



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O PRAGMATISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO MÉRITO DO ATO
ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DO ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO
DIREITO BRASILEIRO.

Daniel Pires Lacerda

Rio de Janeiro

2020

DANIEL PIRES LACERDA

O PRAGMATISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO MÉRITO DO ATO
ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DO ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO
DIREITO BRASILEIRO.

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de
Especialização em Direito
Administrativo da Escola da Magistratura
do Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Ubirajara da Fonseca Neto

Maria Carolina Cancellata de Amorim

Rio de Janeiro

2020

O PRAGMATISMO JUDICIAL NO CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DO ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

Daniel Pires Lacerda

Graduado Centro Universitário Fluminense – UNIFLU (Faculdade de Direito de Campos-FDC). Advogado.

Resumo –O Controle da atuação Administrativa é ínsito ao próprio ideal de Estado Democrático, contudo, a problemática paira na postura institucional de o Judiciário se sobrepor às escolhas morais e políticas elaboradas pela Administração Pública. O papel do Judiciário é, primordialmente, de caráter contramajoritário; logo, não deveria o mesmo adotar uma postura consequencialista e pragmática como vem sendo trazido pelas Cortes em diversos julgados recentes. Em tal cenário se desenvolveu a lei 13.655/2018 a qual trouxe nova redação da conhecida LINDB. O novo art.20 pode ser considerado como o mais problemático dispositivo, por meio do qual é imposto ao julgador que desenvolva uma análise consequencialista de efeitos concretos de suas decisões, bem como, impõe a adoção de um novo modelo de hermenêutica quanto ao julgamento pautado na aplicação de princípios jurídicos e constitucionais. Contudo, quem deve se preocupar com as consequências práticas de seus atos e opções é a Gestão Pública em si, haja vista que esta possui o know how e a capacidade técnica e institucional de antever as consequências práticas de suas ações. Ante esse cenário caberia ao ente Judicial controlador uma postura de deferência para as escolhas administrativas no tocante às políticas públicas, adotando, assim, comportamento pelo qual se estimularia o diálogo institucional tão prezado em nossa Constituição.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Pragmatismo Judicial. Controle do Ato Administrativo. Mérito Administrativo. Lei 13.655/2018.

Sumário – Introdução. 1. O Pragmatismo Judicial. 2. Análise da nova redação do art.20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. 3. A postura de deferência do julgador e a correta interpretação do Art.20 da LINDB. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A partir da visão de um controle judicial cada vez mais exacerbado diante da falta de legitimidade democrática da atuação Administrativa e elevado grau de judicialização das questões políticas, a presente pesquisa busca, à luz da separação de Poderes, analisar o atual pragmatismo e o consequencialismo no controle externo judicial da atividade administrativa, bem como estudar sua contextualização junto ao recém acrescentado artigo 20 da lei de introdução ao direito administrativo brasileiro.

O pragmatismo judicial é uma postura na qual o juiz tem de se preocupar com as consequências práticas da sua decisão. No atual cenário brasileiro o magistrado se torna o verdadeiro responsável pela decisão das políticas públicas a serem seguidas. Esse comportamento ganha cada vez mais espaço a todo momento, principalmente em nossas cortes superiores, o que culminou na edição da lei 13.655/2018, a qual alterou a redação

da LINDB trazendo esse viés pragmático. Contudo, tais moldes de atuação ferem o conceito básico da separação de Poderes do Estado democrático.

Como o papel do Judiciário é, primordialmente, de caráter contramajoritário, não é coerente o mesmo adotar uma postura consequencialista como é trazido na nova redação do Art. 20 da LINDB. Não deve o judiciário controlador preocupar-se com as consequências ou repercussões práticas ou econômicas de sua decisão. Deve o mesmo focar sua preocupação somente com a preservação de valores elencados em nosso Ordenamento.

Decisões envolvendo políticas públicas devem ser respeitadas pelo Judiciário controlador caso as mesmas se mostrarem racionais, proporcionais e dentro da legalidade em sua concepção ampla, haja visto que a justa medida da atuação do Judiciário é garantir o Direito (assegurado em nossa Constituição) e não decidir as Políticas Públicas.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho abordando o que se entende por Ativismo e pragmatismo judicial e o cenário no qual tais posturas se desenvolveram. Bem como até que ponto uma interpretação pragmática se opõe ao moderno conceito de diálogo institucional entre o judiciário e a Administração Pública, o qual deveria visar a construção de uma adequada cidadania administrativa.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que a nova Lei 13.655/2018 traz um viés de pragmatismo e consequencialismo que acaba por fazer com que o controle judicial se imiscua na tomada de decisões das políticas públicas da gestão pública.

