes)”.

Faz-se possível entender que a clareza do procedimento seria uma via verossímil à segurança jurídica. José Rodrigues Rodriguez⁵⁷³ evidencia alguns dos efeitos positivos da positivação, postulando que o direito assim racionalizado remete a justificativas que transcendem o caso concreto por serem baseadas em regras claramente definidas que permitem padronizar as decisões.

Parece lícito supor que instauração de uma disciplina através da edição da norma acarretaria uma possível melhora na compreensão do procedimento que rege a

⁵⁷⁰ VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406. p. 400

⁵⁷¹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 286

⁵⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 152/153

⁵⁷³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 178/179

elaboração, aplicação e controle das decisões administrativas (e de cunho discricionário, quando não político); maior segurança jurídica aos diversos interessados envolvidos; deferência às funções típicas de cada Poder e seu inter-relacionamento mais harmônico; e respeito à participação popular e legitimidade democrática dos governantes e administração do governo (o que envolve orçamento elaborado e metas propostas em campanha e programas específicos). Sobre aspectos tão importante no sistema jurídico, o escólio de Floriano Azevedo Marques e Egon Bockmann Moreira⁵⁷⁴:

“O Direito não pode ser estático, mas também não há de ser uma ‘caixinha de surpresas’. Outro ponto nesta mesma linha: é comum que os órgãos de controle (administrativo ou judicial), anos depois, julguem um ato fora do contexto em que foi praticado. Uma decisão justificável ao seu tempo, descontextualizada torna-se írrita e inconveniente.”

Frederick Schauer⁵⁷⁵ ressalta, acerca da preocupação que se tem com a segurança jurídica que mesmo que as regras possam ser injustas em certo sentido, isto não implica que eles não tenham nada de positivo, e a exemplo disso, o autor ressalta o valor de previsibilidade e certeza que elas detêm. A segurança jurídica, ainda que almejada, não é de todo alcançável, até por imperativo da sociedade complexa, que como ressalta José Rodrigo Rodriguez⁵⁷⁶, tendo em vista que as sociedades plurais e altamente complexas implicam na alta mutabilidade dos desenhos institucionais, o que ocorre é a conferência de uma segurança jurídica mais com caráter temporário do que permanente (também chamada pelo autor de “segurança jurídica nos termos pré-kelsenianos”).

Na atual estrutura de ordenamento codificado (e ao mesmo tempo, bastante moldado pelo texto constitucional) sobressai em importância o tema da legística, dado que diferentemente dos sistemas da *common law* que apresentam maior aderência às decisões e entendimentos já firmados por cortes superiores, no sistema civilista com

⁵⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11/12

⁵⁷⁵ SCHAUER, Frederick. Formalismo. RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116. p. 105

⁵⁷⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 170

juízes bastante independentes, tal uniformidade não ocorre em grande escala e corrobora com a insegurança jurídica.

No Brasil, a jurisprudência com o condão de uniformizar entendimentos e processos de conhecimento é minimizada no sistema jurídico, de modo que a lei possui essa faculdade organizadora e uniformizadora do sistema. Assim, o sistema mostra-se mais receptivo à organização proveniente de comandos legais legislativamente estabelecidos⁵⁷⁷. O tema da legística inclusive perpassa a análise de impacto, que quando muito parece não tomar a devida atenção dos legisladores, principalmente no que concerne à efetividade, nível de capilarização e produção de resultados previamente estabelecidos. Rodrigo Pagani Souza⁵⁷⁸ inclusive ressalta a importância do tema asseverando que como déficit de normatização de qualidade, ou seja, que efetivamente se preocupa com os resultados, existe o risco a pretexto de melhor disciplinar, por exemplo, uma política pública, acabar por deixar muitas questões sem solução.

Nesta senda, pode-se concluir que, em meio a tantas zonas cinzentas do ordenamento jurídico, e diante do controle judicial tão intensamente realizado de políticas públicas, mormente em caráter individual, que mostra-se inadequada a atual regulamentação legal, de modo que a elaboração normativa poderia ter o condão de disciplinar situação tão caótica como o é o controle judicial de políticas públicas. Inclusive, uma positivação dos limites do controle judicial das políticas públicas contribuiria para garantir a segurança jurídica, hoje considerada um princípio implícito na Constituição Federal de 1988 e expressamente prevista na Lei de Processo Administrativo (Lei Federal nº 9.784/99). Veja-se a este respeito a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷⁹:

⁵⁷⁷ Sobre legística, vide: MORAIS, Carlos Blanco. Manual de Legística - Critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007; e SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação Revista da Faculdade de Direito da universidade Federal de Minas Gerais. nº 50, 2007. pp. 07-33. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/31>>

⁵⁷⁸ SOUZA, Rodrigo Pagani. Em Busca de uma Administração Pública de Resultados. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 39-61. p. 40

⁵⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 207

“No entanto, é possível afirmar que ele está implicitamente previsto na Constituição, como decorrência da própria ideia de Estado de Direito Democrático e do princípio da legalidade, agora considerado em seu sentido amplo, que abrange o aspecto formal (lei em sentido estrito) e o aspecto material, axiológico, substancial, que abriga os valores e princípios essenciais à justiça e à dignidade da pessoa humana. É o caso dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, da reserva do possível, da segurança jurídica (no aspecto objetivo, que diz respeito à estabilidade das relações jurídicas, e no aspecto subjetivo, que diz respeito à proteção da confiança).”

Ainda assim, a segurança jurídica, como aventado anteriormente, não será plena, pois em uma sociedade complexa e sujeita a interpretação caso a caso, haverá quase sempre alguma margem de flexibilidade. Nesse sentido, arremata Celso Fernandes Campilongo⁵⁸⁰, afirmando que por mais racionais, rigorosos e coerentes que sejam os sistemas normativos, ainda assim nenhuma limitação jurídica seria tão penetrante a ponto de suprimir a margem de incerteza inerente à decisão judicial.

⁵⁸⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 94

3.3 - EXEMPLOS PRÁTICOS

No presente estudo, constituiria ousadia pretender envolver todos os projetos de lei cujo conteúdo atina à maior concertação entre ações administrativas dos administradores públicos e seu correspondente controle judicial, de modo a tornar-se inviável. De outro lado, propor-se à análise de dois projetos de lei nos aproxima do perigo da generalização, pois se trilharia via cujos resultados obtidos por meio desse direcionamento da análise seriam demasiadamente amplos e, por vezes, contraditórios, quando levados a setores específicos de debate ou de acordo com a política pública submetida a controle. Para tanto, a fim de evitar este perigo, e contribuir para os estudos sobre o desenvolvimento e controle judicial de políticas públicas, selecionou-se dois projetos de lei de âmbito federal que podem ser colocados como dicotômicos na medida em que se voltam mais diretamente a partes em geral opostas.

A hipótese do trabalho conduz à uma pesquisa de *lege ferenda*, tendo em vista que tratar-se-á nos itens a seguir de dois projetos de lei correntemente em tramitação no Congresso Nacional. Inserir-los no desenvolvimento do trabalho auxilia a investigação da hipótese e igualmente pode apoiar a compreensão de como têm sido os ensaios (experiências) para tratar do tema que ganhou tamanho relevo. Assim, tendo sido recepcionados pelo Congresso Nacional como projetos de lei, de pronto se revela a atualidade e relevância do tema em debate. Ao se tratar de projetos de lei em tramitação, debruça-se sobre objetos recentes de apreciação e pesquisa acadêmica, o que não facilita a tarefa de análise e exposição dos pensamentos críticos a respeito deles. Contudo, em que pese essa qualidade de novel, os próprios projetos de lei constituem produto de debates e necessidade anteriores a eles e nisso revelam igualmente sua trajetória pretérita ainda que de emergência contemporânea.

Outrossim, a opção pela utilização de exemplos práticos se justifica no presente trabalho diante da sua relevância e adequação para, se não apontar solução à hipótese, ao menos testá-la em seu paradigma positivista (positivado). Além disso, existe grande ordem de semelhança entre a hipótese e o advento dos casos práticos selecionados, isto é, os projetos de lei federais. A análise de ambos os projetos se deu pelo texto inicial depositado no protocolo legislativo, assim, não buscou-se assimilar as ulteriores alterações e propostas de emendas que possam ter vindo a sofrer.

A respeito de se tratarem de leis em abstrato, conforme ressalta Irene Patrícia Nohara⁵⁸¹, a discussão acadêmica é bem-vinda, tendo em vista que mais profícuo se mostra a discussão daquilo que é pauta de provável alteração normativa, mais sujeita aos debates acadêmicos, do que debruçar-se sobre um tema depois de aprovado e em vigor no ordenamento.

Outro ponto que direciona a pesquisa em torno dos exemplos práticos concerne justamente ao entendimento de que soluções esparsas e mesmo pontuais não possuem a eficácia que de modo bastante generalizado o desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial vêm demandando. De acordo com Carlos Ari Sunfeld⁵⁸², há tempos “várias inovações estruturais ou retoques focalizados em matéria de gestão pública vêm sendo feitos por normas legais e mesmo constitucionais” sem, contudo obter flexibilizações e adaptações nos regimes que haviam se tornado rígidos”. Ademais, o autor, em colaboração com Floriano de Azevedo Marques Neto⁵⁸³, ressalta que “reformas pontuais já não conseguem fazer a diferença, pois muitos dos problemas decorrem de características estruturais”.

Ressalte-se neste ensejo que um dos efeitos negativos no que tange os projetos de lei refere-se à sabida deturpação que as intenções contidas em seu texto inicial, em muitas ocasiões, acabam por sofrer alterações no trâmite legislativo quando o tema é complexo e sensível como o presente. Em posse desse pressuposto, para facilitar o estudo não incluímos qualquer análise quanto às sucessivas propostas dos parlamentares e suas respectivas proposições de redação normativa, por entender-se que, ainda que tal empreitada se intentasse, ficaria diuturnamente desatualizada.

Outro ponto que cumpre esclarecer é que, em se tratando de exemplos práticos legais ainda não inseridos no ordenamento jurídico, seria sem propósito empreender aqui uma larga averiguação sobre a viabilidade de cada projeto vir a ser

⁵⁸¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 01

⁵⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: PGERJ, 2012. pp. 85-99. p. 86

⁵⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 07-08. p. 08

inserido no ordenamento pátrio. Por isso, o que se propõe fazer é cotejar os projetos de lei com frente a hipótese e aprimorar a percepção que se tem do próprio sistema jurídico. Assim sendo, em que pese não constituir escopo a análise da probabilidade dos projetos de lei virem a ser promulgados, ainda assim remanesce o questionamento acerca da efetividade de tais propostas legislativas.

Em se tratando da capacidade de decidir sobre os fins e os meios das políticas, já se pode destacar que os projetos de lei que serão examinados na pesquisa de alguma maneira visam aprimorar os instrumentos para a “decidibilidade”, conferindo algumas técnicas de interpretação a serem manejadas.

Escolheu-se cada um dos projetos de lei por terem adentrado em matérias e questionamentos que foram recorrentemente temas das discussões travadas nos capítulos anteriores, possibilitando inclusive reflexões que agreguem ao entendimento da realidade nacional. Ambos os projetos de lei parecem enfrentar o que bem condensam Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁵⁸⁴ particularmente a respeito de um deles:

“É preciso então enfrentar aquela que talvez seja a principal crítica à atuação proeminente dos órgãos de controle, segundo a qual os controladores teriam assumido o lugar dos gestores públicos na formulação de políticas e na própria condução da máquina estatal, trazendo enorme instabilidade.”

Veja-se que uma norma positivada que confere direito subjetivo pode ganhar contornos programáticos a depender do local e do volume de pessoas, dentre outros fatores que sobre ela incidirão. Contudo, a se tratar de normas com possibilidade de positivação, que explicitem procedimentos e não diretamente atribuam direitos (de bens e serviços sociais), serão dotadas de maior capacidade de efetividade, na medida em que visam auxiliar e monitorar o modo de aferir a legalidade de uma política ou determinado pedido em relação à política. Dessa perspectiva, portanto, possuiria maior chance de serem cumpridas, dado seu caráter instrumental. Inclusive, a este respeito José Rodrigo Rodriguez⁵⁸⁵ consigna que diante de fatos de difícil ou impossível padronização,

⁵⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 112

⁵⁸⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 230

o mais indicado seria criar um texto normativo aberto e critérios para preencher seu sentido com o mesmo fim, ou seja, que fizesse o intérprete argumentar a partir deles para que, com o passar do tempo, seja possível assistir a formação de argumentações relativamente congruentes por estarem referidas a este material normativo. Neste ponto, os projetos de lei parecem se enquadrarem a esta assertiva do autor.

Em ambos os casos concretos selecionados (ainda que leis em abstrato), percebem-se algumas semelhanças que os aproximam quanto ao objetivo de conferir tratamento às áreas limítrofes de atuação. Observa-se, por parte de seus redatores e parlamentares proponentes, a falta de clareza nos limites de atuação, seja de membros do Executivo, que planejam e executam as políticas públicas, seja dos membros do Judiciário, que uma vez provocados, controlarão a política e possivelmente lhe impingirão revisões decisivas. Ademais, recorde-se que muitas das políticas públicas contam, para sua estruturação e execução, com bens e serviços prestados por agentes privados, igualmente impactados por esse cenário.

Diante disso, os autores do projeto de lei nº 8.058, em sua justificativa manifestam-se no sentido de que conquanto doutrina e jurisprudência já tenham fixado limites ao controle, “remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes”. Na sequência, a justificativa do projeto indica que é “preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo”.

Já o projeto de lei nº 349 expressa que “os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle”. Mais adiante o documento apresenta na justificativa o destaque à colocação de parâmetros igualmente aos membros do Judiciário quando manifesta que “o projeto em apreço propõe medidas para neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública”.

Importa bem dimensionar que os projetos de lei, ao estabelecerem limites para as relações entre Poderes e setores sociais entre si, não engessa a atuação dos agentes, mas antes fixa parâmetros mais explícitos de relacionamento e defesa de suas posições, conforme se verá na exposição de cada qual nos subitens subsequentes.

Os projetos de lei selecionados não pretendem instaurar qualquer tipo de revolução em suas áreas (hipóteses) de aplicação, tampouco se propõem a descrever e disciplinar minuciosamente todo e qualquer tema que possa envolver o controle de política pública ou as relações entre Estado e agentes privados. Perceba-se que o papel almejado pelos projetos de lei, não reside em formular previamente escolhas, mas antes favorecer que as escolhas ulteriormente tomadas sejam refletidas de forma mais transparente, dialogada, com consideração dos impactos de diversas ordens.

Os exemplos práticos selecionados para análise mais detida, apesar de serem potenciais inserções no ordenamento, não parecem trazer em si qualquer tipo de convulsão, por não se proporem a fornecer tratamento incipiente (“do zero”) a algumas das práticas ali contempladas. Portanto, apesar de poderem vir a serem dispositivos (ou mesmo lei) novos no ordenamento, acredita-se que inserir-se-iam mais como uma evolução nos moldes do método da ramescência proposta por Charles Lindblom⁵⁸⁶.

Por método da ramescência ou modelo das sucessivas comparações limitadas (ou ainda incrementalista), o autor procurou propor um método em que, na tomada de decisão, os meios e fins são indissociáveis, de modo que a seleção de metas e valores ocorre de forma simultânea, com base na experiência passada. A partir dessas premissas desenvolve-se uma “racionalidade social”, cujo campo de análise é deliberadamente reduzido, bem como o uso de teorias, prevalecendo na realidade a sucessão de comparações. Assim, o que se tem é a admissão de que a decisão possa ser construída continuamente, a partir da situação presente, recriada passo a passo e em pequenas etapas.

No método da ramescência o foco reside na edificação (construção) sobre o passado apenas na medida das experiências incorporadas. No incrementalismo a considerada boa política não é o melhor meio, mas a concordância sobre uma decisão política. Além disso, por esse método (da ramescência), a política é formulada e reformulada indefinidamente, por um processo de sucessiva aproximação a alguns objetivos desejados, de modo que as decisões não são as soluções finais para os

⁵⁸⁶ LINDBLOM, Charles. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento - Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2010. pp. 161-180.

problemas (sendo incorporados no horizonte os elementos imprevistos e déficits de informação).

Já no denominado método da raiz há uma racionalidade aplicável apenas a problemas simples, não sendo aplicável pelos gestores públicos. No método da raiz os valores são pré-selecionados e a partir deles são definidas as propostas e decisões, sendo que a decisão deve ser reiniciada cada vez a partir de suas bases, edificando-se sobre o passado. De acordo com Charles Lindblom⁵⁸⁷, esse método “pressupõe capacidades intelectuais e fontes de informação que as pessoas simplesmente não possuem e revela-se uma abordagem ainda mais absurda para a decisão política quando se verifica que o tempo e o dinheiro alocáveis a um problema em apreço são limitados, como aliás sói acontecer”.

Tendo em conta esses dois métodos (método da ramescência e método da raiz), as decisões em torno das políticas a serem adotadas pelos administradores públicos estariam habitualmente mais vinculadas ao método da raiz⁵⁸⁸. Mesmo quando atenta-se ao controle judicial, não seria adequada (apropriada) a utilização do método da raiz, que pressupõe que a decisão deva ser iniciada cada vez de novo (a partir dos fundamentos).

Inclusive, em lembrança aos doutrinadores que propugnam pela quase inexistência da discricionariedade administrativa (mencionados em itens anteriores), em muito se assemelham aos propósitos do denominado método da raiz, de cunho racionalista e em certa medida revolucionário sobre aquilo que já existe.

Muitos são os dispositivos válidos e vigentes promulgados décadas antes da Constituição Federal de 1988, cuja interpretação foi conformada ao ulterior ordenamento constitucional colocado em vigência. Nesse sentido, o próprio ordenamento e sua aplicação caminham por trilhas filiadas à ramescência dos entendimentos e

⁵⁸⁷ LINDBLOM, Charles. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento - Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2010. pp. 161-180. p. 163

⁵⁸⁸ De acordo com Charles Lindblom, “[...] a literatura sobre tomada de decisão, formulação de políticas, planejamento e administração pública, sanciona a primeira abordagem, em vez da segunda, deixando os administradores públicos, que lidam com decisões complexas, na posição de praticar aquilo que poucos pregam”. *Op. cit.* p. 164

decisões, de modo que não foi necessário revogar toda e qualquer lei que fosse anterior à Constituição Federal de 1988.

Em semelhante sentido, a evolução (adaptação), em lugar da revolução, seria capaz de permitir que a decisão fosse construída continuamente a partir da situação presente (passo a passo e em pequenas etapas), como uma releitura (nova interpretação) àquilo que já existe. Como afirmado por Charles Lindblom⁵⁸⁹: “passos incrementais podem ser dados rapidamente porque são apenas incrementais. Eles não entornam o caldeirão, não suscitam grandes antagonismos e grandes dissidências paralisantes, como o fazem as propostas de mudanças mais drásticas”.

Os exemplos práticos selecionados possuem entre si outra distinção notável, que será melhor elucidada nos subitens seguintes, especificamente as distintas inserções que cada um deles projeta nas políticas públicas e pelos impasses que visam mitigar. Assim, relativamente à aplicabilidade dos projetos de lei selecionados em matéria de “políticas públicas”, inicialmente é importante compreender que essa locução é plurívoca, da qual que não se pode extrair uma definição plena, nem mesmo um conceito jurídico. Assim, cogitar a respeito dos projetos de lei contemplarem ou não toda e qualquer política pública seria *a priori* insensato. Dessa maneira, antes de empreender reflexão sobre a abrangência e aplicabilidade dos projetos de lei a toda e qualquer política pública, parece mais pertinente considerar que as redações iniciais dos projetos de lei o tornam de aplicabilidade ampla por não remeterem a temas específicos.

Uma das diferenças mais aparentes entre os projetos de lei selecionados refere-se aos seus destinatários mais imediatos (diretos). Enquanto o projeto de lei nº 8.058 busca interlocução com o Poder Judiciário, na medida em que traça parâmetros para o controle realizado pelo juiz, o projeto de lei nº 349 visa comunicar-se com gestores públicos e agentes privados. Contudo, o projeto de lei nº 349 é mais amplo, pois, apesar do foco mencionado, em muito se comunica com qualquer decisão que tenha impacto nas relações firmadas pelo Poder Público sejam agentes dos tribunais de contas, outros órgãos de controle e mesmo juízes.

⁵⁸⁹ LINDBLOM, Charles. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento - Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2010. pp. 161-180. p. 189

Note-se, contudo, que ainda que os projetos de lei visem cada qual mais diretamente os operadores de distintos Poderes, ainda assim fazem-se muitas vezes parcialmente (e/ou indiretamente) coincidentes, quando condicionam reciprocamente a atuação dos envolvidos e os efeitos que projetam na realidade. A título de exemplo, adiantou-se o conteúdo do projeto de lei nº 8.058, que nos incisos do artigo 6º orienta o juiz a solicitar informações detalhadas que serão prestadas pelo gestor público responsável por determinada política pública. Assim, o gestor público, ciente de que poderá sofrer controle judicial sobre a política pública que conduz, de antemão providenciará a estruturação das informações que lhe serão posteriormente requisitadas, como relativas ao planejamento, cronograma de execução e orçamento.

Os exemplos práticos, assim, almejam regular fases distintas das políticas públicas e as contratações subjacentes a elas. A grosso modo, o projeto de lei nº 349 visa conferir balizas às etapas iniciais das políticas públicas, como na concertação entre agentes (pelo firmamento de contratos públicos administrativos), ao passo que o projeto de lei nº 8.058 atine mais diretamente ao trecho se não final da política pública em si (que não necessariamente possui fim), mas final de determinada etapa (até pela expedição de ato administrativo específico) que possa suscitar o controle judicial.

Em que pesem as diferentes fases que os projetos de lei, se convertidos em lei, atingiriam nas políticas públicas, ainda assim agiriam no conjunto de instrumentos normativos que possam conformar muitas políticas públicas, como mencionado anteriormente. Em vista disso, conquanto ao administrador público não caiba proceder à aplicação do projeto de lei nº 8.058, mesmo assim, ciente de que ulteriormente poderia passar pelo crivo judicial com a aplicação de referida regência normativa, (inclusive podendo ter a seu encalço um comissário judicialmente designado) certamente ele tomaria precauções (ou assim se era de esperar de uma boa gestão calcada pelos princípios da eficiência e do interesse público) para evitar, ou no mínimo, melhor responder às demandas, sob a égide do controle judicial, que lhe serão formuladas (de alguma maneira blindando o próprio projeto que coordena).

Por conseguinte, a aplicação dos projetos não se dá de maneira estanque nem em relação aos destinatários, nem à fase temporal que visam impactar na

política pública; na realidade, contemplam múltiplos níveis de análise, tendo em vista que as decisões tomadas em um nível normalmente envolverão regras de outro nível.

Como foi possível observar durante o desenvolvimento deste item, a abordagem será voltada à pesquisa de *lege ferenda*, dado que se volta a atenção à análise de leis em abstrato. A opção por este tipo de pesquisa, com a utilização de exemplos práticos, se fez necessária justamente para que a hipótese do trabalho, acerca da possibilidade da positivação de limites contribuir para o melhor desenvolvimento de políticas públicas bem como seu controle judicial, fosse desenvolvida.

Ressalte-se, contudo, que a pesquisa não se volta à análise da viabilidade dos projetos de lei virem a ser aprovados no âmbito legislativo, dado que discorrer sobre a tramitação de projetos legislativos no Congresso Nacional se mostra tarefa hercúlea e sujeita a contingências de ordens praticamente imprevisíveis, pois é sabido que a tramitação envolve passagem pelas comissões técnicas nas casas legislativas, bem como pelo interesse dos parlamentares e dos partidos, além da articulação do governo.

Nos subitens subsequentes será apresentada a forma pela qual os projetos de lei visam conferir tratamento às áreas limítrofes. Como já ressaltado, os projetos de lei mostram-se atrativos justamente por não buscarem revoluções, mas de maneira progressiva condicionarem mudanças convenientes em tema tão recorrente nos mais diversos locais e entes federativos. Ainda brevemente buscou-se demonstrar que os projetos de lei seriam aplicados a toda e qualquer política na medida em que atingiriam operadores de Poderes distintos. O que se busca evidenciar através dos projetos de lei é como eles podem servir de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não só dos direitos por seus executores e interessados diretos (contratados privados, cidadãos etc.), como igualmente os órgãos de controle, em especial o Judiciário.

4 - PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS Nº 8.058 DE 04/11/2014

O projeto de lei nº 8.058 foi apresentado pelo Deputado Federal Paulo Teixeira em 04 de novembro de 2014 na Câmara dos Deputados. Em sua justificativa⁵⁹⁰ para a apresentação do projeto, o parlamentar aduziu que o controle jurisdicional de políticas públicas integra a realidade dos tribunais no Brasil, ressaltando que ainda que tanto o campo doutrinário como jurisprudencial tenham se voltado ao tema “fixando limites ao próprio controle” e elaborando parâmetros na forma de princípios relativos ao assunto, persistem dúvidas que consternam juízes pelas “dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes”. Ainda em sede da justificativa do projeto de lei, verificam-se argumentos sobre as dificuldades enfrentadas por juízes no momento de decidir atos integrantes de políticas públicas, que seriam majorados pela:

“[...] falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas”.

Diante desse cenário, o projeto de lei, de acordo com a justificativa com que foi proposto, apresenta-se como uma tentativa legislativa de “fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes”, ao passo que para o enfrentamento da questão, seria necessário “criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, de natureza dialógica e colaborativa, com ampla intervenção do Poder Público e da sociedade”. Assim, resta explícito que o projeto de lei ganharia a forma de “um novo processo adequado à tutela jurisdicional dos chamados conflitos de ordem pública”.

O parlamentar proponente admite que a fixação do procedimento previsto no projeto de lei, teria o condão de evitar que a intervenção judicial em políticas públicas criasse o que ele chamou de “problemas insolúveis para a Administração e para a população”, conferindo ao juiz parâmetros para a elaboração de decisões com maior

⁵⁹⁰ Justificativa apresentada com o projeto de lei nº 8.058, disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>

“equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão que está em jogo, sem se substituir ao administrador”.

Atente-se que o juiz, uma vez provocado a controlar determinada política pública (ou fração dela) também “deverá acompanhar a execução que, por sua vez, há de ser flexível para a efetividade do comando judicial”. Dessa perspectiva, haveria por parte do projeto de lei a pretensão de dar maior efetividade à sentença judicial, na medida em que esta é construída de maneira mais adequada ao objeto de controle. Além disso, na medida em que se aumenta essa efetividade do controle judicial, ocorre igualmente um fortalecimento institucional do próprio Poder Judiciário, que melhora seus processos de decisão para deixar de ser visto como Poder desprovido de coesão (que age como que salvador de casos isolados, em detrimento de outros tantos), dando assim maior universalidade a suas intervenções.