No terceiro capítulo pondere-se que, ao invés de valer-se de uma análise consequencialista na decisão da questão jurídica a ele imposta, o julgador deve proceder de forma a resguardar à Administração Pública a expertise para análise das demais searas de impacto de suas decisões e assim estimular um ideal de cooperação entre os Poderes. Um toque de deferência para com as escolhas da Administração faz-se necessário na convivência entre os Poderes.

A pesquisa, com abordagem qualitativa do objeto, será desenvolvida no intuito de descrever e explicar o cenário descrito utilizando-se de métodos hipotético-dedutivos, uma vez que se pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, tidas como viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, porquanto o pesquisador irá se valer da revisão bibliográfica pertinente à temática abordada e, assim, a sua tese.

1. O PRAGMATISMO JUDICIAL: A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA E O MODERNO CONCEITO DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL (ARTIGO 20, CAPUT, LINDB)

Apesar do título do presente capítulo, bem como do trabalho como um todo fazer expressa referência ao termo “Pragmatismo Jurídico”, é preciso entender que o mesmo consiste em um dos braços oriundos do tronco principal do comportamento de ativismo judicial tão visível no comportamento das cortes julgadoras no Brasil. Logo, para a perfeita compreensão do que se seguirá, alguns prolegômenos essenciais precisam ser estudados. Por essa razão, antes mesmo do ingresso na seara do pragmatismo em si, vamos entender no que consiste a postura tão ativista contemporânea em relação à aplicação do Direito e do controle das atuações Administrativas.

Nos últimos tempos, instaurou-se uma crise da legitimidade da democracia representativa; somando-se a isso, igualmente, foram inseridos grandes princípios norteadores da atuação do Estado no corpo da Constituição de 1988, os quais são dotados de uma textura extremamente ampla. A soma de tais condições propiciou o desenvolvimento do maior protagonismo do Poder Judiciário nos últimos anos. A partir dessa visão de um controle judicial cada vez mais exacerbado diante da falta de legitimidade democrática da atuação administrativa, muitos temas da seara política que se vinculam à discricionariedade administrativa e que deveriam se submeter, em sede de controle, ao processo político majoritário (eleições) acabam por recair no Judiciário para que haja uma suposta preservação da supremacia da Constituição e dos bens e valores nela elencados. Essa situação acaba por acarretar uma posição de ativismo judicial principalmente pautado em “microlides”, lides de caso concreto pontuais (determinado cidadão em face do Estado) muitas vezes incoerentes entre si.¹

Em um contexto de déficit democrático com crescente descrédito das instituições políticas clássicas e crise de desinteresse pelas questões políticas, o Poder Judiciário passa a ser tido como o guardião das promessas, responsável pela efetivação da Constituição. (...)

(...)É preciso uma justa medida no controle exercido pelo Poder Judiciário capaz de garantir a realização dos direitos fundamentais pelos Poderes Públicos na forma que forem necessários ao funcionamento do próprio princípio democrático²

O termo “ativismo judicial” (judicial activism) é de extrema dificuldade de sua conceituação de forma única. Não é possível elaborar uma única definição para o termo,

¹ MOURA, Emerson. Judicialização,ativismo e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Síntese, 2014, p. 9.

² ibid., p 15.

haja vista a polissemia da expressão. Não obstante isso, para início de entendimento, basta compreender que o Ativismo se expressa, dentre outros modos, por meio da invalidação de atos, bem como pela superação judicial de omissões (sejam oriundas da esfera Administrativa, sejam da esfera legislativa). Em suma, uma postura ativista por parte do órgão judicial acaba por gerar uma intromissão exagerada do Judiciário nos assuntos de competência dos outros Poderes. “Por meio de uma interpretação, que amplia sobremaneira as suas atribuições, a atividade jurisdicional acaba por subjugar, em determinadas hipóteses, as demais instituições.”³