Ainda que se tenha tratado, no capítulo anterior, das características que conformam o controle judicial de políticas públicas (e a discricionariedade que as cercam), o exame mais detido do projeto de lei nº 8.058 auxiliará a elucidar (evidenciar) quais processos decisórios no controle do Judiciário estariam falhando e quais são as medidas propostas para mitigá-los. Muitos dos temas já expostos em capítulos anteriores serão resgatados durante o discorrer da análise do projeto de lei nº 8.058.

4.1 – PRINCÍPIOS E O CONTRADITÓRIO AMPLIADO NA COGNIÇÃO JUDICIAL

Os princípios enunciados já no artigo 2º do projeto de lei nº 8.058 possuem, ainda que de maneira mais abstrata, o efeito de fixar limites e parâmetros aos membros do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Mas essa exposição de parâmetros vai além, com a exposição no parágrafo único desse mesmo artigo das características que devem qualificar o rito do processo, nomeando-as, bem como sintetizando seus respectivos conteúdos.

Sobre a razoabilidade, já foi destacada acima como um dos princípios enunciados pelo projeto de lei em seu artigo 2º, inciso II. Contudo, o próprio projeto de lei nº 8.058 resgata o termo em outras passagens, como quando estabelece que as informações suplementares devem ser prestadas pela autoridade responsável em “prazo razoável, fixado pelo juiz” (artigo 9º, *caput*). Atrai ainda mais atenção a utilização do termo em outras duas passagens: quando a redação exige que haja “razoabilidade do pedido e da atuação da Administração” (artigo 14, *caput*), bem como “razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração” (artigo 28, *caput*).

Assim como se espera que o gestor público não tome decisões, principalmente aquelas com caráter coletivo, de maneira só, ainda que imbuído das melhores intenções para compreender e cumprir o interesse público, semelhante paralelo poderia ser feito aos juízes, que apesar de legitimamente empossados para tomarem decisões (em último grau de análise), ainda assim devem ser receptivos às manifestações do universo de pessoas que podem ser impactados por sua decisão.

Sob esta perspectiva, pode-se considerar que o projeto de lei nº 8.058 adentraria o ordenamento estremecendo a rotina da atividade jurisdicional, e não só da atuação Judiciária como dos demais Poderes, ainda que de maneira indireta. Portanto, faz-se preciso visualizar e, principalmente, escutar as partes fora dos autos, ponderando as possíveis consequências em maior escala e, por que não dizer, melhor motivar sua decisão, seja ela qual for.

Essa preocupação é transmitida em alguns trechos do projeto, o qual apresenta a característica policêntrica (artigo 2º inciso II) e de cognição ampla e profunda (artigo 2º inciso IV) do processo. Reconhece-se assim que existem envolvidos que são impactados pela decisão ainda que estejam fora da relação processual, tema igualmente aventado no desenvolvimento do trabalho.

Inclusive, no artigo 3º, *caput*, a “ação coletiva” é mencionada como instrumento processual por excelência a ser veículo das pretensões que busquem o controle judicial de políticas públicas. Contudo, o parágrafo único do mesmo artigo ressalva que qualquer espécie de ação poderá ser utilizada (admitida) para a implementação ou correção de política pública.

Relativamente ao tema das ações individuais e coletivas, ele se faz amplo, mas para os objetivos que aqui se pretendem, ressalte-se sobre o assunto que o projeto de lei nº 8.058, no *caput* do artigo 22, assevera que mesmo o processo envolvendo questão individual ou coletiva, ou seja, não sendo objeto específico da ação o controle de políticas públicas, ainda assim, o juiz poderá de ofício (ou a requerimento das partes) instaurar incidente que dará o tratamento de controle abrangente da política pública que concerne à ação inicial. O mesmo raciocínio é espelhado no artigo subsequente (artigo 23), pelo qual mesmo para causas cujos pedidos sejam diretos ou mesmo indiretos em relação à implementação de políticas públicas, independentemente de conexão, reunidas para julgamento conjunto.

A proposição da reunião se justifica, conforme trata de expor a redação proposta para o artigo 23, para munir o juiz de “todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível”. Veja-se que, ao primar pela decisão coletiva (não apenas no *caput* do artigo 23, mas também no *caput* do artigo 25), acaba-se por combater a externalidade negativa realçada quando se tratou, no início da pesquisa, do prejuízo daqueles que se encontram mais inconscientes e desprovidos de condições para reivindicar seus direitos.

Relativamente ao contraditório e cognição ampliadas, assim como à ponderação das consequências e os efeitos coletivos da decisão judicial, o projeto de lei nº 8.058/14 caminha para o alinhamento de alguns dos desafios e perspectivas

enunciados por Flávia Piovesan para que o Judiciário se posicione como garantia e instrumento de distribuição de justiça e efetiva proteção de direito na experiência brasileira. Destacou-se dois deles. Primeiramente por otimizar a litigância como uma estratégia jurídico-política de proteção dos direitos humanos.

De acordo com a autora⁵⁹¹, casos de impacto social seriam capazes “de fomentar transformações sociais na esfera das políticas públicas”; assim, o projeto de lei nº 8.058/14 adquire mais destaque. Além disso, introjeta-se na “consciência social” que o Poder Judiciário “não tem apenas por vocação proteger direitos, mas também expandi-los e ampliá-los, vivificando os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, e não fossilizando-os”. A autora⁵⁹² explica ademais, que a racionalização e planejamento do aparato jurisdicional só ocorreria com a “elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional”, o que encontra paralelo nos artigos 26 e 27 do projeto, que respectivamente criam o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas e o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

Além de uma diferenciação no processo de conhecimento e formação da convicção judicial sobre a causa, veja-se que se ao administrador atualmente é exigida a manifestação dos motivos, explicando sua convicção e chamando à participação os interessados na matéria, analogamente poderia ser trilhado pelo juiz semelhante processo que, identificando o caso *sub judice* com repercussão para além dos autos (seja a repercussão orçamentária ou de prestação positiva do direito social), o juiz deveria se cercar de processo semelhante de conhecimento, que é o que em grande medida visa o projeto de lei nº 8.058.

Pela característica estrutural e dialogal (artigo 2º, parágrafo único, inciso I e III respectivamente), percebe-se em mais essa ocasião a exteriorização do juiz no papel de mediador de alguma das fases das políticas públicas. Interessante notar que a característica estrutural do processo especial de controle de políticas públicas seja a primeira a ser enunciada, colocando assim especial enfoque (evidência) de que os Poderes de Estado devem aprimorar o diálogo institucional a fim de minimizar

⁵⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 587/590

⁵⁹² *Op. cit.* p. 592

desentendimentos. Outro ponto que se depreende da característica estrutural é justamente a busca pela preservação do princípio constitucional da separação dos Poderes. Note-se que todos esses três temas, papel mediador do juiz, o desenvolvimento do relacionamento entre instituições e o princípio da separação dos Poderes foram objeto de análise anteriormente. Pelas características colaborativas e participativas do processo (artigo 2º, inciso V) revela-se aquilo que amiúde pontuou-se como democracia participativa.

Outro aspecto revelador do projeto de lei remete a aspecto crítico da participação e alguns de seus entraves. O artigo 18, inciso I, ao tratar o encaminhamento de uma decisão judicial, prevê que a política pública alvo da demanda “será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil”. Veja-se, portanto, que existe claro critério balizador da amplitude do debate a ser promovido em razão direta à possibilidade e adequação. Inclusive, sobre ser “possível e adequado” para a participação, nos termos do artigo 18, § 2º.

Justamente, nesse crivo de possibilidade e adequação, poder-se-ia incorrer em um comando cuja aplicabilidade restasse prejudicada. Como alerta Thiago Marrara⁵⁹³, ainda que efeitos benéficos sejam almejados, isso não os despem do caráter tendencial, ou seja, “em um ou outro caso concreto, eles, eventualmente não serão produzidos”. O autor vai além, inclusive observando que ainda que houvesse participação, esse fato por si só não agregaria de modo imediato um benefício, tendo em vista serem estes potenciais e não efetivos (dado que “os mecanismos participativos são ainda capazes de distorcer o processo decisório”).

⁵⁹³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 36

4.2 – INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES

Esse condicionamento à maior consensualidade (e não somente convicção do juiz) pode ser observado no artigo 2º, parágrafo único, incisos VII e VIII, que manifestamente atraem conteúdos consensuais quando preconizam como característica do processo especial de controle jurisdicional de políticas públicas justamente a colocação de informações ao debate e controle sociais (seja processual ou extraprocessual), bem como a preferência por soluções consensuais que, uma vez construídas, possam também ser executadas de comum acordo com o Poder Público.

O consenso é insculpido como princípio da mediação, conforme artigo 2º, inciso VI, da Lei Federal nº 13.140/15. Inclusive, para a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público, o artigo 32 do mesmo diploma faculta a criação, por qualquer ente federativo, das “câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos”. O artigo 32, § 3º, inclusive, aventa que o consenso entre as partes será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial⁵⁹⁴.

Alinhado à construção consensual da decisão judicial, algumas das características enunciadas no projeto de lei nº 8.058 (artigo 2º, parágrafo único, inciso VI) parecem derivar da consensualidade é a flexibilidade quanto ao procedimento que deve buscar “ser consensualmente adaptado ao caso concreto”. Veja-se, a esse respeito, que o projeto de lei nº 8.058 possui alinhamento com o projeto de lei nº 349 (objeto do próximo capítulo do trabalho) ao tentar colocar a consensualidade como princípio que deve irrigar a ação dos gestores públicos.

Os artigos 26 e 27 do projeto de lei nº 8.058 trazem previsões de criação de bancos de dados a serem geridos pelos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. A criação dos Cadastros Nacionais tanto de Processos sobre Políticas Públicas como dos Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta visam permitir que órgãos, co-legitimados e mesmo interessados possam ter meios adequados de acessar e acompanhar informações relevantes sobre o tema. Curioso notar a

⁵⁹⁴ No ensejo do debate, a consensualidade e a flexibilidade de decisões já foram incorporados no ordenamento pátrio que dispõe justamente sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública (Lei Federal nº 13.140/15).

similaridade com a norma infraconstitucional por excelência voltada ao acesso à informação, a Lei Federal nº 12.527/11, a qual dispõe em seu artigo 30 sobre uma espécie de cadastro que todo órgão ou entidade deverá anualmente publicar, inclusive pela internet, incluindo rol de documentos classificados em cada grau de sigilo, bem como relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos.

Flávia Piovesan⁵⁹⁵ manifesta-se, a respeito do tratamento estatístico (que corrobora com a compreensão e informação, essenciais à reflexão e evolução), aduzindo que a sistematização dos dados estatísticos visando o aprimoramento da prestação jurisdicional, agrega maior racionalização e planejamento do aparato jurisdicional. Assim, a elaboração de indicadores para avaliar o funcionamento da justiça e a eficácia da prestação jurisdicional se faz essencial, juntamente da adoção de uma metodologia que se mostre adequada para a coleta de dados estatísticos.

Inclusive, essa coleta e processamento estatístico de dados também incide na área governamental, como informa Maria Paula Dallari Bucci⁵⁹⁶. Segundo ela, o aprimoramento da apresentação das informações solicitadas pela sociedade, tem-se buscado realizar através da criação de “indicadores estatísticos de gestão de políticas públicas”, tendo em vista a intensificação das comunicações e de tecnificação da gestão pública. Segundo a autora, trata-se sob esta perspectiva de um passo além ao acesso e transparência das informações públicas, abrangendo assim uma comunicação mais propícia com os eleitores.

⁵⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 592

⁵⁹⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 164

4.3 – DA FLEXIBILIDADE À EFETIVIDADE DA SENTENÇA JUDICIAL

Ponto que atrai a atenção na estruturação do projeto refere-se ao cumprimento da sentença. Tacitamente, depreende-se da leitura do artigo 19, *caput* (“[p]ara o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação de tutela [...]”), que existem casos cuja sentença judicial não seja efetiva (uma vez que se assim não fosse, a redação seria de aplicabilidade bastante reduzida, senão descabida a previsão de dispositivo legal nessa direção). O projeto de lei inclusive prevê, no artigo 19, para auxiliar o juiz no cumprimento da sentença o chamado “comissário”:

Artigo 19 - Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

A atenção dada à efetividade da sentença inclusive, pode ser apreendida pela leitura do artigo 2º, parágrafo único, inciso XI, do projeto de lei nº 8.058, o qual retrata o tema da abertura para participação, ou seja, da publicidade necessária para que o controle possa ser feito por interessados que estejam atuando sob a supervisão do juiz. Justamente essa preocupação com a efetividade, alinha-se a uma atenção para com os resultados da discussão já judicializada.

Outro ponto destacável dessa busca pela efetividade da sentença é perceptível por um ponto de aproximação do modo de atuação dos juízes aos dos gestores públicos. De acordo com o artigo 20, *caput*, do projeto de lei nº 8.058, o juiz poderá alterar sua decisão ainda que já esteja em sua fase de execução, com o fim de ajustá-la às peculiaridades do caso concreto. Veja-se, que essa possibilidade de adequação implica na possibilidade de o juiz rever sua decisão diante da “hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas” ou mesmo se sua decisão “se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente”.

Na redação do dispositivo, há a possibilidade de o juiz reformar sua decisão inicial em duas situações: “hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas” ou mesmo se sua decisão “se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente”. Justamente essa possibilidade do juiz reformar (adaptar) sua decisão em muito se assemelha à oportunidade conferida ao administrador público para sanear determinada etapa (ato) administrativa da política pública que é verificada pela expressão “implementação ou correção” em diversas passagens do projeto de lei nº 8.058, de modo que a sentença não se mostra como algo definitivo que forneça uma segurança jurídica atemporal. Essa flexibilização se coaduna com as evoluções pontuais e contínuas que aprimoram o relacionamento inter-institucional.

A flexibilidade da decisão judicial em controle de políticas públicas suscita questionamento bastante prolíficos sob dois vieses. Primeiramente deslocando, mediante ao já tratado alargamento do princípio da legalidade, do paradigma de atuação do gestor público que outrora deveria ser tão alicerçada (e cerceada) pela legalidade estrita (de algum modo estanque e inflexível). O segundo viés refere-se à discricionariedade da própria decisão (seja ela administrativa ou judicial) quanto à perspectiva temporal, que de alguma forma altera aquilo que se caracterizaria como coisa julgada; assim, ainda que “julgador último”, o produto do julgamento (a sentença) será ora ou outra calibrado para melhor adequar-se à efetividade da solução do caso concreto.

Relativamente à flexibilização, destaca-se igualmente no inciso IX (reforçado no inciso X) do artigo 2º, parágrafo único, a tentativa de condicionar a emissão da sentença ao encontro das soluções que se mostrem a um só tempo “justas, equilibradas e exequíveis”. Curioso notar-se, neste aspecto, que o juiz quando tem consigo o dever de emanar uma sentença (ou decisões interlocutórias), dada a complexidade que revestem questões atinentes a políticas públicas, acaba sendo impelido a conceber sua convicção de modo flexível que não torne seu cumprimento um prejuízo sobre o desenvolvimento da política ou mesmo reverberações sobre outros programas (políticas públicas). Veja-se que para além de flexíveis, as obrigações judicialmente determinadas poderão ser progressivas (artigo 2º, parágrafo único, inciso IX) ou sucessivas (artigo 18, *caput*), bem como abertas (artigo 2º, parágrafo único, inciso IX e

do artigo 18, *caput*). Exemplos do que constituiriam essas decisões revestidas dessas quatro características são reveladas nos incisos do próprio artigo 18.

4.4 – DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM EVOLUÇÃO

Em uma leitura menos detida de alguns artigos do projeto de lei nº 8.058, poder-se-ia notar que uma das consequências emanadas pelos direcionamentos que o juiz poderia dar à causa (como os previstos no artigo 18) seria a degradação do princípio da separação de Poderes na medida em que não seria dado ao administrador público prazo e possibilidade para que ele promovesse adequações próprias, que não as definidas pelo controlador judicial. Assim, analisado sob este aspecto, pareceria uma autorização legalmente expressa à entrada no campo de competência alheio, dado que não seria facultado ao agente omissor tomar providências que suprissem sua falha.

Contudo, uma análise mais cautelosa do texto legal como um todo expõe condições que diferenciam da ingerência sobre competências alheias no relacionamento entre os Poderes. Evidência desse fenômeno é visível ao direcionar o juiz à busca do conhecimento dos dados básicos que informem determinada política pública (artigo 6º incisos I, II, III, IV e V), de modo que o que sobressai do relacionamento não é tanto uma substituição do administrador pelo juiz, mas antes possivelmente um relacionamento mais ponderado (razoável) entre Poderes, como aventado anteriormente na pesquisa.

Sem embargo, de qualquer modo ainda assim no projeto de lei nº 8.058 fica bastante evidente que entre “controle” e “intervenção” existe uma zona nebulosa, tanto que o *caput* do artigo 1º esclarece que o escopo do processo especial reside no “controle e intervenção em políticas públicas”, apesar da diferenciação semântica, a confusão entre eles permanece imiscuem.

De qualquer modo, ainda tratando do tema sobre a interferência entre competências de Poderes distintos, em comentário ao controle realizado pelos Tribunais de Contas, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara⁵⁹⁷ aduzem que realizar a

⁵⁹⁷ Outra justificativa apresentada pelos autores em sede de controle por Tribunal de Contas, que não seria comportada em sede de controle pelo Poder Judiciário, se refere à oportunidade do administrador resistir ao posicionamento do Tribunal de Contas, “insistindo na legalidade do negócio e em sua continuidade”. Os

“devolução do assunto à autoridade administrativa” não constituiria por parte do tribunal “qualquer ordem ou adoção direta de qualquer providência” no ensejo do controle. Os autores alegam que essa oportunidade de saneamento se justificaria, pela oportunidade de realização do “alinhamento consensual entre controlado e controlador”. Talvez, apesar de não tão evidentes nas passagens do projeto de lei nº 8.058 em que o juiz pode cominar obrigações de fazer ao ente público, não legando à liberalidade da autoridade pública o saneamento da política (ou sua correspondente parte), ainda assim a proposta legislativa visa conferir esse alinhamento consensual em um plano judicial mais amplo informado por outros segmentos sociais e não só pela convicção do juiz.

Observa-se que o projeto de lei aproxima o Judiciário da atividade governamental, para que haja a “construção do consenso”, bem como a formulação de “comandos flexíveis e exequíveis”, de modo que mesmo diante do controle o juiz não substitua ao administrador público. A respeito destes pontos, a atuação do juiz se não se confunde com o gestor público, acaba gerando certo paralelismo.

A título de exemplo, observe-se que assim como existe crescente exigência do administrador público munir o processo de elaboração de determinada fase da política pública de subsídios que informem àqueles que realizarão a fiscalização, em semelhante sentido o juiz (que não obstante a força executiva que sua sentença possui), toma progressivamente ciência das deficiências para seu fiel cumprimento. Nesse cenário, o projeto de lei nº 8.058 almeja conferir parâmetros que não apenas orientem o controle judicial de determinada política pública, como igualmente possam equipar a sentença judicial de maior exequibilidade e harmonia com as atividades de outros Poderes e a democracia participativa.

Dessa forma, o juiz assemelha-se ao gestor público, que não pode ser categórico (de convicção formada individualmente) mesmo quando de alguma forma munido de competência para expressar interesses públicos sem a devida publicidade e debate, ou mesmo no curso do projeto não aprimorá-lo na medida de suas vicissitudes e

autores advertem, nesse ensejo, que “é indubitável que, diante da pronúncia do Tribunal de Contas no sentido da necessidade de adequar determinada prática contratual, haverá forte incentivo para o atendimento da medida por parte do responsável”. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220. p. 200

casuística, como bem infere-se do vocábulo que o denomina “gestor”, “administrador” ou mesmo “mandatário”.

4.5 – ARTICULAÇÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No projeto de lei, artigo 18, § 2º, fica bastante evidente a possibilidade do planejamento da política pública ser realizado, na arena judicial, uma vez que a organização já traçada pela Administração Pública poderá ser alvo de debate entre juiz, ente público, autor da ação, Ministério Público e até mesmo membros da sociedade civil.

A este respeito um efeito positivo do que ocorria, ainda que sem permissão legal adequada. O Judiciário ao passar a interferir em políticas públicas necessariamente terá que apreender em seu exame aspectos relativos ao planejamento, destinação orçamentária de recursos públicos, comunhão de interesses, cuja quantidade ofertada usualmente estará aquém da demanda. Veja-se inclusive, ainda sobre o planejamento, que o artigo 18, § 3º o submete não apenas à fiscalização (e controle) judiciais, como à homologação que antecederá sua execução.

Diversas políticas públicas possuem fases que envolvem conhecimentos técnicos (específicos). Assim, faz-se notável que o artigo 8º, § 1º, mencione que a autoridade responsável (gestor público) poderá ser auxiliado na prestação judicial de esclarecimentos de “assessores técnicos especializados”; bem como o juiz poderá “utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações”. Duas considerações são obtidas através dessas passagens: a primeira delas relativamente à mais uma demonstração da aproximação entre gestores públicos e juízes quanto às pressões sofridas no exercício de suas funções. E segundo, pelo grau técnico (e de grande especificidade) que algumas políticas em discussão possam suscitar tanto que o parágrafo único do artigo 28 do projeto de lei nº 8.058 prevê “comissão de especialistas destinada a

assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas”. Afinal, como bem pontuou Thiago Marrara⁵⁹⁸, inexistente relação administrativa imune ao progresso técnico.

O inciso VII do artigo 2º do projeto de lei nº 8.058 na exposição de rol não taxativo de princípios elenca o “princípio do equilíbrio orçamentário” como um dos parâmetros que deverão reger o controle de políticas públicas. Inclusive, o *caput* do artigo 25 do projeto de lei nº 8.058 frisa a atenção que deve ser prestada a este princípio ao ressaltar que, recebendo o tribunal recursos cujos processos tenham por objetivo o controle judicial de políticas públicas relativas ao mesmo ente político e que possam “comprometer o mesmo orçamento”, deverão ser reunidos para julgamento conjunto. Observa-se, importante parâmetro ao controle judicial, que não poderá desviar-se daquilo que constitui a base motriz da esmagadora maioria das políticas públicas: o capital.

Contudo, ao mesmo tempo em que o projeto de lei nº 8.058 explicitamente revela consideração em relação a dos elementos estruturantes e mantenedores de praticamente toda política pública que é o recurso financeiro planejado e destinado a ela, galgando-se assim um melhor reconhecimento do princípio da reserva do possível; o projeto introduz fatores de atenuação deste mesmo princípio em diversas passagens. No artigo 18, inciso II, resta preceituado que o juiz poderá “determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida”. A atenuação também é visível quando o juiz, ao solicitar informações sobre a política pública ao ente público responsável pela efetivação daquela, dentre as cinco informações que cabe ao juiz não se furtar a exigir e tomar conhecimento elencadas no artigo 6º, três são relativas ao orçamento: os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação (artigo 6º inciso II); a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção (artigo 6º inciso III); e em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas (artigo 6º inciso IV). Veja-se que esse último tópico relativo ao orçamento igualmente atenua o equilíbrio orçamentário, interferindo nele ao passo que é controlado. Por conseguinte, não é demais concluir que pouco se faz em matéria de

⁵⁹⁸ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 43

prestações positivas de direitos sociais sem recursos para isso. Como se tratam de investimentos de cunho majoritariamente público, em alguma medida o projeto de lei nº 8.058 perpetua a irresponsabilidade do gasto público, que foge das metas, orçamento, planejamento, fatores tão caros ao crescimento mais equilibrado, sustentável e equânime.

Cumpra-se atentar que com a redação proposta no projeto de lei nº 8.058, se o pedido da ação abranger “mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada”, ao juiz é autorizada a concessão da antecipação da tutela sendo-lhe dispensado exigir informações a respeito dos recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação. Nesse mister, não é demais lembrar a explícita lição de Fábio Nusdeo⁵⁹⁹, para quem as necessidades humanas tendem a se multiplicar indefinidamente, ao passo que os recursos para o seu atendimento são rigorosamente limitados e finitos – numa palavra: escassos.”

O tema da eficácia diferenciada das normas após a promulgação da Constituição Federal de 1988 em muito se vincula à constitucionalização de muitos direitos e o clamor pela sua aplicabilidade (eficácia) imediata, o que torna, de acordo com Flávia Piovesan⁶⁰⁰, inadmissível a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental (daí o “constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais”). No tratamento a esse tema no desenvolvimento do trabalho, foram destacados aspectos que, como será visto adiante, encontram correspondente no projeto de lei nº 8.058.

O projeto de lei nº 8.058 cuida de evidenciar a força da efetividade do comando constitucional usando as expressões como “bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada” (artigo 7º, *caput* e artigo 28, *caput*), e “mínimo existencial” (artigo 2º, inciso III, artigo 7º, *caput* e parágrafo único e artigo 28, *caput*). A respeito dessa segunda expressão, sua definição vem explicada no parágrafo único do artigo 7º, o qual traduz como mínimo existencial aquele que toma em consideração “o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana”.

⁵⁹⁹ NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997. p. 46

⁶⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 529

4.6 – CONSIDERAÇÃO DOS IMPACTOS DA SENTENÇA

Tanto no artigo 28, *caput*, como no artigo 30, inciso I, aventam-se hipóteses de consideração dos possíveis (se não consequentes) impactos coletivos mesmo em se tratando de pedidos de tutela de direitos subjetivos individuais (ou seja, prestação positiva de direito social) nos casos em que a “solução possa interferir nas políticas públicas” e “tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível” (respectivamente).

Contudo, curioso e muito importante questionar-se a respeito da possibilidade de haver pedido ou solução proposta que não interfira em determinada política pública, ou mesmo que não tenha qualquer efeito coletivo, ainda que prestada individualmente. A redação do dispositivo fala em “possa interferir”, o que significa que a mera potencialidade, já enquadraria o caso *sub judice* à capacidade de lançar efeitos coletivos.

Nos artigos do Capítulo X (“Das ações individuais”) do projeto de lei nº 8.058 essa tendência de enfrentamento coletivo fica ainda mais clara. Segundo o artigo 29 do projeto de lei nº 8.058, “o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às ações coletivas para, querendo, ajuizar processo coletivo”, sobre as ações individuais que são trazidas ao campo do tratamento (processamento) coletivo. A leitura conjunta com o artigo 30, reforça o entendimento ao estabelecer que “o juiz poderá converter em coletiva a ação individual” (ou seja, ele não apenas poderá reunir o processo a outros, como o convertê-lo em ação coletiva). A reunião de processos que ocorre nos tribunais é incentivada na primeira instância, conforme consigna o artigo 23, *caput*: “vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político tramitarem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto”.