Políticas públicas são controladas diariamente pelo Judiciário brasileiro em suas mais diversas instâncias, tendo, inclusive, a Suprema Corte afirmado categoricamente, no tocante à máxima efetivação dos Direitos Fundamentais, que o Judiciário está autorizado a controlar a atuação Estatal e ir ainda mais além: sendo a ele permitido a ele próprio formular políticas públicas em si visando sua concretização. Em nítida exemplificação da adoção de uma postura ativista, o STF afirma a importância e necessidade desse tipo de atitude, sendo a mesma, inclusive, desejável quando houver qualquer forma de violação à Constituição, com especial atenção quando a mesma se der insidiosamente pela via da inação dos poderes constituídos.⁴

Em 2008, o Min. Celso de Mello afirmou na posse do então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes que:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos⁵

A necessidade de se proteger os Direitos Fundamentais da minoria em face da vontade das maiorias eventuais, em um claro papel contramajoritário, é o fundamento principal daqueles que assumem a posição de defesa do ativismo e do protagonismo de atuação do Poder Judiciário. Para esses defensores, a democracia não se resume,

³ OLIVEIRA, Rafael Rezende de. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n.39, out. / dez, 2012. p. 9.

⁴ DO VALLE, Vanice Lírio. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Disponível em: https://www.academia.edu/3333603/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O_DAS_POL%C3%8DTICAS_P%C3%9ABLICAS_NO_BRASIL_AT%C3%89_ONDE_NOS_PODEM_LEVAR_AS_ASAS_DE_%C3%8DCARO. Acesso em 01 Abr. 2019.

⁵MELLO, Celso de. Discurso na posse do então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em 23 de abril de 2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>, acesso em 16 Mar. 2019.

exclusivamente e tão simploriamente, à “vontade da maioria”. Os mesmos argumentam que o conceito correto de Estado democrático deve, obrigatoriamente, englobar a promoção e a proteção dos direitos fundamentais sempre buscando a sua máxima efetividade em todos os vieses possíveis, mesmo que para isso seja preciso uma atuação Judicial que se oponha á uma opção oriunda dos órgãos representativos das maiorias. Em sentido contrário, se opondo aos defensores, há quem afirme que o comportamento ativista do julgador feriria gravemente o princípio constitucional da separação de poderes, isso porque não se pode admitir tal intensidade de intromissão indevida do Judiciário nos outros Poderes. Qualquer comportamento nesse sentido acabaria por gerar o fenômeno da judicialização da política ou da politização o Judiciário.

Uma vez desenvolvido o cenário e o contexto no tocante ao Ativismo Judicial, é possível adentrar no objeto de análise do presente estudo. Em meados do século XIX, a partir de obras de Charles Sander Peirce ⁶ e William James ⁷, o pragmatismo começa a surgir nos EUA como uma vertente da atuação Ativista do julgador e hoje assume o patamar de ser uma das principais correntes de pensamento do direito norte-americano. Tal vertente de pensamento defende a utilização de uma visão consequencialista e contextualizada como critério de decisão judicial e adota postura cética em relação ao formalismo jurídico e às teorias tradicionais

É importante notar que o pragmatismo, como todos os braços ativistas da atuação Judicial, não é imune às críticas. As principais objeções ao raciocínio podem ser resumidas no sentido de que, caso o juiz venha a se basear apenas na persecução da melhor consequência para decidir o caso concreto a ele exposto, haverá um aumento significativo da insegurança jurídica em virtude do efeito sistêmico que esse tipo de decisão irá provocar. Todos que se submeterem à Jurisdição não poderão contar com a certeza dos parâmetros das normas jurídicas estabelecidas para a solução das demandas, haja visto que, em cada caso, o julgador individualmente pode considerar que seriam inaplicáveis diante das consequências que ocorrerão. A utilização exclusiva de argumentos pragmáticos pelo Judiciário colocaria em risco o princípio da Separação de Poderes, uma vez que as normas legais poderiam ser desprezadas nos casos concretos

⁶ POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Carmago. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 613-618.

⁷ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle in PINTO, Èlida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 45.

em virtude de possíveis consequências negativas em sua aplicação, acarretando, destarte, uma “excessiva politização da justiça”.⁸ Haveria um rompimento da previsibilidade e confiança oriunda das leis (aqui no mais amplo sentido do vocábulo), haja visto que as mesmas passariam a “valer menos” que os entendimentos subjetivos do julgador acerca das consequências concretas que poderiam emergir no caso por ele em análise.⁹

2. UMA ANÁLISE DA NOVA REDAÇÃO DO ART.20, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LINDB, INTRODUZIDO PELA LEI 13.655/2018

A Lei nº 13.655 tem em sua ementa previsão de que a mesma visa incluir na LINDB um rol de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público”. Ao mesmo tempo, pretende impor ao julgador a demonstração das consequências práticas de seu ato decisório. Ao inserir os novos textos do artigo 20 e seu parágrafo único na LINDB, ficou demonstrado que se estava presente uma forte preocupação com as consequências práticas, jurídicas e administrativas das decisões que forem proferidas em sede de controle, seja de qual espécie o for (judicial, administrativa interna ou controladora de contas).