O tema da efetividade das sentenças ressurgiu a este ponto no *caput* do artigo 23 do projeto, quando este expressa que a reunião de processos tem a capacidade de gerar decisões mais exequíveis. O que também revela consideração acerca do impacto coletivo merecer tratamento coletivo, bem como pela igualdade de tratamento entre

pessoas em semelhante situação. O artigo 23, *caput*, ademais, visa manifestamente situar o juiz em posição que possa conhecer todos os dados necessários para formar sua convicção e emanar decisões da maneira mais “equitativa e exequível”.

O tema da universalidade das decisões ressurgue nos *capita* dos artigos 23 e 25 do projeto de lei nº 8.058 pelos quais se verifica que a reunião de processos tem a capacidade de gerar uma “decisão equitativa”. Na estruturação do projeto de lei nº 8.058 verifica-se em diversas passagens preocupação com a igualdade (isonomia de tratamento), transmitida por vocábulos como equidade e equanimidade no texto do projeto. Dessarte, buscam-se soluções que se mostrem a um só tempo “justas, equilibradas e exequíveis” (artigo 2º, parágrafo único, inciso IX), bem como que a “decisão equitativa e exequível” (artigo 23) ou “equânime e exequível” (artigo 25).

O artigo 30, inciso II, exige que seja assegurado “tratamento isonômico para todos os membros do grupo” e “padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária”, tendo em vista considerar “relação jurídica plurilateral” como aquela “cuja solução deva ser uniforme”. Vinculam-se a este propósito do projetos alguns princípios, como o da justiça social, o qual está previsto no artigo 2º, inciso IV; o princípio do atendimento ao bem comum (artigo 2º, inciso V); e o princípio da universalidade das políticas públicas (artigo 2º, inciso VI).

Mencione-se, a título de desfecho que o artigo 24, *caput* e parágrafo único (que integram o capítulo VII, “Das relações entre magistrados”) do projeto de lei nº 8.058, versa justamente a respeito da promoção de “encontros periódicos” para promover o “conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria”. Dos encontros participariam “os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas”. A respeito, vê-se que a efetividade, sem a coerência quanto a sentenças semelhantes para casos semelhantes, restaria incompleta.

Caso aprovado o projeto de lei nº 8.058/14, as diferenças entre os participantes eventuais em litígios frente ao Poder Público e os litigantes habituais (mais organizados, ou com recursos e conhecimento para tanto) iria diminuir, para além de concentrar melhor manifestação de justiça em que pese as diferenças entre as partes

(processuais e extraprocessuais) atingidas, legando ao procedimento de cunho bilateral um benéfico alargamento de fronteiras.

Em vista do exposto sobre o projeto de lei nº 8.058/14, pode-se concluir que este vem corroborar a necessidade expressada por Flávia Piovesan⁶⁰¹ de que o sucesso da atuação estatal se condiciona “à tarefa de repensar e reimaginar a atuação estatal sob uma nova lógica e referência”. A funcionalidade do projeto de lei nº 8.058/14 à luz da responsabilidade geral do Estado pela consolidação da cidadania pode ser observada quando atenta-se para a mudança de paradigma de tratamento, ou seja, absorve-se mais e mais a perspectiva coletiva do direito e sua aplicação estatal. De acordo com a autora⁶⁰², atualmente o Judiciário encontra-se reiteradamente acionado por grupo específico da sociedade, qual seja, “aquele que dispõe de mais recursos econômicos, sociais e intelectuais”. Assim, a lei em abstrato tem o condão de prevenir aquilo que outrora se reconheceu quanto ao préstimo jurisdicional: “o Judiciário deixa de ser utilizado para a garantia de direitos e passa a ser procurado principalmente para se obter vantagens”.

⁶⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 545/547

⁶⁰² *Op. cit.* p. 585/586

5 - PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 349 DE 09/06/2015

O projeto de lei nº 349 foi apresentado pelo senador Antonio Anastasia em 09 de junho de 2015 no Senado Federal, todavia esclareça-se que a concepção original foi dos professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto⁶⁰³, os quais publicaram em 2013 a redação inicial do projeto de lei na obra “Contratações Públicas e seu Controle”.

No entendimento do senador proponente⁶⁰⁴, a partir da década de 1980 houve um positivo fortalecimento de órgão de controle (internos e externos) no país, que ainda não cumpriu seu ciclo de amadurecimento, tendo em vista que os “mecanismos atuais nem resolvem singelos conflitos de visão, nem evitam voluntarismos dos controladores”. Por isso, ele entende que há necessidade de “corrigir” isto de modo que as alterações (tão normais e necessárias) das regras se concilie com o valor da segurança jurídica. Essa mudança proposta pelo congressista almeja proteger pessoas e organizações da vivência incômoda do “permanente risco e instabilidade”.

Na justificativa apresentada pelo parlamentar proponente, a consolidação da democracia juntamente com a institucionalização do Poder Público contribuíram para o desenvolvimento de ampla legislação administrativista⁶⁰⁵. Tal volume de legislação, ele prossegue, não apenas viabiliza o controle externo e interno do desempenho do Poder Público, como igualmente regula a atuação e funcionamento dos mais diversos órgãos do Estado. Ocorre que, ao passo que a legislação administrativista aumenta, começa-se a observar movimentos inversos ao que lhe deram suporte, a citar a

⁶⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 277-285

⁶⁰⁴ ANASTASIA, Antonio. (Apresentação de obra.) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. pp. 05-06. p. 05

⁶⁰⁵ De acordo com Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques, a ampla legislação administrativa “regula tanto o funcionamento e a atuação dos diferentes órgãos do Estado como viabiliza amplo controle, interno e externo, de seu desempenho.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278

crescente instabilidade institucional permeada pelos deletérios efeitos da incerteza e imprevisibilidade com fortes repercussões sobre a segurança jurídica.

No entendimento de Carlos Ari Sunfeld⁶⁰⁶, a proposta de positivação visam, sucintamente, de dez vertentes: (i) impor o dever de medir consequências nas decisões públicas, (ii) fazer a realidade administrativa ser considerada na interpretação e na aplicação do direito, (iii) propor transição jurídica nas decisões públicas, (iv) regular a celebração de compromissos na aplicação do direito público, (v) regular a possibilidade de proposição da ação de declaração erga omnes de validade administrativa, (vi) estabelecer patamares mínimos de segurança jurídica na revisão de validade, (vii) estabelecer patamares mínimos na regularização de situação administrativa inválida, (viii) regular a responsabilidade e segurança jurídica dos agentes públicos, (ix) impor o dever geral de a Administração Pública fazer consulta pública para atos normativos e (x) regular a compensação de malefícios do processo.

Nesse sentido, os autores⁶⁰⁷ do projeto que a razão da insegurança jurídica (pela sua imprevisibilidade e incerteza) é diretamente proporcional ao crescimento dos processos e controle, bem como da produção de normas disciplinadoras da ação da Administração Pública. Ainda assim, em que pese as normas corroborarem a insegurança, é justamente a partir dela que vislumbram Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira⁶⁰⁸ a possibilidade de mudança. Os autores considera que os dispositivos esboçados no projeto de lei nº 349 possuem o condão de positivas as “melhores práticas do direito público contemporâneo”. Apresentando-se assim como um “poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas” (mais além, concebem o projeto como um “passaporte para o Estado de Direito”).

⁶⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 69

⁶⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 278

⁶⁰⁸ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 12

5.1 – A INFLAÇÃO LEGISLATIVA

No entendimento de José Rodrigo Rodriguez⁶⁰⁹ a complexidade da sociedade dificulta cada vez mais a regulação, de modo que a tentativa de regular-se pode colocar-se como um risco à identidade e à autenticidade das relações sociais, pelo uso de categorias normativas que perdem em abstração e passam a regular diretamente as diversas formas de vida, danificando seu funcionamento. O autor entende que atualmente há uma proliferação da regulação de inúmeros objetos, que ocasiona uma “inflação legislativa”. Essa inflação legislativa pode tornar mais difícil o trato dos conflitos sociais (por meio de um conjunto articulado de precisas decisórias) e fazendo com que o direito perca em organicidade e coerência interna.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶¹⁰ arremata com o entendimento de que a proliferação de normas por órgãos e entidades da Administração Pública deixar, em muitas vezes, desprotegido o cidadão. Além disso, como alerta Maria Paula Dallari Bucci⁶¹¹, nessa inflação legislativa há também um aumento do império do Direito, pois quanto mais regrado um governo na democracia, mais dependente do Direito para a legitimação política das ações do Estado ele se faz.

Contudo, em que pese as menções doutrinárias quanto à atualidade dessa inflação legislativa no campo do Direito administrativo, no entendimento de Andreas Krell⁶¹² esse fenômeno não constitui novidade. O autor compreende que tendo em vista que no início do Estado de Direito havia o “grande desafio” de conciliar “a

⁶⁰⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 196

⁶¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 195

⁶¹¹ Eis a explicação sucinta do raciocínio defendido pela autora: “O governo é o motor do aparelho de Estado. Com a modernização, aprofunda-se uma relação paradoxal entre os dois termos decorrente do fato de que as iniciativas políticas e sociais mais evoluídas, conduzidas pelos governos, dependem de uma estruturação do poder estatal igualmente complexa. Esta requer institucionalização, formalização em regras jurídicas, necessária a conferir-lhe estabilidade, previsibilidade, permanência no tempo, assentada sobre um ambiente de articulação e composição de interesses que inspire segurança de posições.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45/46

⁶¹² KRELL, Andreas. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13/14

tradicional liberdade decisória do Executivo com a observância do princípio da legalidade”. Nesse contexto do incipiente Estado de Direito, a partir do século XIX, ganha “popularidade a ideia de que a Administração Pública deveria ser regulamentada tanto quanto possível e sem lacunas pelas leis e controlada plenamente pelos tribunais”. Por semelhante entendimento trilha Thiago Marrara⁶¹³, para quem a multiplicação de diplomas legislativos era observável já no final do século XIX (além do final do século XX).

Fernando Dias Menezes de Almeida⁶¹⁴, em referência à atualidade do tema, pondera que justamente na grande variedade de áreas de atividades humanas, as quais estão cada vez mais tecnologicamente intrincadas, percebe-se que a crescente dependência de uma “larga base normativa de Direito administrativo para operar”. O autor⁶¹⁵, inclusive relembra que após 1988 a legislação infraconstitucional sobre temas pertinentes ao Direito administrativo avolumou-se sensivelmente (inclusive imprimindo maior teor substantivo do que formal, principalmente sobre as bases constitucionais que lhes fundamentaram).

Gustavo Binenbojm⁶¹⁶ enxerga a inflação legislativa como um fenômeno não adstrito ao Brasil, mas à todas as nações civilizadas (notadamente nos países de tradição romano-germânica). Segundo o autor, um dos motivadores dessa proliferação de leis reside na conjunção por um lado do mito positivista de completude do ordenamento jurídico, e de outro o aumento das funções do Estado Social, assim inspirando a noção de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. O autor resume que com “a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, ‘perde a sua majestade’”. Neste sentido, Erminia Maricato⁶¹⁷ relembra que um “cipoal de leis, decretos, resoluções, registros e cadastros” não fora capaz de ensejar mudanças

⁶¹³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 21/22

⁶¹⁴ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 49/50

⁶¹⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 331

⁶¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 145-204. p. 147

⁶¹⁷ MARICATO, Erminia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 95

profundas, por exemplo, para a população brasileira historicamente excluída da propriedade formal da terra.

Carlos Ari Sundfeld⁶¹⁸ compreende que a legislação administrativa de caráter mais geral cresceu e se dispersou enormemente, de modo que iniciativas mais simples de reforma (como através de leis pontuais), estão deixando de ser um caminho adequado. O autor justifica seu entendimento de que as eventuais mudanças positivas acabam neutralizadas quando da aplicação, justamente pela falta de marco normativo mais sistemático (que forneça os limites e inclusive dê legitimidade a essas pequenas mudanças, garantindo sua inserção em um sistema coerente). Veja-se a este respeito a sucinta explicação do autor⁶¹⁹:

“Para uma reforma do Direito relativo à gestão pública no Brasil, uma dificuldade a considerar é o fato de ele ser formado por esse formidável conjunto de normas legislativas e administrativas vindas de milhares de fontes diversas. Uma reforma coordenada envolvendo ao mesmo tempo todas essas entidades autônomas não é possível, claro. E reformas empreendidas em alguns Estados ou Municípios também não garantiriam o caráter sistemático que se tem de, em alguma medida, buscar.”

Por derradeiro em torno do tema, Thiago Marrara⁶²⁰ traça entendimento que enxerga na inflação legislativa uma evolução legislativa tremenda, que atualmente vem sendo de alguma maneira alvejada por técnicas de deslegalização que têm ganho força. O autor resume o antagonismo da contemporaneidade, pois “o movimento de deslegalização pós-90 não impede que se fale de um movimento simultâneo de intensa legalização”, de modo que o Direito administrativo brasileiro, passa a ser re-legislado (como se propõe o projeto de lei em exame) e flexibilizado pelo emprego da deslegalização em alguns campos.

⁶¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: PGERJ, 2012. pp. 85-99. p. 86

⁶¹⁹ *Op. cit.* p. 87

⁶²⁰ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 23/24

5.2 – A INSERÇÃO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

O projeto de lei nº 349 não visa tornar-se lei independente no ordenamento jurídico, mas sim ser incluído em norma bastante antiga e basilar da estrutura jurídica pátria que é a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942, denominada antigamente de Lei de Introdução ao Código Civil). O parlamentar proponente justifica a inserção das disposições propostas no projeto de lei nº 349 como uma maneira de melhorar a segurança jurídica, o equilíbrio e a eficiência das relações jurídicas travadas pelo Estado ou impactadas pelos efeitos de seus atos (como a edição de normas indeterminadas) pelo necessário estabelecimento de novos parâmetros.

Em torno da proposição da inclusão dos dispositivos do projeto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques⁶²¹, esta possibilidade mostra-se apropriada por três razões principais. A primeira delas devido ao sistema jurídico ser um só, o que não faria sentido colocar a tese da não aplicação do Direito comum ao setor público. O outro argumento apresentado pelos autores refere-se à interpretação que deve se dar por cânones gerais, independentemente da natureza da norma aplicada; e por fim, ressaltam que se visa ampliar a abrangência da aplicação da própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Emprestando-se a lição de José Rodrigo Rodriguez⁶²², a intenção de inserção dos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, equivaleria à imposição de parâmetros hermenêuticos fixados em lei como um meio de seus operadores utilizarem um modelo de racionalidade judicial homogêneo. Em consonância a este raciocínio, Adilson Abreu Dallari⁶²³, endossa a proposta de incorporação dos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução

⁶²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281

⁶²² RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 157

⁶²³ DALLARI, Adilson Abreu. Comentários ao art. 25 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 31-32. p. 32

às Normas do Direito Brasileiro, dado que existe uma inafastável “pluralidade de órgãos de deliberação coletiva”. O autor aduz que diante deste cenário, faz-se imperiosa a edição de uma norma geral (de caráter nacional) que consiga estabelecer um padrão de conduta (modelo, como aventado há pouco) para todas essas instituições com poder de decidir convivam observando semelhantes critérios, condições e consequências, ainda que haja mudança de interpretação formalmente fixada em momento anterior.

Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salama⁶²⁴ destacam que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é a lei que por excelência regula o “mundo das normas”, a qual desde a mudança de sua denominação em 2010 absorveu o propósito de alargar sua aplicabilidade para além do campo civil. Contudo, como é notório, a Lei Federal nº 12.376/10 alterou (passados setenta anos de sua edição) tão somente o nome da lei e nada mais.

Neste jaez, os autores⁶²⁵ lançam a provocação de que passados tantos anos de sua introdução no ordenamento, e frente às mudanças de várias ordens ocorridas, bastaria ainda à regulação do mundo normativo público pela redação septuagenária? Os autores⁶²⁶ a própria indagação lançada exemplificam que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tão focada em leis em sentido estrito, não abarcam, por exemplo, os regulamentos administrativos (que hoje em dia são prolíficos em áreas como regulação econômica e tributação).

Irene Patrícia Nohara⁶²⁷, semelhantemente, compreende que apesar da mudança da nomenclatura da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em 2010 não ter sido o suficiente, compreende que possui o efeito hermenêutico de sinalizar que seu conteúdo vá para além das codificações, descolando-se para o topo do sistema jurídico (ou seja, para a análise da Constituição Federal). A autora, no entanto estende

⁶²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 13

⁶²⁵ *Op. cit.* p. 13

⁶²⁶ *Op. cit.* p. 16

⁶²⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 03

sua crítica para além da concisão da mudança travada pela Lei Federal nº 12.376/10, pontuando que até a nomenclatura norma ali é inoportuna⁶²⁸.

Para Fernando Dias Menezes de Almeida⁶²⁹ a colocação dos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro se funda pelo caráter geral e nacional que esta norma basilar do ordenamento possui. O autor explica que ela é geral por “cuidar do processo enquanto instituto jurídico tomado em tese, agregando à dinâmica processual a solução de um problema que é inerente a qualquer processo”; e é igualmente nacional, por ser “aplicável à Federação e a todos os entes que a integram”.

Em semelhante entendimento, os autores⁶³⁰ do projeto consideram que os dispositivos ali concebidos precisam ser dotados de caráter geral e nacional, sendo que para tanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro revela-se como diploma legal adequado para sua veiculação, dado ser “uma lei surgida há várias décadas para criar normas gerais dessa espécie no campo do direito privado e que agora tem de ser ampliada, em função da evolução jurídica, para abranger também o direito público, nela ainda não tratado adequadamente”.

Carlos Ari Sunfeld⁶³¹ destacadamente para o caráter nacional que se visa conferir aos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, afirma que com esta abrangência não se quer homogeneizar (ou desconsiderar) a complexidade da sociedade e Estado hodiernos, na medida em que trata-se antes de “viabilizar a construção de uma organização estatal policêntrica, com

⁶²⁸ Faz-se inoportuna tendo em vista a seguinte explicação: “Não se confundem, portanto, norma e texto normativo, sendo que este último comporta diversas interpretações. Na hermenêutica, a autoridade interpreta os textos normativos e deles extrai a norma jurídica. Logo, a expressão lei de introdução às normas não deixa de soar estranha aos versados na hermenêutica jurídica, muito embora também seja bastante divulgado do ponto de vista da linguagem mais corrente o sentido de norma utilizado de forma mais genérica.” NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 02

⁶²⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 45

⁶³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281

⁶³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: PGERJ, 2012. pp. 85-99. p. 91

variedade organizacional capaz de atender à diversidade do Estado contemporâneo”. Assim, preconiza que através de base nacional, seria possível “aclarar os limites já existentes e, em alguns casos, redefini-los”⁶³².

Além do mais, Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sunfeld⁶³³ rechaçam a possível crítica de que não seria correta a inserção dos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro afirmando e evolução jurídica compreende um entendimento de que o sistema jurídico é um só (dado que já se encontra superada a tese da não aplicação do direito comum ao setor público). Além disso, por acreditarem que a interpretação do Direito deve ser feita sob cânones gerais (independendo da natureza da norma aplicada) e que a referida inserção propiciaria a ampliação do âmbito de abrangência da lei em comento, “fazendo-a aplicável ao Direito Brasileiro como um todo”.

Encerre-se, portanto, o entendimento a respeito da inclusão dos dispositivos do projeto de lei nº 349 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com o escólio de Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁶³⁴, os quais professam que “ainda falta uma norma uniformizadora dos preceitos gerais que devem reger a sua aplicação, para regular melhor tanto a atuação da administração como a relação dela com os administrados.”

⁶³² SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: PGERJ, 2012. pp. 85-99. p. 90

⁶³³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281

⁶³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 111

5.3 – POSITIVAÇÃO DE PARÂMETROS EM CENÁRIO AMPLIADO

A propositura de novos parâmetros dar-se-á pela sua fixação destes em lei, o que automaticamente lhes conferiria o caráter positivado dentro do ordenamento e a efetividade esperada desse tipo de norma. Na conclusão dos proponentes do projeto, a sujeição às novas balizas elevaria os níveis de segurança jurídica e eficiência, de modo a neutralizar importantes fatores de distorção da “atividade jurídico-decisória pública”. Neste último traço de consideração da decisão em planos diversos, observa-se igualmente no exame do projeto de lei a aproximação daqueles envolvidos na assunção de compromissos com o Poder Público, sejam os que atuam em nome do Poder Público, com ele contrata ou os que o controlam (como o fazem em última instância os juízes).

Os autores⁶³⁵ primordiais do projeto argumentam que este constitui instrumento do próprio Direito para que seja melhorada a qualidade da atividade jurídico-decisória sobre as questões públicas do Brasil (nos vários níveis da Federação, nos diferentes Poderes e órgãos autônomos de controle), frente aos desafios da ação do Poder Público que se apresentam (como exemplo, citam a incerteza ser a “porta de entrada das violações aos direitos”).

Veja-se que em que pese os autores⁶³⁶ do projeto pontuarem que a incerteza é inerente ao Direito e por isso insuprimível, a redação por eles conferida ao artigo 23, *caput* mostra claramente a possibilidade aventada de “eliminação” de incerteza jurídica, o que mostra-se um tanto paradoxal. Irene Patrícia Nohara⁶³⁷, quanto à viabilidade de acabar-se com incerteza jurídica contesta essa pretensão extraída do texto do projeto. A autora considera ser impossível essa supressão da incerteza “por conta da textura aberta da linguagem, somada à incontornabilidade dos parâmetros de decidibilidade, que são sopesados com resultados distintos em face das diferentes características dos casos concretos”.

⁶³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277/278

⁶³⁶ *Op. cit.* p. 279

⁶³⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 15

Para a propositura do projeto de lei nº 349, Antonio Anastasia⁶³⁸ argumentou a partir da percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis, através de sua submissão a novas balizas interpretativas, processuais e de controle, a serem seguidas pela Administração Pública federal, estadual e municipal. Dessa assertiva, percebe-se que a abrangência da lei federal proposta seria influenciar não somente todos os entes federativos, mas todos aqueles que de alguma maneira proferem decisões que impactem as relações já celebradas pelo Poder Público, não importando a qual ente federativo ou órgão público (como tribunais de contas) se vinculem.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sunfeld⁶³⁹ a respeito da proposição de parâmetros através da positivação, enunciam quatro posturas exigidas daquele que de alguma forma decide (seja a respeito de uma contratação ou um ato de controle): (i) adoção do paradigma que efetivamente balize as decisões (impedindo que sejam tomadas “desconectadas do mundo real”); (ii) obrigatoriedade de medir consequências (bem como considerar alternativas); (iii) análise do binômio necessidade e adequação das soluções cogitadas; e (iv) sopesamento dos obstáculos e circunstâncias da vida prática.

A respeito das quatro posturas enunciadas pelos autores⁶⁴⁰, eles compreendem que elas não retirarão o grau de incerteza que é inerente ao Direito (mormente em relação ao conteúdo das múltiplas normas), mas corresponde à maneira de conferir mais certeza e proteger atos passados contra a flutuação posterior das interpretações jurídicas. Além disso, essas posturas impediriam que pessoas fossem pessoalmente responsabilizadas “apenas por não terem adivinhado, à época, a futura orientação das autoridades finais de controle”, por exemplo.

⁶³⁸ Justificativa apresentada com o projeto de lei nº 349, disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>

⁶³⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

⁶⁴⁰ *Op. cit.* p. 279

Veja-se portanto, que os dispositivos do projeto de lei nº 349 não se propõem, de acordo com seus autores⁶⁴¹ a empreender um positivismo fechado e fora de seu tempo, mas antes expedientes que balizem interpretação e a aplicação do Direito Público, sem contudo tolher a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais ou de controle. Nas palavras dos autores, “o projeto coloca parâmetros de estabilidade e previsibilidade às relações com a Administração Pública” .

A este ponto, algumas constatações podem ser melhor evidenciadas. Se de um lado o projeto de lei nº 8.058 visa justamente estruturar o ambiente de controle judicial de assuntos sociais (e coletivos) externados em políticas públicas, o projeto de lei nº 349 dá um passo além, buscando não apenas introduzir parâmetros para o controle de atos, contratos e ajustes que envolvam o Estado, como igualmente interferir nas bases inaugurais da política pública, ou seja, nas discussões acerca do direito social e a política pública que o congrega, bem como as contratações que o viabilizará efetivamente. O projeto de lei nº 349 possui como interlocutores mais diretos (imediatos) tanto os gestores públicos envolvidos na edição de atos normativos e/ou na celebração de contratos, como àqueles que controlam esses atos normativos e contratos administrativos e seus efeitos, como membros de órgãos de controle e o próprio Judiciário.

Sobre essa perspectiva de cuidar-se das etapas preliminares das decisões (atos e contratos) que engendram a manutenção ou inauguração de determinada política pública, não parece se configurar qualquer intento legislativo (através do projeto) de retirar o controle (e debate) da temática do Judiciário. Pelo contrário, vai de encontro a arena deste Poder de modo a envolve-lo mesmo nas etapas iniciais da celebração de acordo (em sentido amplo). Das argumentações a respeito do projeto de lei até o momento aventadas, sobressai a consideração de que vivencia uma atuação engessada dos administradores públicos, seja pela falta de hábito e permissão legal mais expressa à negociação, seja pela responsabilidade em termos bastante irrestritos a que estão sujeitos na atual legislação administrativista.

⁶⁴¹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11

Neste diapasão, recorde-se o fato do príncipe, que pode ocorrer não apenas por medida de origem governamental de caráter geral e imprevisível (que sofre influências do cenário político ao longo do tempo de sua execução), mas igualmente por decisões de órgãos de controle como Tribunais de Contas e mesmo decisões judiciais (percebe-se clara ampliação do entendimento do fato do príncipe).

Conforme expõem Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁶⁴², referindo-se claramente à crise econômica atualmente instalada no país, a sua superação passa pelo aprimoramento da estabilidade e segurança jurídica travadas nos negócios públicos, o que impactaria a recuperação da nota de crédito do país e atração de investimentos privados “de qualidade”. Inclusive, considerando-se o contexto de crise econômica, Flávio Henrique Unes Pereira⁶⁴³ professa que a decisão tida como “correta” não é única, senão aquela que considera as particularidades do caso concreto mediante a descrição completa dos elementos fáticos relevantes (portanto não havendo “*per se*, a solução unívoca”).