Odilon Cavallari de Oliveira já lecionava no sentido de que “nas democracias, a construção de qualquer solução, seja legislativa, administrativa ou judicial, ocorre por meio do debate franco, aberto e participativo, de modo que a solução final possa desfrutar da mais ampla legitimidade democrática.”¹⁰ Tal ideal se encontra alinhado com aquele supostamente veiculado na Lei 13.655/2018, ao passo que a mesma se propõe a buscar um desenvolvimento do diálogo institucional entre as esferas de Poder na busca da formação de uma cidadania administrativa e na tomada de decisões nos atos de controle. Muito embora tal ideologia, calha sublinhar que, apesar de gerar drástica e maciça alteração no texto da LINDB, a tramitação da lei não primou pela discussão e pelo debate entre as instituições envolvidas. No processo de desenvolvimento da própria lei houve uma pesada falha no debate institucional (o mesmo que prega como sendo essencial para o avanço do Estado). Isso pode ser afirmado diante do fato de não ter havido qualquer

⁸ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185.

⁹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle in PINTO, Èlida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 47.

¹⁰ Ibid, p. 26.

audiência com os diretamente envolvidos com sua geração de efeitos ou mesmo o fato de os órgãos de controle (principais destinatários de suas previsões) não terem sido chamados a participar de nenhum debate durante o trâmite do projeto no Congresso Nacional e nem mesmo após isso. Mesmo assim, o produto normativo final atribuiu às instâncias controladoras uma vultosa responsabilidade para manutenção da segurança jurídica (através de imposições de ônus argumentativos e decisórios) diante da ineficiência do agir da Administração Pública, embora as mesmas estivessem ausentes das discussões a eles mesmos referentes.

A partir do presente momento passaremos à análise minuciosa do dispositivo objeto do estudo: o novo Artigo 20 da LINDB, cuja redação segue abaixo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Para início da explanação do tema é preciso trazer à baila que o dispositivo carrega consigo alguns problemas. O primeiro deles consiste no desprestígio da força normativa dos princípios (que será abordado logo a seguir), seguindo-se por uma ênfase no viés pragmatista e consequencialista das decisões (há um afincamento desproporcional às consequências práticas da decisão, conforme demonstrado no capítulo anterior). Igualmente, podemos também destacar uma exigência imposta aos julgadores de considerar em suas decisões elementos que não constam dos autos do processo, o que se dará através de uma inversão do ônus da prova (quando se exige dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário que estes sejam responsáveis pela análise de todas as “possíveis alternativas” que solucionariam o caso em contendo, em uma oposição ao artigo 70 da CRFB). Há de se perceber que a nova redação dada pela Lei 13.655/2018 faz com que seja conferido um tratamento idêntico a atores com distintas expertises funcionais e funções constitucionais (igualando as exigências para a esfera Judicial, Controladora e Administrativa).

No que tange ao desprestígio da força normativa dos princípios, a Nota Técnica Conjunta n. 1/2018 do Ministério Público Federal¹¹ pontua que a nova redação da LINDB culmina em coibir que sejam tomadas decisões cujo fundamento se dê tendo por base os

¹¹ BRASIL, Ministério Público Federal. Nota Técnica Conjunta Nº 1/2018. Relator: Odilon Cavallari de Oliveira. Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-technicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

Princípios Jurídicos (explícitos ou implícitos). Os princípios, justamente, vieram a existir com o intuito fundamental de orientar o ordenamento jurídico. Os mesmos pautam o agir na elaboração das normas e na sua aplicação aos casos concretos ¹², fazendo, com isso, que ocorra a compreensão de determinado dispositivo como parte do sistema jurídico e não apenas como um elemento hermeticamente fechado e considerado em si mesmo. ¹³

A partir do presente momento será abordada a primeira questão relevante e polêmica contida no Parágrafo único do dispositivo legal em comento. A previsão normativa determina que, no momento de motivar sua decisão, o responsável pelo ato de controle tem o dever de analisar a necessidade e a adequação da medida imposta (a proporcionalidade da medida); da eventual invalidação de ato e, por último e mais polêmico, deverá analisar a medida adotada em face das possíveis alternativas. ”