Para conferir tratamento a alguns dos inconvenientes aventados acima, o projeto de lei nº 349 se propõe a aumentar a segurança jurídica e a flexibilidade do Poder Público para transacionar, bem como diminuir as interpretações superficiais pela melhor determinação dos conteúdos de cada norma, criar maior percepção (compreensão) da complexidade dos ajustes e atos a serem elaborados e ulteriormente controlados, bem como incrementar o cumprimento das obrigações. Em pontuação às inovações cogitadas pelos autores⁶⁴⁴, destaque-se o seguinte excerto de Carlos Ari Sundfeld a respeito desse objetivo:

“O que se pretende incluir na Lei de Introdução é o seguinte: algumas novas diretrizes para decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21); o direito à transição adequada

⁶⁴² SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 113

⁶⁴³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao art. 20 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19. p. 17

⁶⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. pp. 07-08. p. 07

quando da criação de novas situações jurídicas passivas para os particulares (art. 22); um regime jurídico geral para negociação entre autoridades públicas e particulares (art. 23); a criação da ação civil pública declaratória de validade, com efeito erga omnes, para dar estabilidade a atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas (art. 24); a proibição de invalidação de atos por mudança de orientação (art. 25); a disciplina dos efeitos da invalidação de atos, para que esses efeitos sejam mais justos (art. 26); a proibição da responsabilização injusta de autoridades em caso de revisão de suas decisões (art. 27); consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 28); e a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 29).”

Como anteriormente referido, o projeto de lei nº 349 visa conferir balizas para a melhor estruturação de políticas e os contratos que as compõem, bem como auxiliar aqueles incumbidos de seu controle. A constituição desses parâmetros pode ser dividida em dois eixos principais, de modo a tornar a análise mais inteligível.

O primeiro deles refere-se ao eixo estruturante acerca da formação dos contratos e edição de normas administrativas. Como etapas basilares, a análise que se segue percorrerá temas que possibilitem a melhor aplicação destes dois processos (tanto a formação de contratos, como a edição de normas administrativas), destacando tópicos cruciais enunciados no projeto de lei nº 349. Dentre eles destacam-se a redação de normas indeterminadas; alguns óbices ao cumprimento das obrigações e os prejuízos eventualmente gerados; a negociação antecedente ao ajuste com o Poder Público; a obrigatoriedade de realizar-se consulta pública, a responsabilidade modulada do agente público e a criação da ação declaratória de validade.

Abrangendo o segundo eixo de análise ao projeto de lei nº 349, é possível compreender fenômenos temporalmente similares aos tratados pelo projeto de lei nº 8.058, ou seja, a fase *a posteriori* do controle, ainda que a proposta ora em análise não se limite ao interlocutor na figura do controlador judicial tão somente. Mas se da parte dos interlocutores observa-se uma ampliação por parte da proposta de lei em relação à analisada no item anterior, no que concerne ao objeto do controle, o projeto de lei nº 349 se revela um tanto mais restrito aos contratos firmados com o Poder Público do que o feixe de atos, contratos e ajustes que erguem uma política pública.

Para discorrer sobre o controle de contratos administrativos neste segundo eixo, passar-se-á pela exposição de fatores trazidos à tona pela redação inicial do projeto, como a consideração que se deve prestar aos obstáculos enfrentados no passado e no presente do objeto que se controla, bem como pela atenção às consequências que advirão daquele que profere decisão em sede de controle. Sobressai a esta temática a atenção dada pelo projeto de lei nº 349 a temas como motivação e legalidade em perspectiva dinâmica, bem como inovações, como a apresentação de regime de transição e a celebração de compromisso.

Frente à imposição de balizas através da positivação, o artigo 2º determina que na interpretação das normas de gestão sejam considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, portanto levado em conta o primado da realidade. Contudo, conforme expõe Irene Patrícia Nohara⁶⁴⁵, a redação do dispositivo em referência pode ser um tanto inócuo sobre três perspectivas. A primeira delas refere-se à desnecessidade, na medida em que já deveria estar pressuposta na interpretação jurídica feita na área da gestão a consideração da realidade. Em segundo pela possível ineficácia, uma vez que podem existir interpretações variáveis e que não deixam de ser especulativas, abstratas relativamente a quais seriam os obstáculos e dificuldades. Por fim, a autora menciona como perigosa, uma vez que pode ser utilizada como uma “brecha capciosa” para se alegar que foi a realidade vivenciada que não possibilitou o cumprimento adequado das exigências legais.

⁶⁴⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 08

5.4 – FORMAÇÃO DOS CONTRATOS E EDIÇÃO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

Um introito ao primeiro eixo poderia começar precisamente pelo ponto nodal que o diferencia do segundo eixo, que é o período temporal inicial de processos administrativos, atos, ajustes, contratos e outros instrumentos que compõem a política pública. Assim, é um tanto intuitivo começar a abordagem desse primeiro eixo pela exposição dos princípios propostos no projeto de lei nº 349.

Inseridos em uma das diretrizes propostas pelo projeto de lei nº 349, a inclusão de “novos princípios gerais” a serem seguidos pelas autoridades cujas decisões baseiam-se em normas indeterminadas tem por escopo conferir maior precisão às interpretações, as quais compreendem as esferas administrativa, controladora e judicial. No texto proposto, contudo, estes princípios veem inscritos implicitamente nos artigos 20 e 21, que consignam o dever de medir consequências nas decisões políticas, bem como tomar em consideração a realidade administrativa na interpretação e aplicação do direito.

Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁶⁴⁶, a respeito desse dever consignam que mesmo quando as regras são claras as circunstâncias que envolvem o caso concreto devem ser ponderadas, inclusive levando-se em conta as informações de que, à época, dispunha o administrador (e eventualmente o particular envolvido), os respectivos custos e o que se pretendia alcançar naquele momento. O autor, em colaboração com Bruno Meyerhof Salama⁶⁴⁷, pondera que o dever de medir as consequências nas decisões políticas corresponde a uma “medida de prudência básica”, ou seja, de lembrar-se a todo momento que os recursos são finitos, e mediante uma mudança de coisas (motivadas por um juiz ou um administrador, por exemplo), uma regra de transição devem emergir, como produto de “puro bom senso”. Já em cooperação

⁶⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 112

⁶⁴⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 14

com Floriano de Azevedo Marques Neto, o autor⁶⁴⁸ encerra seu raciocínio aduzindo em conjunto que em nome da segurança jurídica, não há possibilidade da interpretação de normas indeterminadas se darem de maneira simples, sem que haja para tanto um regime adequado de transição, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, modificando situações jurídicas com efeitos em relação ao passado.

Irene Patrícia Nohara⁶⁴⁹, no entanto, compreende que o primado da realidade (como mencionado) pode ter efeitos deletérios em relação à legislação (sistema jurídico como um todo) e seu cumprimento, dado que poder-se-ia recorrentemente aventar que as peculiaridade do caso concreto ensejam o afastamento do cumprimento de determinada norma. A autora⁶⁵⁰ resume seu entendimento na seguinte passagem: “se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, vamos questionar tal requisito, ou pior, negociar o seu cumprimento por um regime de transição”.

No entanto, o prosseguimento da análise do projeto sobre este primeiro eixo em desenvolvimento, perpassa pelo melhor entendimento do que corresponde à decisão, que pode ser entendida como a comunicação de uma deliberação, habitualmente tomada por pessoa ou colegiado competente. Em diversas passagens do projeto de lei nº 349 observam-se menções a resoluções de diversas modalidades e origens que possuem o denominador comum de cristalizarem decisões cujos impactos possam afetar relações em curso em que o Poder Público está envolvido.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld⁶⁵¹ informam que a decisão é o objeto (primordial) do projeto de lei, sendo o objetivo seu aprimoramento. Esta necessidade de aperfeiçoamento da decisão em si é esclarecida pela descrição anteriormente à produção do projeto feita por Celso Antônio Bandeira de

⁶⁴⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

⁶⁴⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 08

⁶⁵⁰ *Op. cit.* p. 09

⁶⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 07-08. p. 07

Mello⁶⁵². De acordo com ele, se em determinada decisão adota-se uma dada orientação, que depois o gestor público se convence não ser a mais acertada, o autor preconiza que ao gestor não é dada a faculdade de “sonegar um direito que dantes deu por certo”, uma vez que isso macularia a boa-fé daquele que agiu na sua orientação inicial embasado. Conclui, assim, que as partes envolvidas não podem ser oneradas a despeito da inconstância no entendimento administrativo.

A decisão, na perspectiva do projeto de lei, ganha especial enfoque sobre seu aspecto temporal, tendo em vista a preocupação dos autores com a segurança jurídica, e assim, estabilidade, das relações travadas. Dessarte, Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sunfeld⁶⁵³ consignam que riscos advindos das “incertezas jurídicas” ou “mudanças de orientação” implicam na responsabilização de indivíduos, perdas patrimoniais, e sobretudo distorção da atividade decisória. Ambos⁶⁵⁴ defendem que ainda que “certo grau de incerteza quanto ao conteúdo das múltiplas normas” seja um fator inerente ao Direito, nada obstante mecanismos que possam “criar mais certeza” e “proteger atos passados” são necessários.

A redação do projeto não exige qualquer esfera em que seja tomada a decisão, como demonstra a redação exordial do artigo 21: “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá [...]”. Essa ampliação é repetida nos *capita* dos artigos 22, 25, 26, 29. Dessa perspectiva nota-se mais uma demonstração da aproximação entre administradores públicos e juízes, que ao proferirem suas decisões, estarão sujeitos à condicionantes semelhantes em suas manifestações. Irene Patrícia Nohara⁶⁵⁵, sobre essa aproximação destaca que a autoridade pública competente, sendo um aplicador autorizado, faz-se criador da norma individual tanto quanto o juiz como intérprete autêntico.

⁶⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 175

⁶⁵³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

⁶⁵⁴ *Op. cit.* p. 279

⁶⁵⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 04/05

No que concerne à decisão emanada pelo Poder Público, notadamente os delegatários do Poder Executivo, observa-se que o projeto de lei nº 349 reitera o foco sobre esta categoria de agentes produtores de decisão na celebração de contratos, mas não em menor volume na capacidade desses elaborarem normas, ainda que de regência interna do órgão. Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sunfeld⁶⁵⁶, a respeito da edição de “normas” pelo Poder Executivo afirma que na figura de “regulamentos administrativos” revelam-se os maiores responsáveis tanto pelo surgimento de novas normas, como pelos impactos (na definição dos direitos, deveres e proibições).

A expressão mais utilizada no discorrer do texto do projeto é “norma administrativa” (artigo 21, parágrafo único, artigo 24, *caput*, artigo 25, *caput* e artigo 26, *caput*). Todavia também são verificados termos como “norma indeterminada” (artigo 22, *caput*), “normas sobre gestão pública” (artigo 21, *caput*) e “atos normativos” (artigo 28, *caput* e § 1º). Todas estas expressões rendem certa sinonímia entre si, na medida em que congregam decisões que não são propriamente legislativas (e com o rito que é próprio a esta última).

Marcos Augusto Perez⁶⁵⁷, a respeito dessas normas administrativas, afirma ser atualmente gigantesco o alcance dos poderes normativos da Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁵⁸, no que diz respeito a essas normas afirma que dessa atribuição de função normativa ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da Administração Pública Indireta (que não detêm legitimidade democrática para a elaboração de normas cogentes) emanam efeitos negativos. A autora⁶⁵⁹ inclusive explica que sendo a função normativa do Poder Executivo derivada, esta será subordinada à lei (e seguirá o mesmo destino que esta, se a norma for impugnada por ofensa à Constituição).

⁶⁵⁶ *Op. cit.* p. 280

⁶⁵⁷ PEREZ, Marcos Augusto. Comentários ao art. 28 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 40-42. p. 41

⁶⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 195

⁶⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 218

5.4.1 – CONSIDERAÇÃO DOS IMPACTOS DA DECISÃO

Em que pese o quanto afirmado a respeito dos princípios enunciados pelo projeto de lei nº 349, observa-se que eles buscam trazer impacto especificamente sobre a decisão em suas mais variadas origens e modalidades com o intuito claro de densificar a interpretação que precede a decisão. Para proceder a esse fortalecimento da interpretação, os proponentes redatores se valeram de dois expedientes.

O primeiro deles reside na consideração das consequências que a decisão pode causar, de modo a exigir melhor caracterização da configuração do “valor jurídico abstrato” como lastro da decisão. Os proponentes do projeto de lei nº 349 vão além, aduzindo que igualmente aqueles que proferem decisões com impacto na esfera pública devem sopesar as decorrências práticas que poderão surtir da resolução tomada.

O segundo expediente incorre sobre a decisão refere-se à interpretação, especificamente das normas a respeito da gestão pública. Esta interpretação, de acordo com o artigo 21, *caput*, deverá considerar os “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, e no parágrafo único do mesmo artigo menciona a ponderação a respeito das “circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes”.

Adentrando com mais vagar ao primeiro deles, no decorrer do texto do projeto de lei nº 349, observa-se a clara intenção dos proponentes de incutir, quase como princípio implícito, a consideração holística nos raciocínios e ponderações realizados pelos envolvidos (sejam quais forem os órgãos ou Poderes a que pertençam). A seguir, evidencia-se como em várias passagens a consideração é trazida à tona:

Artigo 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem **medir** as consequências práticas da decisão. (grifo nosso)

Artigo 21. A interpretação das normas sobre gestão pública **considerará** os obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (grifo nosso)

Artigo 26. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá **indicar** de modo expresso as suas consequências e, quando for o caso, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e eficiente, 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. (grifo nosso)

Artigo 28. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, será precedida de consulta pública para manifestações escrita de interessados, a qual será **considerada** na decisão. (grifo nosso)

Floriano de Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira⁶⁶⁰ defender que a “a aplicação do Direito precisa levar em consideração o futuro”. Assim, a segurança jurídica que à primeira vista poderia cronologicamente ser ligada ao passado já bem sedimentado, diz em igual razão respeito ao futuro, pois o que se quer não está no passado que celebrou o ato e se esteve em paz com ele e por isso essa blindagem proposta tanto auxiliaria na fluidez das relações no presente. Os autores nesse sentido resumem que faz-se “imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões”.

No entanto, Alexandre Santos Aragão⁶⁶¹ menciona que já era realidade há muito tempo essa consideração, tendo em vista o artigo 5º *caput* da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro atualmente em vigor, dado que prescreve a consideração aos “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Outro contraponto que é oferecido refere-se à decisão que mesmo que vele sobre as consequências que ensejará, ainda assim não será capaz de estabilizar fatores que só emergirão com o decorrer do tempo, como adverte Irene Patrícia Nohara⁶⁶².

Ademais, ainda sobre a consideração das consequências, a motivação da decisão deverá evidenciar tanto a necessidade como a adequação da providência em

⁶⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11

⁶⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos. Comentários ao art. 21 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20-22. p. 21

⁶⁶² NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 11/12

relação às “possíveis alternativas”. A respeito da contemplação sobre as possíveis alternativas por aqueles que tomarão decisões com impacto no direito público, o projeto de lei nº 349 em mais de uma ocasião (artigo 20, parágrafo único e artigo 26, parágrafo único) afirma que elas são vinculadas à motivação que acompanhará a decisão e a efetiva percepção da “necessidade e adequação” da decisão que se toma⁶⁶³.

Retorna-se, nesta fase, ao mencionado segundo expediente relativo à interpretação nos ditames do artigo 21, *caput*, quanto à atenção dos “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, bem como das “circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes” (parágrafo único do mesmo artigo). De acordo com Vitor Rhein Schirato⁶⁶⁴, em lição proferida antes do surgimento do projeto em análise, defendia que o no controle judicial dos atos discricionários, o juiz deveria apreciar a legalidade sob lume de outros fatores que não apenas a lei.

O autor menciona a necessidade de analisar o processo administrativo, a proporcionalidade, a compatibilidade e a razoabilidade entre o ato exarado com a situação fática e suas peculiaridades. De semelhante sensibilidade na análise recomenda Bruce Ackerman⁶⁶⁵, para quem julgamentos complexos devem ser sensíveis ao contexto que envolve o objeto de análise. Alexandre Santos Aragão⁶⁶⁶, a seu turno, recorda da condição desfavorável que o administrador público em muitas ocasiões se vê, acuado no processo de escolha que tem a frente de si:

“No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu

⁶⁶³ Veja-se que tanto o artigo 20, parágrafo único como o 26, parágrafo único utilizam a expressão “possíveis alternativas”, o que é revelador do entendimento de que efetivamente existe uma pluralidade de alternativas e não apenas uma única solução possível e “legal” aceitável.

⁶⁶⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 09-51. p. 35

⁶⁶⁵ ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 19

⁶⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. Comentários ao art. 21 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20-22. p. 20

encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.”

Cite-se a esse respeito que a interpretação também deverá estimar as “exigências das políticas públicas” a cargo do gestor, o que demonstra igualmente uma consideração sobre a perspectiva coletiva que reveste muitos dos pedidos e revisões que se fazem da atuação dos gestores públicos.

Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁶⁶⁷, quanto à mudança de orientação, preconizam a respeito da estabilidade que deve revestir decisões (acordos) anteriores, mantendo-os válidos. Essas possíveis mudanças de orientação não devem virar assombração, tendo em vista que o Direito é relativamente incerto, e seus aplicadores e controladores o estão construindo e reconstruindo todo o tempo, segundo Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama⁶⁶⁸. Em semelhante sentido Floriano Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Pereira⁶⁶⁹ aduzem que em que pese as mudanças de interpretação sobre normas administrativas com o decorrer do tempo, o cidadão não pode ficar à mercê destas divergências.

Consoante do entendimento dos proponentes⁶⁷⁰ do projeto de lei nº 349, Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, a adoção de “novos mecanismos para criar mais certeza e para proteger atos passados contra a flutuação posterior das interpretações jurídicas”. A este entendimento, contudo, a flutuação

⁶⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 112

⁶⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 54, p. 213-220, 2016. p. XX OU In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 15

⁶⁶⁹ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11

⁶⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

presente igualmente deveria ser cogitada pelos autores, dado que o projeto de lei admite a possibilidade de negociação sobre bases não pacificadas, assim tudo parece convolar em uma grande flutuação.

Adilson Abreu Dallari⁶⁷¹ acautela que esta preocupação em mudanças de orientações não atinjam decisões (acordos) a elas anteriores, já consta da Lei Federal nº 9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, que prescreve ser “vedada a aplicação retroativa de nova interpretação”. O autor⁶⁷², ainda assim, mostra-se defensor de que a instabilidade das decisões administrativas será sempre condenável, de modo que não se pode admitir é que a administração não tenha coerência na decisão comprometendo a segurança jurídica do administrado, como o próprio interesse público.

Outro ponto sobre a interpretação jurídica e a insegurança que desta advém resvala no cumprimento de obrigações, como aquelas que deveriam advir de contratos firmados com o Poder Público. Objeto de crítica dos autores redatores do projeto de lei nº 349, eles acabam por manifestar dois “fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública” a respeito do descumprimento das obrigações. O primeiro deles aborda a “dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas”, e o segundo menciona que pelos “efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações)”.

Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama⁶⁷³ em relação à percepção de que os efeitos do processo adjudicado extrapolam as partes identificadas na lide, proclamam que o projeto de lei vai além, por trazer implícita a ideia de que, para

⁶⁷¹ DALLARI, Adilson Abreu. Comentários ao art. 25 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 31-32. p. 32

⁶⁷² DALLARI, Adilson Abreu. Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 685-699. p. 688

⁶⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 14

haver ordem, em vez de bagunça (que tem sido frequente), a propositura dos dispositivos em uma lei geral se mostra sensata.

Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto⁶⁷⁴ a respeito da maior efetividade no cumprimento das obrigações, proferem que as soluções negociadas possuem a capacidade de alcançarem índices mais elevados de cumprimento, diminuindo as incertezas e abreviando (ou mesmo eliminando) os conflitos. A proposição da melhoria do cumprimento das obrigações está inclusive relacionado com a falta de efetividade das políticas públicas, que são reiteradas em duas das distorções citadas pelos autores do projeto e na justificativa do Senador proponente: a “dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas”; e os “efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações)”. Na análise dessas duas distorções enunciadas, o que mais se destaca (apercebe) é a proteção contratual e de prejuízos derivados do “fato do príncipe”, ou seja, dos interesses dos privados contratados; do que a efetiva e mais direta perseguição de resultados em prol do interesse público.

Dando continuidade ao tema sobre o cumprimento de obrigações e os percalços pelo qual podem sofrer na execução contratual, destaca-se o tópico relativo aos prejuízos, o qual detém bastante relevância no projeto de lei nº 349 em diversas passagens, de modo que a exposição do tema pode ser feita em dois campos distintos. O primeiro âmbito de abordagem dos prejuízos concerne àqueles cujo agravo demanda reparação econômica (pecuniária). Sobre o tema, o projeto de lei nº 349 aduz que essa reparação se daria no caso dos prejuízos sofridos se configurarem como “anormais e injustos” (artigo 29, *caput*) ou “anormais e excessivos” (artigo 26, *caput*).

O ressarcimento econômico é objeto de uma das diretrizes propostas que corresponde aquela que determina “a compensação, dentro dos processos, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos”, expressados tanto na justificativa apresentada pelo Senador Antonio Anastasia, como no texto preambular

⁶⁷⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

apresentado pelos pesquisadores que inicialmente redigiram o que viria a se tornar o projeto de lei nº 349.

Para essa reposição econômica dos prejuízos, o artigo 24, § 2º prevê que na “ação declaratória de validade” a “declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade de preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste”, ou seja, fica manifesto o caráter pecuniário que reverterá a situação adversa.

Os autores⁶⁷⁵ do projeto inclusive preconizam que a compensação deve sobressair diante de efeitos negativos (mesmo que indiretos) gerados, por exemplo, pela existência, demora ou custo de um processo. Defendem que tal ressarcimento vale inclusive para que processos (sejam eles administrativos, controladores e judiciais) sofram um desestímulo ao seu uso abusivo de processos (bem como pelas condutas processuais que igualmente de mostrem abusivas). Contudo, parece que esse desestímulo pode minar o exercício de funções realizadas, por exemplo, por órgãos de controle como os Tribunais de Contas e mesmo os Ministérios Públicos.

De fato a compensação tem que ser evitada, ou seja, o ideal é que não surjam prejuízos, através, por exemplo, do estabelecimento do regime de transição (o qual será abordado mais a frente neste item). Contudo, uma vez exigida a compensação pelo prejuízo sofrido, o projeto de lei nº 349 prevê no artigo 29, § 2º, que ela poderá ser regulada pela celebração de compromisso processual (tema que igualmente será tratado adiante). A compensação, uma vez colocada em discussão pelas partes, deverá ser razoável (artigo 29, *caput*) e motivada (artigo 29, § 1º).

Fernando Dias Menezes de Almeida⁶⁷⁶, acerca da compensação preconiza que sua concessão poderá se dar inclusive no curso do processo, uma vez que estejam caracterizadas as perdas anormais (ou ganhos indevidos) de alguma parte processual. O autor⁶⁷⁷ alerta que a compensação, todavia, deve passar por uma “margem

⁶⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 280

⁶⁷⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 44/45

⁶⁷⁷ *Op. cit.* p. 45

de apreciação” não é só do administrador, mas de qualquer decisor, avocando assim o que o ele alcunhou de “bom discernimento do julgador” relativamente à margem de apreciação quanto ao que seja um prejuízo anormal, ou mesmo um benefício indevido .

O segundo campo pelo qual se pode abordar o tema dos prejuízos que são expressos no projeto de lei nº 349 concerne àqueles que recaem sobre os “direitos dos administrados” (artigo 21, *caput*) ou prejuízo aos “interesses gerais” (*capita* dos artigos 22, 24 e 26 e artigo 23, *caput* e § 1º inciso I). Em que pese a clareza em relação à consideração (preocupação) com os interesses do grande público (da população), chama a atenção a preferência pela expressão “interesse geral” ao invés de denominar “interesse público”, como é corrente na legislação administrativista.

Da nomenclatura referente aos interesses mencionadas no parágrafo anterior, eleva-se o questionamento a respeito do possível *discrímen* que traçasse a entre “interesse público” e “interesse geral”, dado que no artigo de divulgação do projeto pelos autores e mesmo na justificativa apresentada pelo Senador proponente não restar aparente a discriminação entre os dois. Assim, possivelmente aquele ressaibo de que o interesse público corresponderia ao interesse que é próprio do Estado (e seus órgãos), optar pela locução “interesse geral” seria incluir a perspectiva dos particulares, sejam mobilizados em grupos de interesse, como confederações, sindicatos, associações e mesmo no cidadão individualmente considerado.

O artigo 26, *caput* e seu parágrafo único empreendem esforços para que regularizações posteriores à invalidação se processem de maneira mais “proporcional, equânime e eficiente”, de modo que não haja “prejuízo aos interesses gerais” e que não seja imposta “aos sujeitos atingidos, ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”. Ademais, preconiza que a motivação demonstrará a necessidade e adequação da invalidação e das medidas impostas, inclusive em face das possíveis alternativas.

Quanto a esses aspectos, pode-se compreender que parecem os autores preconizarem uma mescla de derrogações entre direito privado e público, dado que assim como a Administração Pública está em constante diálogo com o particular para ele assumir as externalidades (veja-se no direito ambiental), em clara flexibilização do

direito privado pelo interesse público. O mesmo se diga da atividade pública que passa a ser permeada por muitos interesses privados. Tenta-se, desse modo, abrandar a distinção público privado, tanto que a manifestação de “interesse geral” talvez atente justamente a esse propósito.

A realizar breve parêntese, cumpre notar-se que a razoabilidade parece constituir um princípio implícito a ser seguido na aplicação (futura) do projeto de lei nº 349 (recorde-se que no projeto de lei nº 8.058 a razoabilidade é princípio explícito). O termo está explícito em diversas passagens e situações, de modo que transmite aquele que o lê, a visão de que as ações promovidas em decorrência da aplicação dos dispositivos devem ser permeadas pela razoabilidade, seja ao transacionar (artigo 23 § 1º inciso II), ao interpretar (artigo 27 § 1º) ou compensar (artigo 29, *caput*).

Em continuidade a este tema, bastante relacionado está o da proporcionalidade, que igualmente aparece em diversas passagens do projeto de lei nº 349, sempre acompanhado da perspectiva da justiça, do tratamento igualitário, mais precisamente sob a expressão “proporcional, equânime e eficiente” (artigo 22, *caput*, artigo 23 § 1º inciso I e artigo 26, *caput*). Irene Patrícia Nohara⁶⁷⁸ pontua que a proporcionalidade não é argumento *per se*, mas subsídio que auxilia no deslinde de quais são os fatos concretos que devem ser considerados na ponderação e quais são os argumentos que possuirão maior peso, valor ou importância.

Assim, apesar de não manifesto (explícito) o fator de distorção que se busca minimizar, propõe-se como diretriz o estabelecimento de “regime jurídico para negociação entre autoridades públicas e particulares”. Tal regime fica evidente em alguns dispositivos do projeto de lei nº 349, como no artigo 22, parágrafo único que expressa o “direito a negociar se não há regime de transição”, bem como no artigo 23, § 1º inciso II que declara que o compromisso “poderá envolver transação razoável quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda o estabelecimento de um regime de transição”. Todavia, alerta Thiago Marrara⁶⁷⁹ que nessa dialética entre a chamada “administração

⁶⁷⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 06

⁶⁷⁹ MARRARA, Thiago. *Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências*. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 41

unilateral” e “administração consensual”, não são raras as vezes que a consensualização (como negociação possível) seja “vendida” como um “modelo mágico capaz de criar uma forma avançada de administração pública”.