É importante salientar, ab initio, e em oposição à previsão legal, que o julgador decide a questão a ele apresentada com base nos elementos veiculados nos autos. Nesse sentido, já trazemos, tão logo, a visão de nossa Corte Superior abordando o tema, para, logo após, abordarmos os imbróglis gerados pelas disposições mais recentes:

Exceção feita ao Ministro Barata Ribeiro, médico na origem, que integrou o Supremo por curtos onze meses, os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. [...] A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. ¹⁴

Uma vez feito esse cotejo do cenário Jurisprudencial, cabe ressaltar que tanto o STF quanto o TCU encontram-se em harmonia de entendimentos de que elementos

¹² COLUSSI, Fernando Augusto Melo. Análise Das Mudanças Promovidas Pela Lei N. 13.655/18 Na Lei De Introdução Às Normas Do Direito Brasileiro. Revista de Estudos Jurídicos e Sociais - REJUS ON LINE - ISSN 2594-7702, [S.l.], v. 1, n. 1, dez. 2018. ISSN 2594-7702. Disponível em: <<https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/view/51>>. Acesso em: 14 abril. 2019.

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. Instituições de direito público e privado. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁴ BRASIL -Supremo Tribunal Federal - Ação Rescisória 2.199/SC – Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&d ocID=8773651>> Acesso em: 23 Abr. 2019.

externos ao processo e que a ele não sejam coligidos não devem influir no julgamento da demanda.¹⁵ É evidente que o novo dispositivo da LINDB trazido pela lei 13.655/2018 destoa e parece ignorar o princípio processual da congruência, o qual visa impor limites aos poderes do juiz no ato decisório, devendo ele agir dentro dos limites propostos na demanda e das provas trazidas pelas partes aos autos.¹⁶

Um efeito colateral que poderia se originar da previsão do parágrafo único do artigo 20 da LINDB é dar azo a infundáveis discussões acerca de tais “possíveis alternativas” eventualmente não abordadas pelo julgador em sua fundamentação. O juiz e os órgãos de controle não são dotados de expertise suficiente nas searas da Gestão Pública para que analisem de maneira adequada e eficiente tais alternativas operacionais. Logo, exigir das instâncias de controle que estas tenham a postura de análise de alternativas (muitas vezes estritamente técnicas ou discricionárias ao Agente Público) seria exigir que atuem fora de suas alçadas de conhecimento funcional e vivência profissional, o que, certamente, gerará resultados ineficientes do ponto de vista operacional.

O que o legislador fez ao implementar a previsão de que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” nada mais foi do que inverter o ônus de prova no julgamento das políticas públicas em sede de controle. O dever de demonstrar as alternativas possíveis que existiam no caso concreto e que sua escolha foi a mais adequada incumbe, originalmente, ao Administrador Público por força do artigo 70, parágrafo único da CRFB/88. Por essa razão, autores como Odilon Cavallari de Oliveira entendem que a expressão “inclusive em face das possíveis alternativas” seria inconstitucional por ofender o dispositivo constitucional retro citado.¹⁷

Nesse ponto, seria mais adequado que o dispositivo legal em comento buscasse dialogar com o artigo 2º, caput e §1º, VII da Lei 9.785/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal); bem como, se reportar ao

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Parecer Técnico do Projeto de Lei 7.448. Brasília, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 14 abril. 2019.

¹⁶ CARACIOLA, Andrea Boari. Princípio da congruência no Código de Processo Civil. 2007. 215 f. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007, p. 120.

¹⁷ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle in PINTO, Èlida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 40.

Código de Processo Civil, em seu artigo 498, §§ 1º a 3º (que dispõe de forma exaustiva questões relativas à fundamentação das decisões). Além das normas processuais mencionadas, a Constituição Federal, no inciso IX do artigo 93 ainda traz em si a necessidade da adequada fundamentação das decisões judiciais como corolário do Princípio do Devido Processo Legal Substancial. Ambos os diplomas normativos, bem como o Constitucional, colacionados se preocupam com a segurança jurídica advinda da adequada fundamentação das decisões, contudo, os mesmos não visam estabelecer modalidades de inversão de ônus de provas, nem impor ao julgador deveres que são próprios da expertise do gestor público como o fez a lei 13.655/2018.

3. UMA ADEQUADA LEITURA DO ART.20, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LINDB E BALIZAS PARA SUA APLICAÇÃO

Ingo Sarlet já afirmava que “o horizonte finalístico da leitura da nova Lei 13.655/2018 implica em uma responsabilidade direta ou indireta pela promoção progressiva dos Direitos Fundamentais, conforme o estágio de consecução possível das correspondentes políticas públicas”.¹⁸ Em se valendo dessa postura por ele mesmo desenvolvida ao longo de recentes anos, constantemente relevantes críticas são direcionadas ao STF quando acaba por incorrer em “excessos” ao intervir nas searas reservadas à Política e à economia, bem como diante de sua “falta de consideração dos limites textuais impostos pelo Direito Constitucional positivado”¹⁹. Ocorre a assim chamada “Judicialização das Políticas Públicas”.

Conforme a clássica divisão das incumbências em um Estado Democrático de Direito, caberia aos Poderes dotados da adequada representatividade tomarem as decisões referentes aos modos como serão atingidos e efetivados os Direitos Sociais por meio de ações governamentais e políticas Públicas, de maneira simplória, seriam os representantes eleitos do povo decidindo em seu nome como a seus próprios Direitos e interesses será dada concretude. Não obstante isso, como nos fala Luís Roberto Barroso²⁰ vislumbramos

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais, vedação de retrocesso e diálogo intersinstitucional no controle de políticas Públicas in Pinto, Elida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 11

¹⁹ Ibid.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5. UniCEUB, 2015, p.24-51. Disponível em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/BRPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 23 Ago. 2019.

aqui o Supremo Tribunal desempenhar a chamada “Função Representativa” do Judiciário quando age de maneira tão proativa no controle dos atos dos demais Poderes.

Tal atuação interventiva direta do Poder Judiciário desestabiliza todo o planejamento de políticas públicas já elaborado, bem como agirá como berço gerador de desigualdades, haja visto que apenas os que detenham a possibilidade de demandar em juízo terão seus direitos atendidos enquanto, para os demais, haverá um déficit nas prestações em teoria disponíveis à toda coletividade.

Igualmente, nas palavras da Professora Vanice Regina Lírio do Valle:²¹

Duas tendências jurisprudenciais já abarcadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal em maior ou menor grau, golpeiam de morte o imperativo da ação planejada posto à Administração Pública pela Carta Cidadã: o suposto afastamento da cláusula da reserva do possível, e a enunciação do caráter solidário das obrigações fundadas em especial na competência comum externada no art. 23 CF.

Partindo dessas premissas, certos direcionamentos podem ser racionalizados para adequada aplicação do disposto no artigo 20 da LINDB²², tendo como norteador comum uma postura de autocontenção por parte dos julgadores (uma postura de deferência diante das escolhas administrativas devidamente precedidas de planejamento por parte da Administração Pública e do Legislativo).

No que tange às considerações quanto às consequências práticas da decisão (art.20, caput), o máximo grau possível de efetivação dos Direitos Fundamentais deverá sempre conduzir a atuação e decisão do julgador. Ao analisar a fundo as consequências práticas e concretas de suas decisões, deverá o responsável pelo Controle optar sempre pelo caminho que conduza à maior concretude e efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na CRFB/88.

Igualmente, considerando as consequências de seus atos decisórios, é preciso por parte do julgador uma análise entre o consequencialismo de seu ato e do consequencialismo das regras. Explicando melhor, é preciso analisar como as consequências práticas imediatas de uma respectiva decisão controladora (a decisão do caso concreto) se enquadra no cenário das consequências sistêmicas. É preciso que o

²¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do, Réquiem Para a Ação Administrativa Planejada: A Rutura Entre as Dimensões Executiva e Orçamentária in *Direito e finanças públicas nos 30 anos da constituição : experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro / organização Leonardo Buissa, Simon Riemann, Rafael Lara Martins ; coordenação Rafael Lara Martins, Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. Florianópolis Tirant Blanch, 2018, p. 12.*

²² OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle in PINTO, Èlida Graziane et al., *Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 48*

controlador, conforme dito anteriormente, não rompa a previsibilidade e a confiança oriundas das normas positivadas em virtude apenas da análise dos impactos concretos de sua decisão, haja visto que seu posicionamento estará gerando uma decisão de segunda ordem, ou seja, ao decidir um caso concreto estará decidindo (ao menos exemplificativamente) como outros casos concretos também serão decididos, já que uma decisão sempre servirá de parâmetro para as que se seguirão na atual ótica da importância dos precedentes Jurisdicionais.