5.4.2 – A CONSULTA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO

Um desdobramento notável da possibilidade de negociação (transação) com o Poder Público é a possibilidade de participação da formação de ajustes (atos ou contratos). Sobre o tema o projeto de lei nº 349, que torna viável essa participação pela explicitação de consultas públicas. De acordo com o projeto, a realização de consulta pública teria por ensejo tanto a celebração de compromisso, bem como pela edição de atos normativos, conforme preveem o artigo 23, *caput* e o artigo 28, *caput* e § 1º § 3º.

A este respeito, faz-se salutar a iniciativa, dado que como evidencia Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁸⁰, o Direito brasileiro oferece demonstrações de que não incorporou inteiramente (em que pese as previsões escritas a respeito), a participação do cidadão no processo de elaboração das normas. Irene Patrícia Nohara⁶⁸¹ aclama a iniciativa de real interlocução na medida em que abre espaço para a democratização da atuação administrativa.

A apresentação do projeto de lei nº 349 expõe como um dos fatores de distorção o “modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública”, apresentando como diretriz que mitigaria essa distorção a imposição de “consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos”. O autoritarismo conforme colocado na justificativa do projeto como distorção parece resultar de dois fatores principais, a participação com diálogo, ou seja, não apenas expor, mas ser efetivamente ouvido (considerado) e a exposição de motivos, tanto do gestor público.

⁶⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196. p. 195

⁶⁸¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 14

Bruce Ackerman⁶⁸² defende a prévia consulta pública no que concerne à edição de regulamentos (atos normativos), como uma forma do que ele chama de “alta burocracia” manter-se em contato com mudanças na realidade social. Segundo o autor,, deveria ser exigido por lei que administradores organizassem audiências públicas amplas, antes de promulgar regulamentos administrativos de grande impacto. Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sunfeld⁶⁸³ neste passo, admitem os regulamentos administrativos habitualmente são elaborados e discutidos internamente pela Administração, “sem qualquer participação da sociedade” e que este cenário urge mudar, até pelo imperativo de democratizar a própria elaboração das normas.

Antonio Anastasia⁶⁸⁴ a respeito da participação consigna que não basta motivação, ela tem que ter legitimidade, a qual é obtida através da participação no processo de elaboração de normas regulamentares. Fernando Dias Menezes Almeida⁶⁸⁵, aponta que o mecanismo de chamada à participação encontra-se no próprio processo, que congrega em seu significa um procedimento, encadeado por atos, em que “os interessados são chamados a participar, debater seus pontos de vista e, sendo o caso, defender-se, devendo a autoridade por ele responsável proferir uma decisão motivada, que também leve em conta os elementos trazidos pelos interessados”.

Marcos Augusto Perez⁶⁸⁶ entende que a consulta pública torna-se um “requisito procedimental de validade do ato”, de tal maneira que a Administração não se furtará em responder às colaborações recebidas. O autor ainda relembra que a participação pública deve guardar proporcionalidade com aquilo que se discute, dado que

⁶⁸² ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2014. pp. 13-23. p. 22

⁶⁸³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 280

⁶⁸⁴ ANASTASIA, Antonio. (Apresentação de obra.) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. pp. 05-06. p. 06

⁶⁸⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45. p. 43

⁶⁸⁶ PEREZ, Marcos Augusto. Comentários ao art. 28 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 40-42. p. 41/42

normas detentoras de questões mais complexas ou inovadoras, deverão possuir maior prazo de discussão.

Maria Paula Dallari Bucci⁶⁸⁷ a respeito das consultas públicas, assevera que sua prática demonstra que esse mecanismo é capaz de modificar o processo decisório, ainda que sejam necessários requisitos específicos para que se revertam concretamente em decisões melhores. A autora adverte que na participação igualmente vislumbram-se riscos, “como as composições ocasionais, ou com protagonismo desbalanceado dos representantes de setores diretamente relacionados àquela política, que podem produzir cenários decisórios artificiais e decisões igualmente distantes daquilo que se poderia esperar do processo administrativo racional, transparente e democrático”. Nesse sentido, a respeito do projeto de lei nº 349.

Irene Patrícia Nohara⁶⁸⁸ pontua que a consulta pública pode incitar certa insegurança jurídica, como da hipótese em que não haja confirmação pela consulta popular (artigo 28, § 3º). De todo modo ela defende que ainda assim, os benefícios da participação superarem os eventuais malefícios. A autora ainda nesse jaez sugestiona para as consultas públicas a adoção da participação eletrônica, que já é uma tendência em muitas leis e na realidade.

Neste ponto do desenvolvimento da análise do projeto de lei nº 349, comenta-se a respeito do artigo 28, *caput*, justamente essa consideração (na tomada da decisão) que devem ter das manifestações escritas advindas da consulta pública. Sob este aspecto, nota-se que a decisão mais uma vez protagoniza etapa crucial (fundamental) que reclama devida motivação, ou seja, ainda que não se acate as posições trazidas em consulta pública, elas serão levadas em consideração nem que seja para refutá-las. Ademais o artigo 28, § 2º torna “obrigatória a publicação das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo”, assim, parece que o administrador público já não tem a possibilidade (ou o conforto) do silêncio quanto as contribuições recebidas, principalmente em relação aquelas que não serão acatadas.

⁶⁸⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161/162

⁶⁸⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 14

Flávio Henrique Unes Pereira⁶⁸⁹ explicita, em comentário justamente ao projeto de lei nº 349, que a motivação da decisão torna-se indispensável, uma vez que a exposição dos fundamentos de fato e de direito já não bastam para avaliar se a adequabilidade normativa foi, de fato, manejada pelo operador do Direito. O autor⁶⁹⁰ pronuncia que a motivação ganhará espaço “na gramática democrática que funda a República Federativa do Brasil”.

5.4.3 – RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Nas relações travadas por agentes públicos com outros interessados (sejam eles entes privados ou outros órgãos públicos), ronda à atuação de cada um desses agentes a possível responsabilização por seus atos ulteriormente. Se de um lado não pairam dúvidas de que a responsabilização desempenha função bastante importante na manutenção da ordem e legalidade, de outro, quando não bem precisada pode ocasionar distorções na atividade decisória, além de responsabilizações injustas.

A respeito deste último comentário, Carlos Ari Sunfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis⁶⁹¹ endossam o entendimento de que “não se mostra acertado punir pessoalmente o gestor público porque agiu de acordo com interpretação razoável de norma legal, ainda que posteriormente considerada equivocada”. Veja-se que os autores resgatam o entendimento relativo à variação da orientação (da interpretação), considerando injusto recair sobre as costas do gestor as consequências do risco de falhar e pelas consequências da incerteza típica do Direito. Do contrário o gestor público ficaria engessado, uma vez que se mostraria temeroso quanto às consequências, abrindo mão de

⁶⁸⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao art. 20 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19. p. 17/18

⁶⁹⁰ *Op. cit.* p. 19

⁶⁹¹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015. p. 112

agir e mesmo deixando de inovar, preferindo, por outro lado, continuar praticando os mesmos erros ao invés de se arriscar.⁶⁹²

Essa distorção da atividade decisória é destacada pelos autores⁶⁹³ do projeto de lei nº 349 quando busca tratar dos percalços pelos quais agentes públicos se sentem retraídos à construir relações, até mesmo pelo reconhecimento da própria limitação em “adivinhar” a orientação futura das autoridades finais de controle que os avaliarão (julgarão). Nesse ínterim, os referidos autores propõem como diretriz o impedimento da “responsabilização injusta de autoridade em caso de revisão de suas decisões”⁶⁹⁴.

O que se parece buscar pela exposição dessa diretriz, estampada no artigo 27 do projeto de lei nº 349, é trazer ao lume que divergência jurídica não corresponde necessariamente à ilicitude. Primeiramente, em vista que o sistema jurídico não parece mais tão atrelado à análise dicotômica entre o certo e errado (o legal e ilegal), estando sujeito a ponderações sobre o Direito aplicável a cada caso em concreto. Em segundo, pois o Direito não é uma ciência exata, sendo-lhe intrínseco certo grau de incerteza (lembre-se que mesmo a edição de leis não são capazes de prever todos os casos que acontecerão no mundo prático). Essa incerteza incute dúvidas em relação aos deveres e proibições das normas e sobre a extensão e conteúdo de cada qual.

O entendimento de que a divergência jurídica não corresponde à ilicitude, é verificada no atual cenário da paulatina releitura do princípio da legalidade processando-se de maneira flexibilizada (dinâmica), conquanto isso não vise propagar brechas em que se aceitem condutas ilegais, posto que se direciona a uma análise e respectiva motivação que desnude os elementos pelo qual determinada conduta será aceita.

⁶⁹² Aponte-se sobre tema que mais adiante será tratado, que através da celebração do compromisso, a responsabilização do agente público poderá ser resguardada através dele, requerendo-se para tanto uma autorização judicial (artigo 23, § 2º).

⁶⁹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD. Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

⁶⁹⁴ *Op. cit.* p. 280

Precisamente acerca dos elementos trazidos pela redação do projeto de lei nº 349 que darão sentido de conformidade com o ordenamento (e a legalidade), eles são expostos de maneira clara (e objetiva) na redação não apenas do artigo 27 (quando trata de erro grosseiro), como também no artigo 25, parágrafo único ao discorrer sobre orientações gerais, conforme será visto adiante.

Inicialmente, a aplicabilidade da responsabilização do agente público fica escancarada pela redação do artigo 27, *caput* que assim manifesta: “[o] agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”. Logo vê-se dois elementos de cumprimento da responsabilização, ou seja, a presença de dolo ou erro grosseiro.

No que concerne ao elemento seguinte que imputará a responsabilização do agente público, isto é, a presença de “erro grosseiro”, à primeira vista poderia parecer uma expressão de conteúdo bastante indeterminado. Contudo, o artigo 27, § 1º cuidou de se não determinar o que se considera erro grosseiro, na realidade excluir aquilo que uma vez verificado não poderá ser assumido como tal, conforme expuseram na escrita do referido parágrafo legal:

Artigo 27. § 1º. Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em orientação geral, ou ainda em interpretação razoável, em jurisprudência ou em doutrina, ainda que não pacificadas, mesmo que venha a ser posteriormente aceita, no caso, por órgãos de controle ou judiciais.

Observa-se na redação da transcrição acima que existem três categorias de elementos que uma vez presentes na decisão ou opinião do agente público o resguardará de uma responsabilização (que como aventado anteriormente, na visão dos autores, seria tido por injusta). A primeira delas refere-se à orientação geral, a qual assim como erro grosseiro poderia ser tomada como expressão indeterminada. Contudo, a demarcação de seu conteúdo vem explicitada na dicção do artigo 25 parágrafo único, conforme segue:

Artigo 25. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

Veja-se que se consideram tanto as interpretações como as especificações em atos públicos de caráter geral como sendo orientações gerais. A respeito das interpretações admitidas como integrantes de orientação geral que forneçam supedâneo a decisão do gestor público, podem ser igualmente verificadas na exposição sobre erro grosseiro que não será assim considerado se houver por base “interpretação razoável”.

Outro ponto de contato entre o que se considera “orientação geral” e, portanto não será tido como “erro grosseiro” refere-se à jurisprudência, a qual poderá ser judicial ou administrativa, mesmo que baseadas na praxe administrativa ou mesmo aquela que se fazem notórias serão consideradas como orientação geral que poderá vir a ser seguida pelo gestor público segundo a articulação do artigo 25, parágrafo único. Note-se que a jurisprudência (e doutrinas) ainda que não pacificadas, conforme aduz o artigo 27, § 1º, também ensejam a não caracterização de “erro grosseiro”.

É licito supor que a antítese de “erro grosseiro” é a “orientação geral”, tendo em vista o paralelismo que há tanto quanto à interpretação quanto à jurisprudência. Assim, ao passo que a “interpretação razoável” não constitui erro grosseiro, a interpretação contida em “atos públicos de caráter geral” são parte da orientação geral e, portanto, não são erro grosseiro. O segundo paralelismo reside em não se considerar erro grosseiro quando a decisão ou opinião é lastrada em jurisprudência ainda que não pacificada, em semelhante sentido, constitui orientação geral a jurisprudência, seja “judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada”.

Entretanto, ainda que munido de todos os esclarecimentos colocados em lei, que fixem parâmetros pelo qual será imputada ou não a responsabilidade ao agente público, constituindo quase um tutorial pelo qual o administrador público poderá se resguardar quando da elaboração da motivação da decisão, os autores do projeto de lei nº 349 assinalam outro mecanismo prático.

Tendo em vista, que uma das principais metas das balizas trazidas à tona no projeto de lei nº 349 visarem a não assunção de prejuízos de diferentes ordens (pecuniária e/ou de responsabilidade) àqueles que anteriormente celebraram acordo, os

autores propõem que seja celebrado compromisso quando as partes encontrem-se diante de mudança de orientação (artigo 25, *caput*) ou mesmo quando a edição de norma indeterminada impuser dever ou condicionamento novo de direito ou acabe por fixar nova orientação ou interpretação (artigo 22, *caput*). Assim, quando presente a possibilidade de celebração de compromisso, o agente público poderá resguardar-se de responsabilização ulterior através da possibilidade de pedir autorização judicial para que seja celebrado compromisso.

Sobre tudo o quanto exposto em torno da responsabilidade do agente público que firma ajustes com terceiros, sejam de caráter contratual ou na forma de compromissos, um aspecto que sobressai é a busca incansável pela segurança jurídica. Contudo, um efeito colateral dessa busca que parece inevitável deduzir reflete-se no controle possível ter como objeto ajustes, atos e contratos revestidos que uma imutabilidade (blindagem) bastante resistente (densa), principalmente à possibilidade de revisão daquilo que é objeto do controle.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁹⁵ a respeito das manifestações emitidas em consulta pública, aduz que quando acolhidas pela autoridade competente para decidir, acabam por constituir a própria motivação ou fundamentação do ato. Isto implica que a autoridade competente opinando por decidir de forma diferente da sugerida no parecer, terá de fazê-la motivadamente. A autora⁶⁹⁶ preconiza que seria inteiramente irrazoável a pretensão de punir o advogado cuja opinião manifestada não fosse de encontro ao órgão controlador, uma vez que opinião emitida licitamente por qualquer advogado, seja público ou privado, não deve ser corrigida; ou como apregou Irene Patrícia Nohara⁶⁹⁷, deve-se desfigurar a possibilidade de “uma espécie de delito de opinião”.

Veja-se, em guisa de conclusão do tema, que a redação proposta no projeto de lei nº 349 em relação à modificação do procedimento de apuração de

⁶⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 27 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 36-39. p. 37

⁶⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 27 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 36-39. p. 38

⁶⁹⁷ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 13

responsabilidade do gestor público guarda estreita semelhança com a já prevista no ordenamento responsabilização daqueles que participação de autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público conforme manifesta a Lei Federal nº 13.140/15:

Artigo 40 - Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

5.4.4 – AÇÃO DECLARATÓRIA DE VALIDADE

Outro desdobramento dessa busca por maior segurança jurídica que se verifica no projeto de lei nº 349 refere-se à inovação trazida pela ação declaratória de validade, a qual visa a estabilização por via judicial de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama⁶⁹⁸ afirmam que sua inspiração fora obtida da ação direta de constitucionalidade, como mecanismo que uma vez tendo sua validade reconhecida, obtenha maior certeza quanto à vigência e obrigatoriedade.

A proposição da ação declaratória de validade combate justamente um dos fatores de distorção destacados pelos autores, o qual propugna sobre a “instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle”. Poder-se-ia até argumentar que diante dessa ação específica, equivalente em alguns aspectos e uma confirmação judicial de determinada decisão (acordo), prerrogativas do Poder Público, como a presunção de legitimidade dos atos firmados perderiam em alguma medida a sua razão de ser. Contudo, esse tipo de mitigação já se verifica comumente, dado ao amplo poder de revisão em controle judicial dos atos administrativos.

⁶⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 14/15

Se de um lado verifica-se como limitação legal que condicionará a possibilidade de propositura da ação declaratória de validade justamente a verificação da presença de “razões de segurança jurídica de interesse geral” conforme expresso na redação do artigo 24, *caput*. Se dessa parte parece haver restrição, de outro lado, se constata uma abertura àquilo que pode ser o objeto da referida ação, ou seja, tanto um “ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa” (artigo 24, *caput*).

Dessarte, para que um contrato seja objeto da ação declaratória de validade, não haverá necessidade de que haja edição de decisão ou norma que imponha dever ou condicionamento novo de direito, que fixe nova orientação ou interpretação (artigo 22, *caput*) ou mesmo disturbe diretamente uma relação jurídica. Por conseguinte, é lícito concluir que não é necessário que haja fato do príncipe para que seja proposta a ação declaratória de validade, bastando para tanto que seja conveniente por “razões de segurança jurídica de interesse geral” sua propositura.

A ação declaratória de validade, de acordo com a redação proposta no projeto, terá efeito *erga omnes* e seguirá o regime da ação civil pública de acordo com o artigo 24, *caput*. Sobre o caráter *erga omnes* dos efeitos da ação, haverá a formação da coisa julgada em um patamar especial, de maior solidez tendo em vista a abrangência, que não se limita ao usual efeito *inter partes*. Logo, revela-se na atribuição expressa desse efeito o grande senso de estabilidade que se visa conferir a uma ação que, ainda que com participação limitada (das partes diretamente interessadas), produzirá efeitos que extrapolam àqueles que se dirigem diretamente a juízo.

No entanto, para contrabalançar a potência desse efeito geral (*erga omnes*), os autores se valeram de importante expediente que foi tornar obrigatória a convocação do Ministério Público para, querendo, participar da ação. O *parquet*, no ditame do artigo 24, § 1º, poderá “se abster, contestar ou aderir ao pedido” o que lhe permitirá atuar como *custus legis* afirmando seu posicionamento na ação com um olhar externo e em prol dos interesses públicos diversos, principalmente daqueles não representados na ação proposta.

Note-se que a ação declaratória de validade sob certo aspecto se assemelha a uma consulta pública, que no caso dela mais se trata de uma consulta

judicial, avocando assim a participação de outro Poder, no caso o Judiciário, além do Ministério Público, para opinar e de alguma maneira legitimar (validar) aquilo que foi celebrado.

Justamente sobre a tutela de interesses públicos não necessariamente promovidos pelas partes envolvidas na ação declaratória de validade, emerge o debate acerca dos chamados interesses gerais que devem acompanhar a segurança jurídica almejada. Uma primeira impressão que aflora desse condicionamento concerne à tentativa de legitimar a propositura da ação e seu pedido com interesses que transpõem as partes envolvidas na ação, como que dotada de um condão de proteção geral.

Outro ponto em relação a esse requisito que se destaca refere-se à perspectiva que se de um lado exigir a presença de “interesse geral” parece querer buscar o bem comum, de outra parte os autores parecem não querer vinculá-lo (associá-lo) ao notório princípio da supremacia do interesse público, o qual igualmente visa o bem comum.

Por conseguinte, aludir a “razões de segurança jurídica de interesse geral” corresponde em grande medida ao conteúdo da interpretação do princípio da supremacia do interesse público filtrado pela segurança jurídica necessária ao fiel cumprimento de contratos, atos, normas, ajustes e processos. Poder-se-ia, portanto, ter condicionado a ação declaratória de validade com a seguinte expressão: “razões de segurança jurídica de interesse público”. Contudo, muito possivelmente neste estágio, retomar-se-ia a discussão do mencionado *discrímen* existente entre “interesse geral” e “interesse público”.

Outro efeito destacável da possibilidade de proposição da ação declaratória de validade concerne à percepção de que o juiz passa a atuar como uma espécie de homologador judicial de atos, contratos (e seus aditamentos), ajustes, processos e normas administrativas. Mais uma vez o Judiciário se vê transformado em uma espécie “balcão” de atendimento e processamento de causas que nem sempre carecem de pacificação, quando antes de consolidação (estabilização). Irene Patrícia

Nohara⁶⁹⁹ adverte que “ação declaratória de validade” poderá provocar uma onda de judicialização, uma vez que “todos os investidores terão ganas de obter então um reforço de estabilização com a declaração de validade do seu contrato ou de determinada medida”⁷⁰⁰.

Contudo, em que pesem as críticas que poderiam advir desse posicionamento do Judiciário como homologador de ampla variedade de atos, tal como referido ao tratar-se do tema, estes estão bastante relacionados com a consideração do cenário de desenvolvimento institucional em ambiente democrático.

Consoante ao movimento de evolução por que passa a própria Administração Pública, e as pessoas que nela e com ela se relacionam, progride no sentido de passar-se a respeitar as relações estabelecidas e em semelhante sentido o Judiciário passe a proferir decisões com maior coesão (uniformidade) e certo grau de deferência em relação a decisões de outros Poderes. Dessarte, em que pese o papel de homologador do Judiciário que se pretende (e em certa medida já corrente), esse se mostra proveitoso para o desenvolvimento da segurança jurídica, bem como a estabilização e estímulo no estabelecimento de relações de muitas ordens (celebrando contratos, firmando parcerias, trazendo inovação aos relacionamentos etc.). Tudo isso para que no futuro a ida ao Judiciário possivelmente não seja tão oportuna pelo desfecho previsível que se obteria. Isto posto, a opção pela propositura da ação parece ser parte integrante do desenvolvimento das instituições públicas.

Se há pouco tratou-se da responsabilização do agente público pela leitura das proposições do projeto de lei nº 349, sobre a qual anteriormente à celebração de um compromisso ao agente público é ofertada a possibilidade de dirigir-se ao juiz para que seja autorizada sua subscrição; no caso da ação declaratória de validade, observou-se a existência de um aval judicial na etapa final do ajuste, declarando sua validade. O que se pode concluir é que se muda o tempo, mas não o escopo primordial que é dar ao

⁶⁹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 11

⁷⁰⁰ Outra crítica de extrema pertinência realizada pela autora pode ser observada no seguinte excerto: “Talvez seja uma medida boa para os advogados da área do Direito Administrativo, porque daí em diante haverá inúmeros agentes econômicos com vontade de entrar com uma ação dessa natureza e o Judiciário irá discutir inúmeros contratos e medidas antes mesmo de oferecerem problemas jurídicos.” *Op. cit.* p. 12

agente público e aos interessados que com ele assinam o ajuste (ato, contrato, processo, norma etc.) segurança jurídica efetiva.

5.5 – CONTROLE POSTERIOR DE CONTRATOS

Nesse ponto do desenvolvimento do item, passar-se-á à análise do que classificou-se como segundo eixo, ou seja, tendo em vista que o projeto de lei nº 349 visa conferir balizas para a melhor estruturação de políticas e os contratos que as compõe, bem como auxiliar aqueles incumbidos de seu controle. Cuidar-se-á, portanto, da compreensão de fenômenos temporalmente similares aos tratados pelo projeto de lei nº 8.058, ou seja, a fase *a posteriori* na qual se procede ao controle, ainda que na proposta ora em análise não se limite ao interlocutor na figura do controlador judicial tão somente, mas de todos aqueles capazes de emanar decisões que possam impactar relações pré-estabelecidas com o Poder Público. Como foi mencionado, o projeto de lei nº 349 claramente possui uma acuidade às relações de cunho contratual, e, neste passo, ao controle de contratos.

Como declarado anteriormente, relações bilaterais ou cujas partes sejam conhecidas podem ser impactadas por fatores externos à relação, pela ação do Poder Público, seja na edição de atos, normas administrativas, processos, a celebração de ajustes e contratos que impactem outras relações. Contudo, não subtraindo a importância desse amplo espectro de instrumentos geradores de repercussão em relações já preestabelecidas, na análise seguirá com foco na abordagem do controle contratual, seguindo inclusive o foco dado pelo próprio projeto de lei nº 349.

Outro fator que corrobora a esse prisma contratual reside justamente na perspectiva de que grande parte das relações e cumprimento de atos e normas convolam em muitos casos na celebração de contratos que auxiliarão (tantas vezes de maneira substancial) a execução daqueles. Não é o caso de insistir nos exemplos – necessariamente superficiais, dado o campo temático do desenvolvimento desta tese – mas somente de rápida ilustração, não se realiza o plano nacional de educação, sem que haja escolas e a rotineira manutenção de suas instalações, a compra de uniforme, material escolar e livros didáticos e assim por diante para diversos outros campos de atuação do Estado.

Em vista disso, parte-se do ponto que a assunção de compromissos, do modo como habitualmente se relaciona com o Poder Público até mesmo por imperativo legal (seja da Lei de Licitações bem como a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Processo Administrativo) se dá pela celebração contratual, sendo assim necessária a abordagem de temas que lhe são fulcrais, através das balizas propostas pelo projeto de lei nº 349 que poderão auxiliar seus interlocutores no exame contratual que percorrerá a temática interpretativa, controladora e processual, com claro intento de aumentar a flexibilidade nas contratações e conferir maior segurança jurídica no controle.

Veja-se que não se busca parâmetros para o controle de política pública em sentido amplo como o projeto de lei nº 8.058. Antes o projeto parece visar a realização do controle de contratos que conformam a execução de políticas públicas. Uma evidência dessa derrogação de enfoque é perceptível pela própria redação do projeto que apenas em uma passagem textual, especificamente o artigo 21, *caput*, realiza menção expressa à “política pública” ao passo que o projeto de lei nº 8.058 manifestava uma profusão de artigos, incisos e parágrafos a respeito do tema (políticas públicas).

Conquanto isso não signifique que não seja dada importância às políticas públicas, pois, como afirmado, enfocando os contratos firmados ao cumprimento de interesses públicos, o projeto de lei nº 349 cuida igualmente de políticas públicas. Sem contar que as próprias distorções no sistema jurídico elencadas pelos autores do projeto reiteram o escopo de melhorar a efetividade das políticas públicas.

Conquanto esteja-se procedendo à análise daquilo que no início do item optou-se por denominar de segundo eixo, cumpre ressaltar que volta-se neste eixo novamente ao tema da interpretação dado pelo projeto de lei nº 349. Isso se deve à interpretação que é colocada em posição crucial, frente ao controle realizado por órgãos independentes ou pelo Poder Judiciário, mormente em relação à interpretação calcada em valores jurídicos abstratos como o são os princípios.

Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama⁷⁰¹, afirmam que em decorrência da aceitação da força normativa dos princípios de modo abrangente (e não

⁷⁰¹ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e*

apenas em caso de omissão), torna-se exigível de juízes, controladores e administradores que pensem como políticos. Isso posto, fica mais evidente a razão de deles se exigir que ponderem sobre valores jurídicos abstratos. Irene Patrícia Nohara⁷⁰² aduz que através dos valores jurídicos abstratos “não se pode afastar os freios éticos, com base em valores, mesmo que em prestígio do primado pragmático dos efeitos (que também não deixa de ser relativo, a depender da fundamentação empregada).