As considerações referentes às consequências práticas da decisão somente devem ocorrer quando informações confiáveis e consistentes acerca dos fatos apreciados estiverem à disposição do controlador. É através do acesso a tais dados que é possível que o julgador pode desenvolver um prognóstico confiável e consistente, inclusive, com a realidade sistêmica que envolve o caso concreto em análise. Não fosse isso, restaria a realização de uma análise consequencialista pautada exclusivamente em subjetivismos e percepções pessoais sem quaisquer respaldos técnico ou informações empíricas, o que certamente provocaria enorme insegurança jurídica.

Ante a exposição dos parágrafos anteriores, concluímos que o disposto no Artigo 20 da LINDB receberá nova diretriz para balizar a atuação do Administrador Público. Para haver a adequada racionalidade, o Artigo 20 deverá ser cominado com o Artigo 28 do mesmo diploma legal; dessa maneira há previsão normativa com viés de exigir um adequado Planejamento prévio do agir administrativo.

Deverá o Gestor Público ser diligente ao atuar. Deve ele sempre preceder suas decisões do devido planejamento, sob pena de ser responsabilizado pelo erro grosseiro ao atuar. O mandamento legal do Artigo 20 da Lei de Introdução trazido pelo Lei 13.655/2018 terá uma importante obrigação de ordem prática para o Gestor Público que deverá ser realizada em um momento anterior à tomada de suas decisões Administrativas. Quando o dispositivo legal impõe uma necessidade de análise das consequências práticas antes mesmo da decisão tomada ser implementada, há um reforço da necessidade de um adequado planejamento prévio das ações Administrativas. Para evitar que sejam produzidas consequências não admitidas pelo Direito e para que ocorram apenas os efeitos pretendidos pela Constituição é preciso que a Administração passe a planejar suas decisões e que baseie tal planejamento em dados e informações concretas e suficientes.

Dados empíricos e a participação dos envolvidos na formação da vontade Estatal se mostram essenciais para a adequada comprovação dos motivos que levaram à tomada da respectiva decisão ou adoção de determinada Política Pública em face de tantas outras

hipoteticamente possíveis ao caso. Devem ser evitadas a todo custo a arguição de preceitos e invocações abstratas e genéricas, tais como economicidade e interesse público.

Representa um dos pilares do direito fundamental à boa administração o dever de planejamento das atividades administrativas, guardando relação direta com o princípio da eficiência, o qual traduz um compromisso com a qualidade da atuação da administração do qual fazem parte a economicidade e a produtividade. Há a imposição de um dever de sempre se buscar o “melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis”²³.

Deveria caber aos Tribunais e demais controladores a adoção de uma posição de deferência para com as escolhas da Administração quanto às suas atividades precedidas do devido planejamento e procedimento Administrativo. Ou seja, o respeito à nova leitura do Artigo 20 da LINDB por parte da Administração por meio de atuações devidamente planejadas e com base em informações técnicas lhe garantirá maior segurança e proteção em face da intervenção do Judiciário controlador cada vez mais Ativista e pragmático.

O vocábulo “Deferência” parece demonstrar uma subordinação de um poder sobre o outro – o que se revelaria incompatível com um Estado Democrático de Direito. Deferência não é exclusão da apreciação do órgão controlador e sim o esforço de respeito às opções empreendidas por cada qual dos poderes políticos nas suas respectivas áreas de atribuição. Isso contribui para evidenciar ações e inações de cada qual em perfeito equilíbrio e harmonia entre poderes.²⁴

CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa traduziu um esforço na demonstração do cenário fático e normativo no qual a busca pela segurança jurídica e pela eficiência das instâncias controladores deu origem às reformas do texto da LINDB, por meio da lei 13.655/2018. Tal inovação normativa alterou os parâmetros para a atividade do controle externo da ação governamental, bem como alterou sua relação com a sociedade, o mercado e com a teoria dos princípios da hermenêutica jurídica.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. n. 4, ano 4, Janeiro/Março 2004.

²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do e MASSET, Nadja Lírio do Valle M S Hime- Deferência para com as escolhas administrativas precedidas de planejamento in Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Íthala, 2019, p. 402.