A respeito, para além do já mencionado artigo 20, *caput* que preconiza que as interpretações que se fundem em valores jurídicos abstratos deverão medir as consequências de sua decisão, em semelhante sentido, quanto à exigência de ponderar sobre a realidade que conformou e será conformada pela decisão, observou-se no artigo 21, parágrafo único a determinação da medição das circunstâncias práticas que eventualmente tenham imposto, limitado ou mesmo condicionado a ação dos agentes (necessária a consideração das consequências).

Destaque-se igualmente, sobre a interpretação com uma percepção prospectiva de efeitos, que o controle deverá ponderar além das consequências práticas, as possíveis alternativas e quanto a ela expor suas considerações na motivação de sua decisão. Os autores⁷⁰³ do projeto de lei nº 349 nesse sentido esclarecem que:

“É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-públicas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir as consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e adequação das soluções cogitadas, de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc.”

Como não pairam dúvidas pelo quanto argumentado até o momento a respeito da proeminência da medição das consequências no projeto de lei nº 349, da leitura específica da transcrição acima, outro tema de distinção é justamente o da motivação. A respeito dela fica explícita que sua exigência seja em qual esfera de Poder

qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 14

⁷⁰² NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 14

⁷⁰³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

ou ente federativo esteja-se decidindo, colocada no texto do projeto de lei nº 349 de modo inafastável, cuja imprescindibilidade da fundamentação da autoridade mesmo em atos de controle se faz bastante clara.

Porém, o projeto de lei nº 349 parece ir além quando em sua redação versa posição de grande destaque no ordenamento, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como sua obrigatoriedade, sua grande amplitude pela qual ente federativo algum, autoridade alguma poderá dela se furtar, e até mesmo por torná-la quase uma condição de existência e validade da decisão que venha a ser proferida (aproximação das vicissitudes vivenciadas por juízes e gestores públicos).

A motivação vem explícita no projeto de lei nº 349 em três passagens, primeiramente no artigo 20, parágrafo único no qual é colocada em termos gerais, para toda e qualquer decisão. Em seguida no artigo 26, parágrafo único no qual é exposta quando da realização de invalidação de ajuste anterior, e por fim no artigo 29 que trata da motivação no ensejo da compensação. Nas três aparições legais, observa-se como denominador comum a elas: a necessidade de absorção das considerações que serão trazidas pelas partes impactadas, seja pela estimação das alternativas possíveis, ou mais diretamente pela escuta delas.

Se de um lado os autores do projeto de lei nº 349 expuseram como fator de distorção presente na aplicação do atual sistema jurídico a “instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle”, de outro apresentaram como diretrizes tanto o disciplinamento dos “efeitos da invalidação de atos em geral, para torna-los mais justos”, como o impedimento da “invalidação de atos em geral por mudança de orientação”.

Certo que o tratamento dado à invalidação, da maneira como se coloca, se alinha com a intenção do projeto de lei nº 349 de conferir maior segurança jurídica às relações e quase por consequência aprimorar a eficiência ao eliminar fatores de distorção na operacionalização do sistema jurídico como um todo. Essa abrangência é notada na apresentação dos artigos que cuidam da invalidação (artigos 25 e 26), pela ênfase não apenas quanto à variedade de agentes que proferirão a decisão (“na esfera administrativa,

controladora ou judicial”), como a diversidade de objetos sujeitos à revisão (“ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”).

Outro ponto que se apresenta, no tratamento dado ao projeto, quanto à invalidação no artigo 25 refere-se à revisão, que parece ser termo mais amplo e que abarca o controle. Assim, busca-se não traçar como parâmetro único a legalidade e sim frisar a validade, tendo em vista que tomar a validade, como propõe o projeto de lei nº 349 compreende a inserção no cômputo da análise as orientações gerais. Desse modo, versar se legal ou ilegal seria mais restritivo em termos de análise do que avaliar se válido ou inválido, que abarca mais do que as leis e normas fixadas no ordenamento, mas também as orientações gerais, as quais deverão ser consideradas quando na realização de revisão, de acordo com a redação do artigo 26, *caput*.

Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salama⁷⁰⁴ preconizam que a adoção de critérios mais claros para identificar-se as situações a serem protegidas, além de fazer sentido, faz sentido. Assim, a invalidação passa pelos incentivos prospectivos definidos em lei, sedimentando assim a vigência que determinada interpretação possui, assimilando assim a conhecida “modulação de efeitos”. Egon Bockmann Moreira⁷⁰⁵ a respeito do tema destaca a incidência do que denominou “lógica da responsabilidade” que parametriza e estabelece os atos que devem preceder o juízo de invalidação, uma vez que o decisor (juiz, administrador, controlador) precisará avaliar as reais consequências de sua decisão, afiançando-as. Ainda assim, o autor traça importante ressalva a respeito da invalidação, ao defender que “não se pode pretender que a pessoa/órgão decisor tenha conhecimento de todos os eventos futuros, sobretudo os imprevisíveis”.

Em relação ao artigo 26, o segundo a tratar da invalidação mais diretamente no projeto de lei nº 349, observou-se que àquilo que outrora em sede de interpretação deveria ser levada em conta, que são as consequências, neste momento passam a ser exigidas de maneira mais contundente, requerendo daquele que emana a

⁷⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16. p. 15

⁷⁰⁵ MOREIRA, Egon Bockmann, Comentários ao art. 26 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 33-35. p. 34/35

decisão a indicação “de modo expresso” das consequências. Dessa maneira, a exposição das “condições para que a regularização ocorra” como a especificação de como se processará a adequação a ser realizada em muito se assemelha a necessidade de fixação de regime de transição, o qual será melhor exposto a seguir.

5.5.1 – REGIME DE TRANSIÇÃO E CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO

Como aventam Floriano Azevedo Marques e Egon Bockann Moreira⁷⁰⁶ em texto acerca do artigo 22 do projeto de lei nº 349, o Direito deve mudar, mas essa mudança não deve impor uma “caixinha de surpresas”. Dessa perspectiva fica clara que a intenção dos autores do projeto é conferir na rotina de mudanças do Direito um piso mínimo de estabilidade, que foi traduzido de modo mais explícito pela introdução do chamado regime de transição, bem como pela faculdade de celebrar-se compromisso. Passar-se-á adiante à exposição do primeiro e na sequência deste último.

O regime de transição deverá ser fixado nas hipóteses em que a decisão administrativa que com base em norma indeterminada impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou ainda quando a decisão fixe orientação ou interpretação nova. Assim, os autores propõem como diretriz a conferência “aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas”. Desse modo, quando os atos e partes atingidas necessitem para o cumprimento da decisão (e suas exigências) uma modulação (calibração) para que seja proporcional, equânime e eficiente sem que haja prejuízo aos chamados interesses gerais.

A respeito deste tópico, o *caput* do artigo 22 aduz que o regime de transição servirá para que “a submissão às exigências se opere de modo proporcional, equânime e eficiente, e sem prejuízo aos interesses gerais”. Veja-se que figura outras repetições do “proporcional, equânime e eficiente” no artigo 23 § 1º inciso I e no artigo 26, *caput*, sendo que em todos os três casos exige-se a compatibilidade (ou não prejuízo) aos interesses gerais.

⁷⁰⁶ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11/12

Leitura mais acurada do artigo 22, parágrafo único levante algumas considerações, na medida em que ao proclamar que “[s]e o regime não estiver previamente estabelecido [...]”, o que pode levar a duas indagações (conclusões). A primeira delas se o regime de transição não seria estabelecido na concomitância do proferimento da decisão. E o segundo, pois se o regime de transição é prévio, na realidade ele antecederia à decisão; mas este raciocínio é logo desmentido na continuidade da própria redação do parágrafo, quando aventa-se a possibilidade de não ter sido estabelecido.

O artigo 22, parágrafo único quando menciona “o sujeito obrigado” logo revela que não se faz distinção se pertence à esfera pública ou privada, importando para tanto sua condição de impactado. Assim, uma vez na posição de sujeito atingido, emergirá direito subjetivo de negociar o regime de transição quando não fixado através da celebração de compromisso. Floriano Azevedo Marques Neto e Egon Bockmann Moreira⁷⁰⁷ extraem desse regime a adoção da modulação de efeitos que torne proporcional, equânime e eficiente os efeitos diante de uma mudança de interpretação. Neste jaez comenta Irene Patrícia Nohara⁷⁰⁸ que a modulação de efeitos quanto às decisões administrativas ainda é pouco tratada, apesar de bastante corrente no campo constitucional, uma vez que corresponderia à uma forma de se aplicar as regras administrativas com ponderação diante de fundamentos como a segurança jurídica, a proibição de enriquecimento ilícito, o fato consumado e a boa-fé.

A autora⁷⁰⁹, no entanto, discorda da proposição do projeto de lei que confia aos interessados à negociação. Em seu entendimento, em vez de se colocar o interessado para negociar o cumprimento da lei (a qual inúmeras ocasiões abrange assuntos indisponíveis), ela defende que ao interessado poderia tão somente garantir-se o contraditório e a ampla defesa para que ele invoque seus argumentos que auxiliariam a autoridade competente encontrar uma interpretação mais ajustada às características do caso concreto.

⁷⁰⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma Lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 09-12. p. 11

⁷⁰⁸ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 10

⁷⁰⁹ *Op. cit.* p. 10

Uma de suas características principais refere-se a atenção dada às peculiaridades do caso concreto, retomando o foco sobre a realidade, as orientações gerais vigentes, a adequação não baseada em mera subsunção de resposta (quociente) dicotômico. Assim sendo, o compromisso poderá estabelecer um regime de transição. Mas o compromisso vai além, servindo a eliminação (ou atenuação) de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa decorrentes da aplicação do Direito Público. Marilda de Paula Silveira⁷¹⁰ pondera que o regime de transição auxilia no desenvolvimento de instrumentos auxiliares à concretização da segurança jurídica, tendo em vista que passa-se não cogitar-se tanto uma “solução binária”, privilegiando em seu lugar a consideração das circunstâncias de cada caso.

Os proponentes do projeto de lei nº 349 cuidaram, contudo, de condicionar a celebração do compromisso à consulta pública, oitiva do órgão jurídico e a presença de “razões de relevante interesse geral”. Isso revela-se importante, para que não haja negociação que fique limitada às partes mais diretamente interessadas sem a intervenção, acompanhamento da perspectiva mais geral.

A este respeito, da atenção dada ao interesse mediato daqueles que não estão cientes e/ou presentes na negociação do compromisso, cumpre recordar a lição de Owen Fiss⁷¹¹, para quem as negociações realizadas em âmbito jurisdicional são mais benéficas que as realizadas fora deste meio. De acordo com o autor, o juiz pode exercer “uma presença orientadora” que poderá empregar diversas medidas para diminuir o impacto das desigualdades distributivas entre as partes que negociam e aqueles eventualmente impactados e subrepresentados. Ademais, Niklas Luhmann⁷¹² destacando igualmente a importância do campo jurisdicional, aduz que nele “simplificações ilegais” ocorridas em campos alternativos de negociação, seriam evitadas.

⁷¹⁰ SILVEIRA, Marilda de Paula. Comentários ao art. 22 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 23-25. p. 24

⁷¹¹ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenador da tradução: SALLES, Carlos Alberto. Tradutores: SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros. São Paulo: RT, 2004. p. 126

⁷¹² LUHMANN, Nicholas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 58

O compromisso, como manifesta o projeto, derivará de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, nisto vê-se respeitada (observada) pelas três hipóteses aventadas na redação do artigo 23, *caput* que não necessariamente precisa-se da edição de decisão ou norma que distorça uma relação jurídica a ensejar a celebração do compromisso diante de uma das três hipóteses citadas.

Artigo 23. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive quando da expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após consulta pública e oitiva do órgão jurídico, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicidade, na forma dos atos oficiais.

Apesar de assemelhar-se a uma mediação extrajudicial, quanto ao produto (resultado) a celebração do compromisso proposta no projeto de lei nº 349 se diferencia principalmente pelas balizas impostas tanto no artigo 23, *caput*, como pelo contido em seus parágrafos. Veja-se que inclusive, ainda que previsto o regime de transição quando da emanção da decisão administrativa que com base em norma indeterminada impuser dever ou condicionamento novo de direito, ou ainda quando a decisão fixe orientação ou interpretação nova, o compromisso relativo ao referido regime parece constituir-se como veículo hábil a oficializar esse regime de transição almejado.

No entendimento de Juliana Bonacorsi Palma⁷¹³, a previsão da celebração de compromisso é bastante salutar, por expandir “modo de gestão” já testado em diversos órgãos e entes públicos brasileiro, a partir do “permissivo genérico à atuação administrativa consensual”. A autora⁷¹⁴ exemplifica essa experiência já testada mencionando os compromissos celebrados na Comissão de Valores Mobiliários, ou os acordos de leniência feitos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. No entanto, adverte Irene Patrícia Nohara⁷¹⁵ que causa estranheza a possibilidade de na negociação do regime de transição com a autoridade, celebrar um compromisso para

⁷¹³ PALMA, Juliana Bonacorsi. Comentários ao art. 23 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 26-28. p. 28

⁷¹⁴ *Op. cit.* p. 27

⁷¹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 10

ajustamento, que para além de uma “lídima expressão da consensualidade”, poderá incorrer no fenómeno da captura, diante da abertura dada àquele que deveria ser sancionado estar negociando seu próprio grau de cumprimento de seu dever. De outro lado, também pode-se cogitar o sentido inverso, que em a celebração de compromisso, pode acabar acometida pelo que acontece com os termos de ajustamento de conduta, muito mais que uma negociação franca, muitas vezes mais se assemelha a um termo de adesão proposto pelo representante do Poder Público, de modo a afastar a via negocial e consensual primordialmente vislumbrada.

Por fim, a mencionar-se o artigo 21, parágrafo único do projeto, este prescreve que na “decisão sobre a regularidade de comportamento ou sobre a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão levadas em conta as circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação dos agentes”. Neste ponto acerca da “regularidade do comportamento” pode-se recordar que não se fala em “legalidade” mas em “regularidade”.

Isso compreende uma sinalização de que passa-se pela aplicação de um exame de legalidade menos estático e com características flexíveis de ponderação, pela legalidade ampliada que não é mais subsumida em uma resposta binária de legal ou ilegal, mas alinhavada pela análise da razoabilidade, das dificuldades práticas e como o ordenamento faz um balanceamento ora pendendo ao favorecimento de alguns princípios do que de outros.

A respeito da aferição da regularidade ou validade através da interpretação estar vinculada à necessidade de considerar as circunstâncias presentes no momento de edição do ato, contrato, ajuste, processo ou norma, o artigo 21, *caput* fala em “considerará os obstáculos e dificuldades reais” e seu parágrafo único em “serão levadas em conta as circunstâncias práticas”; já o artigo 25, *caput* aduz em “levará em conta as orientações gerais da época”. Marilda de Paula Silveira⁷¹⁶ a este respeito conclui que abandonar-se progressivamente a lógica da invalidação com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, ou a simples preservação do ato inválido praticado, passando-se à adoção de

⁷¹⁶ SILVEIRA, Marilda de Paula. Comentários ao art. 22 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 23-25. p. 25

paradigma segundo o qual o princípio da segurança jurídica impõe a avaliação, sempre motivada, da necessidade de adoção em cada caso de um regime jurídico de transição em favor dos administrados.

5.6 – CONCLUSÕES PARCIAIS

A partir das considerações apresentadas no decorrer deste capítulo, pode-se concluir que o projeto de lei nº 349 buscou enveredar-se pelo fornecimento de parâmetros em quatro etapas que corroboram com a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

A primeira delas cuida de princípios gerais que devem irrigar a atuação de agentes públicos e privados, seja pela exposição de parâmetros para a interpretação, como a necessidade de medição das consequências práticas da decisão, e mesmo expondo a amplitude do que se considera uma decisão que impacte outras relações com o Poder Público. Sobre isso, esta etapa introduz um diferencial importante ao condensar o entendimento de que uma decisão que gere um fato do príncipe pode advir do Judiciário ou mesmo de órgãos de controle como os Tribunais de Contas e o Ministério Público dos mais diferentes entes federativos, além dos próprios gestores públicos. Nesse momento de fixação dos princípios gerais, destacaram-se igualmente a busca pela maior compreensão que os envolvidos devem ter dos óbices que acometem o cumprimento das obrigações, da necessidade de consulta pública e a abertura à negociação.

Na segunda etapa, observa-se um enfoque em torno da responsabilização que seja mais justa (e proporcional), evidenciada tanto pelas considerações traçadas em torno do tema no tocante de que divergência jurídica não corresponde necessariamente à ilicitude, além da conceituação do que se deve tomar por erro grosseiro ou considerar como orientações gerais. Ademais, há igualmente o lançamento do mecanismo protetivo do agente público (e dos outros interessados envolvidos) na possibilidade de conseguir-se uma autorização judicial para celebração de compromisso.

Na terceira etapa, há a caracterização daquilo que envolve uma espécie de judicialização preventiva, ou seja, refere-se àquela imediatamente após a edição de

determinado ajuste (decisão), a qual muito possivelmente ocorreria posteriormente, dada a experiência dos interessados. Nessa etapa, apresenta-se o instrumento hábil à estabilização (segurança jurídica) das relações já constituídas que é a ação declaratória de validade. Justamente nessa etapa, aqueles que proferem decisões com impacto sobre as relações pré-existentes com o Poder Público, são convocados a igualmente estabelecerem um regime de transição, para que haja proporcionalidade e maior igualdade dos efeitos da decisão, além de modulação de prejuízos ulteriores. Ademais, nessa etapa destaca-se a possibilidade de celebração de compromisso quando não tenha sido fixado regime de transição ou mesmo com o intento de suprimir incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Já na quarta etapa, o projeto de lei nº 349 visa dar tratamento quando já se verifica situação contenciosa constituída que será informada por parâmetros de consideração relativamente à interpretação sobre aquilo que se decide, conclamando à consideração efetiva dos obstáculos reais e as circunstâncias práticas que envolveram a execução da política pública (e as contratações subjacentes a ela). Outrossim, são objeto de consideração o tema das invalidações, principalmente no que concerne as consequências dela decorrentes, além do maior detalhamento dos tipos de prejuízos (pecuniário ou de responsabilidade) e suas diferentes reparações através da devida compensação.

Relembre-se que muitos institutos do Direito administrativo vêm sofrendo críticas, dentre os quais aquele que denuncia o engessamento da atuação dos gestores públicos. Contudo, mesmo os gestores públicos sendo “engessado”, o que se percebe é um déficit de segurança jurídica, até mesmo pela utilização equívoca de princípios e a interpretação geral do ordenamento sob o paradigma constitucional.

Assim, uma visão holística do discurso de reprovação (descontentamento) com o atual cenário poderia revelar certa incompatibilidade entre flexibilidade e segurança jurídica, quando na realidade, harmonizam as duas pela emergência (presença) de cada qual em diferentes momentos (períodos) do ato, ajuste, contrato, norma ou processo. Não engessa a atuação dos agentes, mas antes concedem parâmetros mais explícitos de relacionamento e defesa de suas posições.

Conclui-se que o projeto de lei nº 349 efetivamente compromete-se com o aprimoramento da segurança jurídica, o incremento da flexibilidade do Poder Público para transacionar (e com isso o “indesejado” aumento da discricionariedade), bem como a diminuição de interpretações superficiais pela melhor determinação dos conteúdos de cada norma, de modo a estimular uma maior percepção da complexidade dos ajustes e atos a serem elaborados e ulteriormente controlados, bem como o fomento ao cumprimento das obrigações.

Finalizamos com a recordação de para Antonio Anastasia⁷¹⁷, o projeto teve a preocupação de aumentar a qualidade das decisões públicas e de seu controle, de modo que não se reveste de uma causa partidária, mas de um objetivo de Estado que compreende todos os Poderes. Semelhante passo percorreram os criadores⁷¹⁸ originais do projeto, para os quais cuida-se através dele elevar-se os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público. Entretanto, Irene Patrícia Nohara⁷¹⁹ faz objeção ao projeto de lei no que pareceu ser a principal preocupação de seus elaboradores, qual seja, a criação de um “ambiente estável para os negócios, sem que os investimentos fossem afugentados pela constante utilização do *ius variandi* da Administração Pública”. O embate de opiniões não finda, pois a dúvida parece perene, como condensa Celso Fernandes Campilongo⁷²⁰ em lapidar excerto:

“A crítica, mais uma vez, é no sentido de que a desregulamentação subtrai a dimensão de igualdade perante a lei – própria do direito liberal – e confere à deslegalização uma capacidade impressionante de resgate do controle social perdido pelo Estado. Outra corrente, em oposição, vê na desregulamentação um conjunto de possibilidades que tanto pode favorecer aos grupos mais bem posicionados na economia quanto fugir completamente ao controle do Estado, desregulamentando até ‘direitos adquiridos’ que impedem a mudança social.”

⁷¹⁷ ANASTASIA, Antonio. (Apresentação de obra.) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*: desafios de uma sociedade democrática. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. pp. 05-06. p. 05

⁷¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277

⁷¹⁹ NOHARA, Irene Patrícia. *Proposta de alteração da LINDB* (projeto 349/2015). Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>. p. 04

⁷²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60

CONCLUSÕES FINAIS

Neste derradeiro capítulo, buscar-se-á brevemente trazer à memória dos principais tópicos abordados no decorrer do trabalho, e como o desenvolvimento destes contribuíram para a verificação da hipótese da pesquisa. Serão exposta a síntese de pontos convergentes e outros divergentes identificados no decorrer do debate que envolveu a análise de alguns tópicos da pesquisa. Na sequência, serão manifestados diagnósticos que corroboram à verificação da hipótese, seguida de considerações finais.

A discussão da hipótese lançada no início da pesquisa, em sua própria proposição já desvela que tratar-se-ia de tema que imiscui aspectos sociais, políticos e jurídicos. Nesta senda, o entendimento do Estado que vive plenamente a democracia, no escólio de Maria Paula Dallari Bucci⁷²¹, envolve o cultivo de uma “cultura política e social fortemente entrelaçada com práticas jurídicas efetivas e progressivamente institucionalizadas”.

Nesse sentido, a necessidade de parâmetros tanto para a elaboração como para o controle das políticas públicas não parece se concretizar em razão de uma única causa (como a emergência do atual ordenamento constitucional), mas por um conjunto de fatores que somados sensibilizariam o fenômeno objeto da análise.

No início do desenvolvimento da pesquisa, recorreu-se à exposição de algumas características que conformam aquilo que compreendeu-se como uma sociedade complexa. O tratamento do tema contribuiu para o entendimento de que tanto a Administração Pública como o Judiciário prestam atualmente serviços a uma sociedade com grande variedade de interesses passíveis de exteriorização em ambiente democrático e participativo.

Dentre as mudanças no ordenamento impulsionadas pela promulgação da Constituição Federal de 1988, observou-se o que Floriano Azevedo Marques Neto e

⁷²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29

Juliana Bonacorsi Palma⁷²² denominaram de “movimento de ampliação do controle da Administração Pública”. Esse movimento, contudo, igualmente foi impactado pelas alterações hermenêuticas que sucederam ao texto constitucional.

A partir das mudanças na hermenêutica constitucional, observou-se transformações na forma e na extensão material do controle judicial dos atos administrativos que impactaram (e ainda impactam) o entendimento de outros institutos como o princípio da legalidade, o interesse público, a gestão pública e mesmo a separação dos Poderes de Estado.

Uma das repercussões de maior destaque dessa nova hermenêutica se refere justamente à proeminência dos princípios como fonte normativa que contribuiu para aprimorar a interpretação mais alinhada à justiça; mas ao mesmo tempo desgastou as divisas entre a separação de funções (e competências) entre agentes de diferentes Poderes de Estado, e mesmo pela ampliação e fluidez que se processou com a releitura do princípio da legalidade.

Dentro do notório paradigma de ação e controle da atividade da Administração Pública calcado no princípio da legalidade, observou-se que um vetor influente dessa mudança hermenêutica foi a constitucionalização do direito administrativo. Esse fenômeno contribuiu para atrair a esse específico campo do direito (e da atuação estatal) a incidência de outros princípios para além daqueles setoriais (explicitamente elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988).

Ainda assim, quando se mira a ação estatal e o controle judicial, o expoente que domina em grande medida esses processos é justamente o princípio da legalidade. Sobre este aspecto, notável a percepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷²³, para quem a constitucionalização do direito administrativo alargou o princípio da

⁷²² MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 21-38. p. 21

⁷²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio do Processo Administrativo no Novo Código de Processo Civil. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 229-232. p. 230

legalidade, tendo em vista que a ação da Administração Pública passou a ser controlada sob o paradigma ampliado do direito (abrangendo assim princípios e valores).

Tendo em vista, portanto, a emergência de uma hermenêutica diferenciada que corroborou com o alargamento do princípio da legalidade, a consideração assim, dos valores e princípios extraídos do ordenamento jurídico requerem que sejam ponderados diversos elementos tanto no que se executa, e, especialmente naquilo que se controla. A partir desse entendimento, considerações acerca da boa-fé, da confiança legítima, da dignidade da pessoa humana, da moralidade dentre outros princípios e valores devem ser concomitantemente sopesadas.

No entendimento de Luiza Ferreira Campos e Gustavo Just⁷²⁴, observou-se a “substituição de construções discursivas desgastadas por outras de cunho pacificador que exercem um trabalho de reposição de legitimidade, diluindo assim as tensões e projetando um panorama mais harmonioso. Nesse sentido, entram novas fórmulas, como os direitos fundamentais, a proporcionalidade e a razoabilidade. Inseridas nessa perspectiva, no discorrer do trabalho foram analisados estes dois últimos institutos, de modo que a melhor compreensão de cada qual contribuiu para certificar que existe uma aproximação das inquietudes e vicissitudes legais porque passam diferentes poderes na execução do interesse público em uma democracia constitucionalizada.

Seguiu-se adiante no desenvolvimento da pesquisa com a análise do princípio da separação de Poderes de Estado, e como sua releitura se faz imperiosa dadas muitas das mudanças apontadas. A este respeito, José Rodrigo Rodriguez⁷²⁵ aponta que a estrutura padrão da separação de Poderes foi desorganizada, exemplificando esta consequência pela atividade política que vem sendo exercida pelo juiz, e pela imposição dos cidadãos “fazer ou não fazer algo com base numa regra criada *ex post factum* por uma autoridade não eleita”.

⁷²⁴ CAMPOS, Luiza Ferreira; JUST, Gustavo. Transformações do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas ‘pós-positivistas’ e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 89-122. p. 122

⁷²⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 129

No ensejo da compreensão da complexidade não apenas social, mas da própria atuação da Administração Pública, clarificou-se dois antagônicos vetores de forças que recaem sobre a sua atuação. Se de um lado requer-se do Estado a intervenção em diversos setores (principalmente para executar políticas públicas de caráter social), concedendo-lhe para tanto prerrogativas; de outro busca-se controlá-lo o mais possível, para preservar principalmente os direitos individuais, ampliando-se para tanto a abrangência do controle judicial quase irrestritamente sobre matérias administrativas.

A partir da percepção dessa dissonância, discorreu-se a respeito de outras que lhe são correlatas (e que impactam-se mutuamente), como o Judiciário figurar como apreciador último daquilo que se decide, a relevância do Legislativo no equilíbrio entre os demais Poderes de Estado, e a decadência do questionamento binário do certo-errado na exegese jurídica. Essas análises contribuíram para o entendimento de que vivencia-se atualmente um processo de amadurecimento da democracia que passa pela evolução⁷²⁶ das instituições e o modo como operam seus agentes.

Conquanto se tenha atingido essa percepção acerca do amadurecimento, isso não significa que a evolução da democracia (seus participantes e instituições) se dê sem dissidências, percalços e atritos. Em vista disso, paralelamente às conclusões relativas à instauração de limites ao desenvolvimento e controle das políticas públicas, no desenvolvimento da dissertação, muitos foram as oportunidades de visualizar-se embates (cismas) que abriram caminho para a reflexão sobre as dúvidas e as experiências (como que testando-se limites) sobre os desbordamentos de competência de agentes de diferentes Poderes na execução de suas funções.

Desse cenário cambiante que parece demandar por limites mais claros (ainda que indiretamente), a possibilidade de estabelecê-los através da positivação soa como uma possibilidade plausível sob muitos aspectos. Dessarte, conquanto ainda hajam,

⁷²⁶ A isso não se pretendeu reportar situações pretéritas como menos evoluídas que as atuais, mas antes ponderar que frente uma nova realidade, algumas são bem-vindas como meios de adequação a uma conjuntura insólita. Neste raciocínio, se emprestou da lição de Thiago dos Santos Acca, sintetizado nestes questionamentos: “Será que a sociedade romana ou grega antiga, ou ainda a sociedade medieval, seriam mais atrasadas do que a nossa? Sob que perspectiva poderíamos fazer essa afirmação?” ACCA, Thiago dos Santos. Como sei se um trabalho acadêmico precisa de uma parte histórica? Qual poso usá-la para auxiliar na construção do meu trabalho? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 101-122. p. 114

como mencionado, dissidências, percalços e atritos nas atividades de agentes de diferentes Poderes de Estado, isso não significaria que esteja em curso uma corrosão do relacionamento harmônico entre eles, mas antes de uma construção dessa harmonização do convívio através da instalação de suportes que forneçam a todos os envolvidos limites mais claros que sustente as ações (e decisões) de cada qual propiciando maior segurança jurídica e aplicação otimizada dos institutos constitucionalmente consagrados. Neste contexto, observou-se claramente aquilo que Maria Paula Dallari Bucci⁷²⁷, chamou de “interpenetração cada vez mais regrada e previsível, nas democracias maduras, entre a política e a gestão, mediada pelo direito”.

Veja-se que faz-se alusão a normas positivadas que visam conferir parâmetros e, portanto, orientar seus aplicadores ao invés de engessar lhes a atuação pela estipulação, em lei, de hipóteses que descem aos mínimos detalhes das situações a que poderiam ser submetidos. Essa possibilidade de oferecer limites por lei mais abrangente resta ilustrada pela própria intenção do projeto de lei nº 349 vir a incluir dispositivos legais justamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942). Essa possibilidade de normas positivadas servirem de incentivo capaz de melhor orientar a atuação de operadores de diferentes Poderes, além da sociedade, foi resumida por Maria Paula Dallari Bucci⁷²⁸ no seguinte excerto:

“Portanto, no caso brasileiro, considerando a reforma administrativa pela qual o país está a esperar, é **pouco razoável supor a construção de um marco jurídico inteiramente novo**. O mais plausível será uma **nova sistematização de regras e conceitos existentes** (ainda que talvez não inteiramente incorporados às práticas correntes), enfrentando-se questões fundamentais do direito público, principalmente os dilemas da **inefetividade crônica e da falta de sustentabilidade jurídica** das iniciativas governamentais, que se reflete na também reiterada descontinuidade de políticas e programas. [...] Em outras palavras, a redefinição dessa dinâmica depende também do direito, não podendo ser solucionada exclusivamente com a mudança de comportamento político por um ato de vontade; é **preciso que a cadeia de incentivos para os comportamentos de desconsideração das normas seja modificado**.” (grifo nosso)

⁷²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 40

⁷²⁸ *Op. cit.* p. 152/153

Na medida em que foram observadas significativas mudanças de paradigmas (cenário social, jurídico e político), sem a devida atualização legislativa, o progresso do trabalho ensejou à condução de uma pesquisa de *lege ferenda*, tendo em vista que parcela significativa do problema identificado diz respeito à interpretação que se vem tomando da ação administrativa e seu controle na dogmática jurídica. Por conseguinte, o estudo dos exemplos práticos, ou seja, dos dois projetos de lei, visaram apresentar argumentos à hipótese, de modo a apontar rumos de uma desejada alteração das normas que disciplinem situações de intensa dissonância na atualidade.

Neste jaez, por tratarem-se de projetos de lei que não subvertem por completo os demais diplomas do ordenamento, visando na realidade (como mencionado) conferir limites ao amadurecimento das relações e instituições democráticas; ambos serviriam de supedâneo legal para que muito da produção legislativa (e constitucional) já existente fosse mais (e melhor) cumprida. Thiago Marrara⁷²⁹ a este entendimento preconiza para a atualidade que não se deve cogitar “inventar novas técnicas ou instituições de controle, mas sim aprimorá-las, de fazê-las funcionar”.

A partir das postulações trazidas através dos exemplos práticos seria viabilizada a convergência de tratamento mais equânime e harmônico de temas sob discussão (sobre os quais decisões serão tomadas), com uma aproximação tanto de semelhanças aparentes, como daquelas queridas, na prática cotidiana de operadores (sejam gestores ou juízes) frente a sociedade e o ordenamento. Como exemplo, relembre-se que não apenas o administrador público, como o juiz, deve ponderar a multiplicidade de interesses envolvidos na decisão, ou mesmo os impactos que ela possivelmente ocasionará.

Em suma, ambos os projetos de lei objetos de exame possuem pontos convergentes a respeito de diversos assuntos, como a busca da equidade de tratamento entre semelhantes, a flexibilização das vias tradicionais de elaboração das políticas públicas e os acordos sinalagmáticos que permeiam sua estruturação e execução. Ainda faça-se referência à intenção da justiça em sentido material, mais legitimada tanto por

⁷²⁹ MARRARA, Thiago. Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 45-65. p. 45

tentar ouvir maior número de envolvidos, como pelo equilíbrio daquilo que se considere justo. Outro ponto de concordância reside na busca de percepção dos impactos, por aquele que toma decisões, sejam na formulação de acordos ou de controle judicial.

Veja-se, outrossim, que a análise dos dois projetos de lei selecionados, atualmente em tramitação no Congresso Nacional, congregam para si especulações sobre as propostas de emenda pelas quais passarão ou mesmo pela sua aprovação e conversão em lei. Relativamente a essas meditações, entretanto, findo este trabalho continua-se não sabendo se vingarão ou não, e de qual maneira. Todavia, essa indefinição, além de parte intrínseca do desconhecimento sobre fatos futuros, não desprestigia as virtudes das reflexões tecidas em torno da hipótese proposta.

Seja dito de passagem, que refletir e dissertar sobre o futuro, ainda que imensamente desconhecido por razões temporais, circunscreve-se ao âmbito de desenvolvimento acadêmico (e por isso científico), tendo em vista que através de suposições e argumentações acerca da ulterioridade aparta a exposição acadêmica do caráter meramente narrativo sobre o passado que se constata. Dessa forma, em prol da pesquisa não se mostrar supervacânea, buscou-se discutir exemplos práticos aliado às concepções mais sedimentadas e as conformações e tendências observáveis na realidade, para dialogar de alguma forma com o porvir, ao invés de fazer-lhe uma fotografia estática que retrata o passado.

Alberto do Amaral Júnior⁷³⁰ explica (concernente à área do direito internacional) que frente à escalada vertiginosa da multiplicidade de domínios, com seus respectivos subsistemas normativos cravados de pluralidade, complexidade, fluidez e dinamismo próprios, a demanda por coordenação se realiza através do que segundo Erik Jayme teorizou como “diálogo das fontes”, segundo Alberto do Amaral Júnior. A partir dessa teoria seria estabelecida a comunicação dos subsistemas entre si e com as demais regras do ordenamento, o que de certa forma, como se pode depreender do excerto a seguir transcrito, remete aos propósitos contidos nos exemplos práticos:

⁷³⁰ AMARAL JÚNIOR, Alberto. O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. vol. 03. nº 02. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. pp. 11-31. p. 17/18

“O ‘diálogo’ das fontes é útil, também, para a realização da justiça concreta, entendida como a estipulação do valor que organiza as relações sociais e define o que é legítimo em determinado momento histórico. Esse fato se verifica, especialmente, quando uma das normas que dialoga apresenta conteúdo variável, vago ou indeterminado, sendo necessário, por isso, recorrer às valorações internacionais predominantes para garantir a sua aplicação.”

A percepção do futuro, assim, perpassa o intuito dialógico que marca os exemplos práticos na reflexão que buscou pensar soluções para a posteridade e contestá-la, seguindo aquilo que Carlos Ari Sunfeld⁷³¹ precisou no seguinte excerto:

“É preciso pensar no futuro. Não só no futuro do conhecimento jurídico sobre o mundo público, coisa de juristas, como no futuro da própria legislação, coisa da política. Será que algo deve mudar nas teorias que utilizamos no direito administrativo, muito especialmente sobre construção do interesse público, exercício da autoridade e papéis dos Poderes do Estado? **Existem insuficiências na legislação atual, por haver introduzido inovações estruturais sem chegar ao ponto de equilíbrio?**” (grifo nosso)

Justamente a respeito dessas inovações necessárias para as releituras que se vem empreendendo, Irene Patrícia Nohara⁷³² alertou que a “atual onda de exigência por inovação” atinge a atuação da Administração Pública, e não apenas setores das atividades econômicas. Ela propugna que a gestão pública deve, diante de desafios de adaptação tanto às mudanças sociais, como em relação ao regime jurídico de direito público, dar soluções distintas às novas circunstâncias. A autora, ainda assim, empreende semelhante raciocínio ao traçado por Carlos Ari Sunfeld no excerto anterior, alertando que “soluções antigas dificilmente solucionarão novos problemas”.

Observou-se que a edição de leis (como os projetos de lei selecionados) extrapola os limites relativos à deferência judicial frente a determinados temas em análise, mas antes um envolvimento balizado pelos parâmetros elencados no ordenamento. Assim, confere-se capacidade de estabilização do sistema a todos os interessados, sejam agentes públicos ou privados, organizados ou não. Nesse sentido, às

⁷³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 67

⁷³² NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de Inovação na Administração Pública Contemporânea: “Destrução Criadora” ou “Inovação Destruidora” do Direito Administrativo? In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 151-160. p. 151

inovações que vem surgindo, indaga Thiago Marrara⁷³³ a que tipo de direito administrativo afinal estaria sendo construído. Possivelmente àquele que Carlos Ari Sundfeld⁷³⁴ diz ser daquele direito administrativo que inova ao pensar fora da caixa, preferindo as variações, divergências e desajustes.

Em suma, finalizando essa exposição sobre os exemplos práticos como limites positivados ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial, cumpre mencionar o entendimento de José Rodrigo Rodriguez⁷³⁵, para quem antes do advento das sociedades plurais e altamente complexas, poder-se-ia falar que a segurança jurídica compreendia “uma única resposta para cada problema jurídico”. Atualmente, no entanto, frente à sociedade complexa, a estabilização temporária tanto das instituições como dos modelos de racionalidade judicial permite a grupos e indivíduos uma segurança jurídica temporária, que pode ser desestabilizada, na visão ao autor, por “novos conflitos, novas reivindicações de grupos sociais, novas demandas individuais”.

No entanto, em que pese o reconhecimento dessa dinamicidade contínua que a nada permite uma estabilização (ainda que temporalmente), relembre-se da lição de Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld⁷³⁶, para os quais ainda que certo grau de incerteza seja inerente ao Direito, mecanismos que possam “criar mais certeza” e “proteger atos passados” fazem-se necessários. Analogamente, é como se os proponentes buscassem revestir as decisões relativas ao Poder Público de uma operação de hedge, como ocorre no mercado financeiro:

Resolução Bacen nº 3.312/05 – “Artigo 1º Estabelecer que as transferências financeiras do e para o exterior, decorrentes de **operações destinadas à proteção (hedge)** de direitos ou obrigações de natureza comercial ou financeira, **sujeitos a riscos de variação**, no mercado internacional, de taxas de juros, de paridades entre moedas estrangeiras ou de preços de mercadorias, podem ser realizadas por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas

⁷³³ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 43

⁷³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 154

⁷³⁵ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 170

⁷³⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 279

ou com sede no País, em bancos autorizados a operar no mercado de câmbio, observado o disposto na presente Resolução.” (grifo nosso)

Glossário do site Bacen - “Operações realizadas com o objetivo de obter proteção contra o risco de variações de taxas de juros, de paridade entre moedas e do preço de mercadorias.”⁷³⁷

Assim, se concebe que talvez não tenha havido momento histórico em que os institutos jurídicos não tenham sido cotejados sem carga mínima de dinamicidade. Esta, na atualidade, se releva não apenas na dimensão temporal (com a celeridade da alteração da realidade social), como também pela dimensão pessoal, na qual progressivamente mais e mais agentes ganham legitimidade para interferir em processos políticos, pela demonstração de interesse na causa, ainda que remotamente impactado.

Dessarte, as diretrizes trazidas a lume através dos exemplos práticos abordados são tentativas claras de prosseguir com o aprimoramento jurídico sobre as relações que efetivamente se travam entre agentes públicos e privados (e a segurança jurídica subjacente). Nos termos esposados por Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld⁷³⁸, “é preciso questionar permanentemente o funcionamento global do sistema, identificando ajustes e correções que possam torná-lo melhor”.

A partir das considerações realizadas sobre os tópicos abordados no discorrer do trabalho, passa-se à exposição da síntese de pontos convergentes e divergentes que identificou-se no debate dos temas que buscam responder à hipótese. Inicialmente, conclui-se que não parece haver quem desconheça a penumbra, em termos legais, quanto aos limites de atuação dos representantes dos Poderes de Estado (sejam gestores públicos ou controladores judiciais). Palpitante evidência dessa situação, inclusive, foi veiculada recentemente na mídia sob a denominação de “ativismo institucional”⁷³⁹.

⁷³⁷ Definição do Glossário do site do Banco Central do Brasil. Disponível em < <https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/GLOSSARIO>>

⁷³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 281

⁷³⁹ ALBUQUERQUE José Augusto Guilhon. Ativismo institucional pode levar-nos à derrocada. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, pág. A02, 29 dez 2016.

Ao longo do desenvolvimento do trabalho, foram debatidos e testados temas atinentes à hipótese, como a hermenêutica constitucional e mesmo a releitura do princípio da legalidade. A consistência das respostas paulatinamente coletadas foram objeto de ponderação crítica buscando, sempre que possível ou cabível, contraditas ao posicionamento exposto. Dessa forma, assume-se que o desenvolvimento dos capítulos expuseram argumentos que respondessem à hipótese formulada no início da pesquisa, fornecendo em alguma medida contribuição ao debate acerca da positivação de limites ao desenvolvimento de políticas públicas e seu controle judicial, especialmente no cenário jurídico que sucedeu à promulgação da Constituição Federal de 1988.

Algumas das conclusões parciais expostas na introdução do trabalho, no decorrer da pesquisa foram sendo reafirmadas. Assim, mediante a positivação de limites, possivelmente galgar-se-ia entre os operadores do direito e mesmo grupos ou indivíduos interessados um entendimento mais claro dos processos e ramificações temáticas que compreendem as políticas públicas. Para além, a segurança jurídica se mostrou fator decisivo tanto ao desempenho de funções de cada um do Poderes, como para o aprimoramento das políticas públicas e seu controle, mediante pautas positivadas. Outras consequências que se confirmariam, presumivelmente, seria o provável incremento da harmonia entre os Poderes de Estado, a aderência da legitimidade democrática de políticas públicas em relação aos representantes eleitos e sequazes da participação popular (ou por grupos de pressão).

Entretanto, mesmo que algumas conclusões parciais aventadas no princípio da pesquisa tenham sido proferidos, como especificado no mesmo ensejo, as conclusões reafirmadas por si não podem ser generalizáveis, haja vista as constatações iniciais da pesquisa a respeito da complexidade e dinamismo dos fatores sociais e políticos que marcam a contemporaneidade.

Logo, em que pese as discussões travadas e temas expostos, não se faz estreme de confirmação categórica a hipótese por alguns fatores. Primeiramente, pois como já mencionado, tratam-se de leis em abstrato, e por isso fica impossibilitada qualquer consciência a respeito de se elas virão ou não a ser positivadas no sistema jurídico. Ademais, ainda que fossem positivadas, seria necessário um lapso temporal para que se pudesse perceber os efeitos decorrentes dessa fixação de limites através da norma.

E, por fim, a respeito da subjetividade inerente de qualquer narrativa (acima de tudo, as históricas), de modo que aquilo que se concluiu e se anteviu como solução pode não se concretizar; desta visão cumpre fazer menção à anedota de Thiago dos Santos Acca⁷⁴⁰ bem como ao aforismo de Raymundo Faoro⁷⁴¹:

“Os fatos passados não nos levam a concluir como será o futuro. Algumas séries de ficção científica produzidas nos anos 1960 pela TV americana são bons exemplos da contingência do futuro. Se tomarmos séries como *Jornada nas Estrelas (Star Trek)* ou *Perdidos no Espaço (Lost in Space)* vamos ver que as espaço naves são repletas de botões, alavancas e luzes coloridas. A construção do futuro nas mencionadas séries é uma visão ampliada da sua própria realidade, ou seja, toda a tecnologia imaginada era semelhante aos aparelhos conhecidos na época.”

“O historiador, adverte um filósofo, elimina o elemento irracional dos acontecimentos, mas, nesta operação, cria uma ordem racional, que não só por ser racional será verdadeira.”

Por conseguinte, buscou-se dar aos institutos tratados no decorrer dos capítulos atenção às releituras que se vem fazendo sem contudo marginalizar os entendimentos que usa-se chamar de clássicos, quando expressos em manuais (ainda que em proporções incrivelmente menores ao realizados por Fernando Dias Menezes de Almeida em sua livre-docência⁷⁴²). Segue-se, nesse passo, a exposição de três entendimentos (diagnósticos) que recorrentemente ao longo da pesquisa sobressaíam, ainda que tratando-se de tópicos diferentes.

O primeiro eixo remete àquilo que permeou muitas das leituras realizadas no desenvolvimento da pesquisa, ou seja, as “crises” pelas quais estariam passando diversos institutos administrativos e mesmo princípios constitucionais. Nesse sentido, acredita-se que exista possivelmente certo exagero na caracterização de crises por dois fundamentos: o primeiro deles, pela esmagadora maioria das menções atrelarem crise a algo negativo, quase maniqueísta do passado do mal, contra o presente-futuro do

⁷⁴⁰ ACCA, Thiago dos Santos. Como sei se um trabalho acadêmico precisa de uma parte histórica? Qual posso usá-la para auxiliar na construção do meu trabalho? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 101-122. p. 114

⁷⁴¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. 3ª ed. p. 822

⁷⁴² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 12

bem. O segundo fundamento se refere a incompreensão de que aquilo que se chama de crise, em muitas ocasiões, expressavam na realidade uma tentativa de aperfeiçoamento, ainda que mediada por desgastes entre os contendentes.

Como evidenciado em diversos momentos do trabalho, as chamadas crises, na realidade, deveriam ser tomadas como processos de adaptação, adequação, ajustamento, melhoramento etc. Afinal, crises se manifestam quando não há gerações em diálogo entre si, ainda que com certo enfrentamento, questionamento em relação ao que se tem passado (ou aceitado). Como bem exemplifica essa discussão acesa (perlenga), eis o chamado explicitado por Carlos Ari Sundfeld⁷⁴³:

“Portanto, leia o nosso texto e vamos debater.”

Dessa confrontação advém salutar gasto de energia pela mudança, ou ao menos pelo debate. Thiago Marrara⁷⁴⁴, a propósito, argumenta que o direito administrativo vem passando por inúmeros movimentos, “cujas durações são de difícil previsão”; tratando-se, assim, na visão do autor de “um processo de transformação não finalizado”.

O gasto de energia nos conflitos, ao decorrer do tempo, com o amadurecimento das instituições, operadores, doutrina e jurisprudência, poderia ser inclusive melhor canalizado e distribuído. Quanto a isso, a compreensão do cenário é tão importante quanto as balizas normativas que lhe sejam criadas. Sob este aspecto, os projetos de lei parecem lançar seus operadores a um aprofundamento necessário do conhecimento dos fatos que circundam aquilo sobre o que se decide. Como sustentou Cass Sunstein⁷⁴⁵, ainda que não seja possível avaliar os fatos sem critérios normativos, é certo que uma compreensão de fatos clarificará os pontos sobre os quais se diverge de modo que poder-se-ia diminuir “o tom das discussões jurídicas e mesmo políticas, de forma a produzir mais luz e menos calor”.

⁷⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69. p. 69

⁷⁴⁴ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 45

⁷⁴⁵ SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo. *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236. p. 235/236

Esse aspecto benéfico das inúmeras “crises” (em verdade, processos de aprimoramento), no entanto, pode ser melhor observado pela exposição daquilo que lhe é oposto, isto é, uma crise de fato. Para isso, recorre-se ao mundo operístico, o qual há mais de um século atravessa a chamada “crise da ópera”. No escólio de Carolyn Abbate e Roger Parker, a crise da ópera perpassa a falta de entendimento em “como abordar o futuro de uma forma de arte que, no melhor dos casos, tem tido uma relação problemática com a modernidade”⁷⁴⁶.

Veja-se a contradição que denuncia uma crise real. Apesar de atualmente o número de espetáculos de ópera encenados ao vivo ao redor do mundo ser muito maior do que era há cinquenta anos, ao mesmo tempo essa arte convive com a seguinte circunstância desafiadora, segundo Carolyn Abbate e Roger Parker⁷⁴⁷: “a expansão da ópera envolveu uma maioria esmagadora de apresentações de obras do passado, com frequência obras que foram alegremente descartadas pelas pessoas para as quais foram produzidas – por sociedade que confiava em que mais óperas, e talvez melhores, estavam logo por vir”. Os autores⁷⁴⁸ expõem que essa modalidade artística está em crise justamente por não se transformar na proporção que seria esperada:

“O aspecto crucial aqui, que vamos mencionar mais de uma vez ao longo da obra, é o pessimismo cultural que hoje abastece o repertório, uma **postura** que faz a cena operística **ser tão diferente das formas que lhe são cognatas**, como o romance ou filmes ou artes visuais, em que o novo está em **constante e vívida competição com o antigo**.” (grifo nosso)

O segundo dos entendimentos remete à necessidade de maior correspondência (e aceitação) dos conteúdos mínimos que as palavras possuem, principalmente em textos legais. Em muitas ocasiões da pesquisa, não raras foram as postulações de que haveria pelos intérpretes desses textos certa insipiência quanto ao sentido das palavras. Ademais, esse diagnóstico liga-se em grande parte com a hermenêutica constitucional e a saliência dos princípios, apartando muitas vezes o

⁷⁴⁶ ABBATE, Carolyn; PARKER, Roger. *Uma história da ópera: os últimos quatrocentos anos*. Tradução: Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 13/14

⁷⁴⁷ *Op. cit.* p. 14

⁷⁴⁸ *Op. cit.* p.14/15

significado mínimo das palavras. Frederick Shauer⁷⁴⁹ destaca que as palavras tem um conteúdo mínimo apreensível pela utilização de regras:

“Se se depara com um jornal australiano de 1827, consegue-se lê-lo porque se compreende, mesmo acontextualmente, o significado da maioria das palavras e frases do jornal, embora seja verdade que, com um melhor conhecimento histórico, talvez se pudesse entender ainda mais o que um grupo de ingleses presos transportados estava querendo dizer. Esse exemplo não demonstra que a linguagem é imutável, nem que a linguagem pode ser perfeitamente compreendida sem atenção ao contexto, mas, sim, que certo número de convenções linguísticas, ou regras da língua, são conhecidas e compartilhadas por todas as pessoas com competência no idioma inglês. Competência linguística em determinada língua envolve a compreensão de uma quantidade de regras que também são entendidas por outros indivíduos linguisticamente competentes na mesma língua. Quando indivíduos compreendem as mesmas regras, então transmitem significado por meio de uma linguagem que está em conformidade com essas regras.”

Afonso Rodrigues Queiró⁷⁵⁰ endossa o entendimento acima pela máxima: “[u]m conceito tem limites, do contrário não seria um conceito”. Nesse jaez, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁵¹, desconsiderar o quanto escrito na lei, corresponde a legislar a pretexto de interpretar-se a lei. Ele entende que seria como se pudesse “examinar a lei para concluir que o que nela consta é ‘como se não constasse’”. Segundo preconiza o autor⁷⁵², não importa quão vaga seja a expressão utilizada pela lei, em sua visão sempre haveria um ponto de partida objetivo identificável. Seu raciocínio vem condensado nos seguintes excertos:

“Contestar esta afirmação seria aceitar que conceitos e palavras que os rotula, podem não possuir significação alguma e que a lei, ao utilizá-los, nada desejou dizer, valendo-se deles por mera pilhéria”.

“Cumpre atentar, ainda, para o fato de que quando a lei não redefine conceitos e noções utilizados na linguagem corrente, ou quando não especifica o conteúdo exato das expressões que utiliza, isto significa que encampa e absorve a significação comum, usual, que a palavra tem no uso diuturno, leigo. Em tais casos, ao intérprete e ao

⁷⁴⁹ SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116. p. 88

⁷⁵⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 07, 1947. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1947. pp. 52-80. p. 53

⁷⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 56

⁷⁵² *Op. cit.* p. 58/60

Judiciário incumbe partir da significação central corrente do termo e correlacioná-la com os objetivos da norma e do instituto jurídico a que ela se reporta, a fim de determinar seu alcance, tal como se faz usualmente no mecanismo habitual de comunicação humana, isto é: capta-se a significação das palavras em função do contexto em que estão utilizadas.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁵³ considera que o Judiciário ao analisar políticas públicas “caminha em areias movediças”, até mesmo por todos os fundamentos em que se baseiam os defensores do controle judicial decorrerem de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse aspecto, José Rodrigo Rodriguez⁷⁵⁴ destaca que o juiz, ao agir como administrador, acaba por destruir a força das normas gerais, “pois ignora completamente seu texto e promove a mediação dos interesses sociais sem o seu intermédio”. Luís Roberto Barroso⁷⁵⁵ diferencia o enunciado normativo de norma, pelo primeiro corresponder ao texto (ao relato contido no dispositivo constitucional ou legal), ao passo que o segundo equivaler ao “produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado”. Desta feita, o autor vislumbra a possibilidade de afastar o sentido das palavras, por de “um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas”.

Vide, nesse íterim o entendimento de Celso Fernandes Campilongo⁷⁵⁶, o qual endossa aquilo que em algumas passagens da pesquisa se evidenciou; que não cabe ao sistema jurídico suprir as deficiências dos partidos, das eleições e do parlamento, concluindo que as estruturas do sistema jurídico são aptas para decidir entre o legal e o ilegal, de modo que pretender mais do que sua função autoriza é o primeiro passo para desvirtuar e enfraquecer o sistema jurídico. Na exposição de José Rodrigo Rodriguez⁷⁵⁷, o sentido das palavras precisa ser relativamente estável para que a comunicação se faça,

⁷⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 835/836

⁷⁵⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 174

⁷⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63. p. 45

⁷⁵⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86

⁷⁵⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. (Org.). *Organização das Relações Privadas - Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 49-61. p. 55

de modo que “um juiz, um advogado, um promotor e um cidadão não podem mudar arbitrariamente o sentido de uma palavra”. O autor de forma desafetada explica:

“Analogamente, eu não posso xingar a mãe de alguém e esperar que ele não reaja. Não vai adiantar nada dizer, em meu favor, que mudei o sentido das palavras e, na verdade, eu queria dizer que o fulano e sua mãe, objetos do adjetivo que usei, são pessoas muito legais.”

O terceiro entendimento recorrente que se teve percepção refere-se ao controle judicial bastante pluriforme na atualidade, ou como disse José Rodrigo Rodriguez⁷⁵⁸, hodiernamente existe uma “pluralidade de modelos hermenêuticos em disputa”. Ademais, na contemporaneidade, não há como cogitar-se a ilusão de “uma única resposta correta para cada problema jurídico ou uma justificativa única para as decisões judiciais”, segundo o autor⁷⁵⁹, o que o leva a propor a imposição de “algum grau de restrição por outra via, qual seja, padronizando o raciocínio jurisdicional”.

Se é certo que a hipótese do trabalho volta-se igualmente à parâmetros que forneçam subsídios à elaboração, execução e fiscalização sobre as quais as políticas públicas deveriam seguir; a ênfase, quiçá maior, ao aspecto relativo aos parâmetros de controle jurisdicional tem seus motivos. O principal deles refere-se à capacidade de um padrão mínimo de conformação do controle possuir o condão de condicionar a atuação estatal na medida, frise-se: desde que haja coesão em como a revisão judicial é diuturnamente realizada. Emprestando o escólio de José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁰, para isso seria preciso a determinação da “maneira pela qual o juiz irá justificar sua decisão, ou seja, quais regras irão presidir a construção do texto de sua justificação”.

Atrai a atenção a essa proposição justamente a possibilidade de criar segurança jurídica a partir da argumentação, ou seja, “a partir de mecanismos voltados para estabelecer critérios que sirvam para fundamentar argumentativamente as decisões”⁷⁶¹. Ademais, com a estipulação de um determinado padrão de julgamento seria estatuído “determinados ônus argumentativos” que teriam o condão de padronizar o modelo de justificação, passando-se assim a um tipo de controle denominado pelo autor

⁷⁵⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 165

⁷⁵⁹ *Op. cit.* p. 162

⁷⁶⁰ *Op. cit.* p. 160

⁷⁶¹ *Op. cit.* p. 228/229

de “modelo de racionalidade judicial”⁷⁶². George Marmelstein Lima⁷⁶³ vislumbra, a este respeito, que o desenvolvimento da argumentação judicial contribuiria para dar mais racionalidade ao processo de justificação do julgamento; ou mesmo delimitar o “leito onde as águas correm”, as dirigindo, encaminhando e filtrando, como averbou Raymundo Faoro⁷⁶⁴ acerca da regulamentação de algo.

A propósito da fixação de um “processo decisório metodicamente enquadrado”, Gustavo Just⁷⁶⁵ nele enxerga o ideal fundador do próprio Estado de Direito constitucional, cuja atuação deve ser objetiva e neutra. Dessarte, como consequências positivas desse modelo de racionalidade jurídica, José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁶ aponta seis delas: sua utilização como ferramenta de operação do ordenamento jurídico, como instrumento didático, como critério para avaliar as decisões tomadas (possibilitando a diferenciação das boas justificativas das más justificativas), como descritor do padrão de operação do ordenamento jurídico (uma vez pois estaria positivado nas decisões jurisdicionais), como elemento de legitimação do direito e como modelo para construir instituições futuras ou reformar as instituições existentes.

Relativamente ao modelo ser aplicado em sede jurisdicional, José Rodrigo Rodriguez⁷⁶⁷ aventa seu estabelecimento através de “constrangimentos institucionais”. Estes, frente à atual indeterminação do direito contemporâneo, levanta a necessidade de discussão sobre o controle das decisões⁷⁶⁸. Assim, o direito contemporâneo revela seu papel mais amplo na solução de conflitos sociais, na medida em que passa a refletir sobre o mundo como um “espaço em que habitam uma pluralidade de indivíduos e grupos com ideologias, crenças, interesses os mais

⁷⁶² *Op. cit.* p. 170

⁷⁶³ LIMA, George Marmelstein. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>

⁷⁶⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 813

⁷⁶⁵ JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 30-44. p. 37

⁷⁶⁶ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 163

⁷⁶⁷ *Op. cit.* p. 158

⁷⁶⁸ *Op. cit.* p. 167

variados”⁷⁶⁹. Conforme manifestou Swarai Cervone Oliveira⁷⁷⁰, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, através da exteriorização das razões jurídicas seria a maneira de limitar a manifestação de posições ideológicas dos juízes, já que estes não são alheios às influências políticas e sociais que forjaram sua personalidade. Conclui, a este respeito o autor, que é justamente na fundamentação que se encontra a maior garantia do jurisdicionado no controle da atividade jurisdicional.

De tudo quanto exposto, inúmeras foram as evidências que certificam que a positivação de limites reverbera, inclusive, sobre a possibilidade de melhor articular os desígnios e metas propostas tanto em nível constitucional, como na legislação ordinária, em prol do cumprimento de direitos fundamentais através da melhor execução das políticas públicas em suas etapas (de elaboração, execução e fiscalização), bem como sua impugnação em sede jurisdicional. Conforme entende Rodrigo Pagani de Souza⁷⁷¹, “a não articulação suficiente entre fins e meios de política pública pode ser muito danosa”, e quanto a isso os exemplos práticos em alguma medida expõem instrumentos de articulação entre diferentes setores (institutos) político-sociais.

A exposição do trabalho alicerçou algumas evidências inicialmente colocadas na introdução do trabalho, no que se refere à consideração de que dada a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como as modificações hermenêuticas do ordenamento e seus intérpretes, haveria sedimentado no cenário pátrio certa instabilidade quanto às fronteiras requeridas, tanto ao desenvolvimento democrático de políticas públicas, como ao controle exercido pelo Judiciário.

Em alguma escala, muitos são os atingindo pela falta de limites claros no ordenamento, não absorvidos pela dogmática jurídica quanto à elaboração de atos administrativos políticos e seu respectivo controle em juízo acabam por ter consequências perversas tanto para o administrador público, a sociedade e a própria instituição do Judiciário. Seja o gestor público, que observa muitos dos projetos e planejamentos serem desvirtuados e/ou não concretizados. Seja a sociedade, que

⁷⁶⁹ *Op. cit.* p. 169

⁷⁷⁰ OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 99

⁷⁷¹ SOUZA, Rodrigo Pagani. Controle da Regulação no Brasil: Novas perspectivas com ênfase em resultados. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 115-135. p. 127

mediando o voto e oportunidade de participação, pode ter esta última desconsiderada; sem contar o tratamento desigual entre semelhantes. Seja pelo juiz, que se vê inúmeras vezes acuado entre a posição de Pôncio Pilatos e Dom Quixote, conforme ilustram Luiz Werneck Vianna e Marcelo Baumann Burgos⁷⁷² no seguinte excerto:

“Utilizando-se a metáfora evocada pelo juiz, pode-se sintetizar a situação nos seguintes termos: caso se comporte como Pilatos, não apenas frustra a expectativa dos cidadãos que buscam o Judiciário como via de acesso ao direito, mas também arrisca a tornar o próprio sistema judicial indiferente ao avanço da cidadania; caso se comporte como Dom Quixote, corre o risco de assumir uma postura voluntarista, que pode comprometer sua imagem no âmbito do Tribunal e contribuir para desintegrar o direito.”

Encerra-se este capítulo conclusivo da pesquisa através da exposição mais clara da perspectiva dinâmica que reveste ambos os projetos de lei. A essa perspectiva remete-se à performance tanto quanto às decisões administrativas, como àquelas judiciais, ambas com redações que delineiam procedimentos em um intervalo de tempo, com múltiplos atores. Essa concepção lhes conferem a dinamicidade que lhes retira o caráter fotográfico e estático. Ministram assim limites que conferem amplitude de visão (a floresta, e não a árvores), bem como de movimento (atraindo ao debate e consideração outros atores e os prováveis impactos). Em vista disso, não parece que haja ainda uma postura de indiferença ou de “absoluta falta de comunicação com os interesses externos ao sistema jurídico administrativo”⁷⁷³, como se os interesses dos administrados não pudessem compor a gestão pública; ou ainda uma “prática jurídica que ignora a flutuação do conteúdo das normas, esconde as contradições e que também rejeita ou despreza as novidades normativas”⁷⁷⁴.

De acordo com Lídia Reis de Almeida Prado⁷⁷⁵, ainda hoje reverbera em diversos meios acadêmicos certa deificação da ciência, olvidando que justamente

⁷⁷² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. vol. 48. nº 4. 2005. pp.777-843. ISSN 0011-5258. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>>. p. 796

⁷⁷³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os Caminhos do Ato Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. pp. 89-113. p. 106/107

⁷⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 193

⁷⁷⁵ Informação fornecida por Lídia Reis de Almeida Prado, na palestra “As lógicas do razoável e do inconsciente: suas relações com o direito”, promovido pelo Centro de Estudos Jurídicos – CEJUR e a

uma teoria vale pelos erros que ela corre. Em sua exposição a palestrante consignou que uma teoria que não se testa não é científica, mas antes um dogma, de modo que o erro na ciência torna-se preferível. Assim, a grande contribuição da hermenêutica filosófica para o direito residiria justamente no desmascaramento da insuficiência da dogmática ao operador do direito, através do qual se descortinam as situações ideológicas envolvidas numa suposta objetividade.

Nesse jaez, a pesquisa, terá servido ao debate, ao buscar testar a hipótese assumida quanto à positivação de limites. Leandro Karnal⁷⁷⁶ em referência aos propósitos que a norma positivada não deve deixar de manter, atenta para as finalidades legais, como maiores que o próprio texto. Veja-se o excerto:

“O objetivo não é a lei, mas a harmonia social e a justiça como caminhos e a felicidade geral como fim. A lei não se esgota na lei, mas mira na possibilidade de existência equilibrada de todos. Fixação no caráter sacro da lei caracteriza o farisaísmo: o que está escrito fica mais importante do que o que se pretende com aquilo que está escrito.”

E justamente a respeito do texto da norma, José Rodrigo Rodriguez⁷⁷⁷ destaca consequências negativas a depender de qual tipo de redação caracterize determinada norma. O autor pondera que em uma norma cuja redação seja aberta, esta acabará por perder a racionalidade do direito; por outro lado, aquela cuja redação seja fechada, inviabilizará a ação do Estado nos casos em que for necessária certa flexibilidade (seja para julgar ou administrar). Frente à variedade de redações no ordenamento pátrio, os projetos de lei cuidam de levar os operadores a transitar pela articulação interpretativa da multiplicidade de diplomas legais.

Vale ainda, em relação às insuficiências da norma positivada, a reflexão sobre a advertência que, conquanto se creia verossímil em relação à hipótese do trabalho, ainda assim poderá acometê-la de alguma forma. Trata-se do distanciamento existente entre a realidade (a prática) para com a academia e/ou o texto da norma. Essa

Escola Superior de Direito Público Municipal – ESDM/SP da Procuradoria-Geral, da Secretaria dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo, no Pátio do Colégio nº 5 (São Paulo/SP) em 03 dez 2013.

⁷⁷⁶ KARNAL, Leandro. Regras a felicidade. O Estado de São Paulo, São Paulo, pág. C06, 21 dez 2016.

⁷⁷⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 174

admoestação ronda o direito administrativo de longa data, conforme evidenciam os excertos do Visconde do Uruguai⁷⁷⁸ a seguir:

“Porquanto os rudimentos, isto he as definições, as divisões, as classificações, certas noções primordiais, aliás simples e claras, desprezadas pelos espiritos levianos e superficiaes, são tudo nas sciencias, porque he delas que partem, he nelas que se basêão. As complicações aparecem no desenvolvimento, nas **aplicações**.”

“Demais a maior parte dos Tratados e obras existentes, forão escriptos por Professores de Direito administrativo, mui versados em theorias, porém faltos daquella **pratica** que sómente póde ser adquirida na administração.” (grifo nosso)

Fernando Dias Menezes de Almeida⁷⁷⁹ a respeito sugere que “a abordagem acadêmica do direito administrativo não se opõe à atividade prática no âmbito da Administração, como fontes da teoria”. O autor reconhece na prática e na teoria coisas diferentes, que não por isso seriam opostas entre si, dado ser igualmente “perfeitamente compatível formular-se teoria a partir de uma experiência prática”.

Seria bom acreditar que as relações entre os agentes dos Poderes de Estado evoluiriam de modo “natural”, com o passar do tempo. Contudo, um *laissez-faire*, *laissez-passer* institucional pode ser bastante temerário. De mais a mais, como foi objeto de exemplo no discorrer da pesquisa, se a transparência já inscrita constitucionalmente desde 1988 precisou de um “empurrãozinho” em 2011 (com a publicação da Lei Federal nº 12.527/11). Talvez a roupagem positivada seja o “empurrãozinho” que falta ao aprimoramento tanto do desenvolvimento como do controle das políticas públicas, de modo que passariam por um incremento da adesão de limites pelo “carimbo da positivação”, tal qual a proposição de Bertolt Brecht:

“Um carimbo é tudo. Sem um carimbo nem mesmo o Xá da Pérsia podia dizer que é o Xá.”⁷⁸⁰

⁷⁷⁸ URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. X, XI e XIII

⁷⁷⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 208

⁷⁸⁰ BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. Tradução: Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2010. p. 113

Finaliza-se a pesquisa com a mensagem de Thiago Marrara⁷⁸¹ que frente à dita fragilidade e instabilidade que caracterizam o direito administrativo em transição, mais se “demandam discussões científicas de muito fôlego, paciência e desapego”. Assim, tempo é necessário para que o debate evolua, em que pese a celeridade das mudanças sociais e políticas.

“Há um provérbio que diz ‘Muita pressa é o nome do vento que põe abaixo o andaime’.”

“Se há pressa, então não brigemos. Uma boa briga pede tempo.”
782

⁷⁸¹ MARRARA, Thiago. Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46. p. 45

⁷⁸² BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. Tradução: Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2010. p. 65

BIBLIOGRAFIA

ABBATE, Carolyn; PARKER, Roger. *Uma história da ópera: os últimos quatrocentos anos*. Tradução: Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ACCA, Thiago dos Santos. Como sei se um trabalho acadêmico precisa de uma parte histórica? Qual poso usá-la para auxiliar na construção do meu trabalho? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 101-122.

ACKERMAN, Bruce. Adeus Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 265. jan-abr 2014. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. pp. 13-23.

ALBUQUERQUE José Augusto Guilhon. Ativismo institucional pode levar-nos à derrocada. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, pág. A02, 29 dez 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

AMARAL JÚNIOR, Alberto. O “Diálogo” das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. vol. 03. nº 02. Belo Horizonte: CEDIN, 2008. pp. 11-31.

ANASTASIA, Antonio. (Apresentação de obra.) In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. pp. 05-06.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. pp. 29-52. RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

————— A Legitimação Democrática das Agências Reguladoras. pp. 01 – 20. in BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

————— Comentários ao art. 21 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 20-22.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs. Controle Judicial de Políticas Públicas. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 85-102.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: contribuição ao estudo do tema judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

————— *Grandes Temas de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

————— Interpretação no Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 45-50.

————— *Pareceres de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.

————— *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 31-63.

————— Agências Reguladoras – Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. in BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 59-87

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEOLCHI, João Batista. Gestão Pública Contemporânea. In: ALMEIDA, Eloísa Machado. *Controle da administração pública*. São Paulo: FGV Direito SP, 2014. pp. 93-115.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 145-204.

BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da auto-executoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 267-309.

BORGES, Alice Gonzalez. *Temas do Direito Administrativo Atual: estudos e pareceres*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação 00133381820128190066. Relator: Ministro Pedro Freire Raguene. J. em 01/10/2013. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageId=3lvz0ayauxm4ehd0qdjea535>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. Tradução: Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

————— *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Luiza Ferreira; JUST, Gustavo. Transformações do discurso administrativista: a assimilação das formas argumentativas ‘pós-positivistas’ e as tentativas de redefinição de institutos-chave do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 89-122.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Transformação e efetividade do direito administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 71-87.

CATALÁ, Joan Prats I. Direito e Gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. *Revista do Serviço Público*. Ano 47 (mai-ago 1996), vol. 120. nº 02. pp. 23-46.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. EUA: Pearson Education, 2004.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em*

perspectiva - Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 345-370.

————— O Controle Judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In SALLES, Carlos Alberto de. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CRETELLA Júnior, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 79. jan-abr 1965. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 1965. pp. 23-37.

CRUZ, Verônica. Estado e regulação: fundamentos teóricos. in: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (coord.). *Regulação e Agências Reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009. pp. 53-86.

DALLARI, Adilson Abreu. Comentários ao art. 25 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 31-32.

————— Processo administrativo como instrumento de segurança jurídica. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem à Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 685-699.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Comentários ao art. 27 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 36-39.

————— Da constitucionalização do direito administrativo: Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 175-196.

————— Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 13 (abril - junho), vol. 52, São Paulo, 2013. pp. 13 - 33.

————— *Direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

————— *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Introdução: do Direito Privado na Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito Privado Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 1-20.

O que sobrou da discricionariedade administrativa? Reflexões sobre o controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 167-190.

Princípio do Processo Administrativo no Novo Código de Processo Civil. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 229-232.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 23. jan-abr 1951. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1951. pp. 01-16.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. in GIONOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. pp. 489 - 503.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ, Leslie Shériida. A conciliação nos Juizados Especiais Cíveis: uma análise empírica. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenador da tradução: SALLES, Carlos Alberto. Tradutores: SILVA, Daniel Porto Godinho da; RÓS, Melina de Medeiros. São Paulo: RT, 2004.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ROMANO, Michel Betenjane; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. O Gerenciamento do Processo. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Org.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*: revolução na prestação jurisdicional – guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

GALANTER, Marc. *Por que quem tem sai na frente*: especulações sobre os limites da transformação no direito. Tradução: Ana Carolina Chasin. Título original: Why The 'Haves' Come Out Ahead: Speculations On The Limits Of Legal Change. São Paulo: Editora Saraiva, no prelo.

GORDILLO, Agustin. *Participación administrativa*. in Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). vol. III. São Paulo: RT, 2012. pp. 655-667.

GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal. *Direitos Sociais contra os Pobres*. Artigo publicado no site da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (EUA) em 14 de maio de 2011. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

————— *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 283

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Arbitragem nos Contratos da Administração Pública. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 79-98.

GUEDES, Demian. “A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 241-266.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

IPEA/CNJ *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.) Brasília, 2011.

JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. pp. 30-44.

KARNAL, Leandro. Regras a felicidade. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, pág. C06, 21 dez 2016.

KOZICKI, Katya; QUEIROZ, Estefânia Maria. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. in *Revista Direito GV*, Ano 2012 (janeiro - junho), vol. 8, nº 01, São Paulo. pp. 59 - 85.

KRELL, Andreas. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LATIF, Zeina. Investimentos: o duplo custo do Judiciário. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, pág. B10, 10 set 2016.

LIMA, George Marmelstein. *Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>

LINDBLOM, Charles. Muddling through 1: a ciência da decisão incremental. In: HEIDEMANN, Francisco Gabriel; SALM, José Francisco (Orgs.). *Políticas Públicas e Desenvolvimento - Bases Epistemológicas e Modelos de Análise*. 2ª ed. Brasília: Editora UnB, 2010. pp. 161-180.

LUHMANN, Nicholas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

————— *O amor como paixão – para a codificação da intimidade*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2014.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARICATO, Erminia. *O impasse da política urbana no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi. Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 21-38.

—————, SUNDFELD, Carlos Ari. Uma Nova Lei para Aumentar a Qualidade Jurídica das Decisões Públicas e de seu Controle. In: SUNFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 259. jan-abr 2012. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2012. pp. 207-247.

————— Controle interno da Administração Pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 45-65.

————— Direito administrativo brasileiro: transformações e tendências. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 17-46.

MASHAW, Jerry L. Judicial Review of Administrative Action: Reflections on Balancing Political, Managerial and Legal Accountability. *Revista Direito GV especial* nº 1 (Special Direito GV Review nº 1). São Paulo: Fundação Getulio Vargas 2005. pp. 153-170.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. “Mecanismos de consenso no Direito Administrativo”. in ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. pp. 335–349.

————— Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45.

————— Comentários ao art. 29 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 43-45.

————— *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

————— *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MILL, John Stuart. *Sistema de lógica dedutiva e indutiva: exposição dos princípios da prova e dos métodos de investigação científica*. Tradução: João Marcos Coelho. Coleção Os Pensadores. v. XXXIV. São Paulo: Abril, 1974.

MORAIS, Carlos Blanco. *Manual de Legística - Critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

————— Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. in *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, mar-mai, 2008. pp. 01-18.

MOREIRA, Egon Bockmann, Comentários ao art. 26 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 33-35.

MORISHITA WADA, Ricardo; OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Comportamento da nova classe média brasileira nas relações de consumo. In: OLIVEIRA, Fabiana Luci; MORISHITA WADA, Ricardo. (Org.). *Direito do Consumidor: os 22 anos de vigência do CDC*. São Paulo: Campus Elsevier, 2012. v. 1, p. 31-49.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de Inovação na Administração Pública Contemporânea: “Destruição Criadora” ou “Inovação Destruidora” do Direito Administrativo? In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 151-160.

————— *Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015)*. Publicado em 24 de junho de 2016. pp. 1-16. Disponível no site <http://direitoadm.com.br>.

—————; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tratado de Direito Administrativo: licitações e contratos administrativos*. vol. 6. Coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: RT, 2014.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, Swarai Cervone. *Poderes do Juiz nas Ações Coletivas*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLSON, Mancur. *A lógica da ação coletiva: os benefícios públicos e uma teoria dos grupos sociais*. Tradução: Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi. Comentários ao art. 23 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 26-28.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentários ao art. 20 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 17-19.

PEREZ, Marcos Augusto. Comentários ao art. 28 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 40-42.

Controlado da Discricionariedade Administrativa. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controlado da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 63-82.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 2ª reimpressão.

PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controlado Judicial da Discricionariedade Administrativa – Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 07, 1947. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1947. pp. 52-80.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Como encontrar um bom tema dentro de minha área de interesse? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 53-79.

_____; ACCA, Thiago dos Santos. Como respondo cientificamente a uma questão jurídica controversa? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia Jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 81-99.

REID, Michael. *Brazil: The Troubled Rise of a Global Power*, London: Yale University Press 2014.

RIZZI, Ester e XIMENES, Salomão. *Ações em defesa do direito à educação infantil em São Paulo: litigância estratégica para a promoção de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www.caqi.org.br/portal/images/stories/pdfs/artigoaj.pdf>>

RODRIGUES, Maria Isabel Romero. O controle judicial das agências reguladoras e novos parâmetros de atuação. In: PEREZ, MARCOS Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani (coords.). *Controlado da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 127-142.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

_____ Os conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella. (Org.). *Organização das Relações Privadas - Uma introdução ao Direito Privado com Métodos de Ensino Participativos*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. pp. 49-61.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Controlling Environmental Policy: The Limits of Public Law in Germany and the United States*. New Haven: Yale University Press 1995.

————— *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press 2005.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estudos avançados (online), 2004, vol. 18, n. 51, pp. 79-98, disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000200005>>

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: Maria Clara GOZZOLI; Mirna CIANCI; Petrônio CALMON; Rita QUARTIERI. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 01, p. 143-158.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. pp. 97-143.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 65-116.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 09-51.

SEFERJAN, Tatiana Robles. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 303-328.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Marilda de Paula. Comentários ao art. 22 (do PL 349/15). In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 23-25.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação Revista da Faculdade de Direito da universidade Federal de Minas Gerais. nº 50, 2007. pp. 07-33. Disponível em <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/31>>

SOUZA, Rodrigo Pagani. Controle da Regulação no Brasil: Novas perspectivas com ênfase em resultados. In: MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ, Jorge Agudo (coords.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. pp. 115-135.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

————— *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

————— Parcerias entre Estado e particulares: conquistas e desafios. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Rio de Janeiro: PGERJ, 2014. pp. 246-255.

————— Público e Privado no Desenvolvimento de Empreendimentos Estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coords.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 37-43.

————— Um direito mais que administrativo. in: MARRARA, Thiago (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014. pp. 47-69.

————— Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Edição especial. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2012. pp. 85-99.

—————; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. in: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. pp. 177 – 220.

—————; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. mar – out 2015.

—————; MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Segurança Jurídica e Eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 07-08.

—————; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a Hora de Mudar a Velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ANASTASIA, Antonio. (Org.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16.

SUNSTEIN, Cass. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico: textos em debate*. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 201-236.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ministro homologa acordo sobre gestão de águas no Sudeste. 10 dez 2015. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306032>>.

URUGUAI, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Políticas Públicas: Controle Judicial. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Tratado de Direito Administrativo*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 83-109.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política pública no Brasil. in *Revista Direito GV*, Ano 2008 (julho - dezembro), vol. 04, nº 02, São Paulo. pp. 389 - 406.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública*. vol. 48. nº 4. 2005. pp.777-843. ISSN 0011-5258. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>>