A partir das explicações referentes aos conceitos do pragmatismo judicial tão presente em nossas cortes superiores, ficou evidente que o planejamento da ação pública, agora reforçado pelo Artigo 20 da LINDB traz consigo efeitos concretos para além da restrição e orientação da função executiva. Não mais consiste apenas na imposição de um ônus. No sistema de freios e contrapesos, a intervenção ou interferência de outros poderes na atuação administrativa deve render respeito àquela determinação constitucional, sob pena de esvaziar-lhe o conteúdo. Deve o controlador do agir Administrativo sempre ter em mente o respeito ao mandamento constitucional que motivou o comportamento Estatal, bem como sua titularidade como detentor da legitimidade democrática para a formulação de escolhas.

O ideal de uma interpretação e um juízo Consequencialista se opõem ao moderno conceito de Diálogo institucional entre o Judiciário e a Administração Pública que visa buscar a construção de uma adequada cidadania administrativa. No que toca às decisões políticas tomadas pelo administrador público (mais precisamente o chefe da Administração em seu viés de agente político), já existem mecanismos de controle por meio do sistema eleitoral e aprovação social. Há que se falar em uma responsabilização política pela tomada de decisões de política pública. Já que o agente político recebeu legitimação da sociedade para agir em seu nome, caberá a esse mesmo titular do Poder fazer o controle no próximo pleito eleitoral, simplesmente, não o reelegendo.

A nova redação do artigo 20 da LINDB deve ser pautada em algumas balizas, as quais podem ser observadas a partir das palavras anteriormente ditas. A otimização e a maior efetivação dos Direitos Fundamentais deve sempre servir de norte para toda e qualquer consideração referente às consequências práticas da decisão tomada pela instância controladora. Não obstante tal ponto, quando da análise das consequências das decisões, nunca se pode deixar de lado que é necessário que prevaleçam àquelas sistêmicas em favor das apenas imediatas (traduzindo, as consequências sistêmicas de uma decisão dever prevalecer sobre as consequências concretas do caso específico quando da análise realizada pelo julgador). Por fim, para ser evitado que o julgador decida com base em percepções pessoais eivadas de subjetivismo, as considerações acerca das consequências das decisões devem apenas ocorrer quando estiverem presentes informações confiáveis e consistentes sobre os fatos em análise; o que fará culminar em um juízo muito mais objetivo e imparcial, nos ditames de nosso Ordenamento.

No tocante às políticas públicas e decisões políticas, caberia ao Judiciário uma posição de deferência à Administração, até mesmo pela teoria da Separação de Poderes,

resguardando-se apenas à análise de estarem ou não os objetivos constitucionalmente previstos sendo atendidos. Caberia ao poder Judiciário uma análise de em que medida a concretização dos bens e prestações ofertadas pelo Poder Público atingem um ideal mínimo de Direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, os meios pelos quais são atingidos seriam exclusivamente mérito e discricionariedade administrativa. Deve, nesse contexto, o Judiciário ter a deferência de convocar a Administração para que possam dialogar na busca de uma decisão de cidadania e de eficácia.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, n. 4, ano 4, Janeiro/Março 2004.

_____. Interpretação consequentialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Vinte anos da Constituição Federal de 1988, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). Filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. Brasília: Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5. UniCEUB, 2015, p.24-51. Disponível em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/BRPP/article/viewFile/3180/pdf>>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR, Relator Min. Celso de Mello. in VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial, Belo Horizonte: Forum, 2009.

_____, Ministério Público Federal. Nota Técnica Conjunta Nº 1/2018. Relator: Odilon Cavallari de Oliveira. Brasília, 11 abr. 2018. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota% 20Tecnica% 201_2018.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf)>. Acesso em: 21 jun. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Parecer Técnico do Projeto de Lei 7.448. Brasília, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>.

_____-Supremo Tribunal Federal - Ação Rescisória 2.199/SC – Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773651>> Acesso em: 23 Abr. 2019

COLUSSI ,Fernando Augusto Melo. Análise Das Mudanças Promovidas Pela Lei N. 13.655/18 Na Lei De Introdução Às Normas Do Direito Brasileiro. Revista de Estudos

Jurídicos e Sociais - REJUS ON LINE - ISSN 2594-7702, [S.l.], v. 1, n. 1, dez. 2018. ISSN 2594-7702. Disponível em: <<https://www.univel.br/ojs-3.0.2/index.php/revista/article/view/51>>. Acesso em: 14 abril. 2019.

CARACIOLA, Andrea Boari. Princípio da congruência no Código de Processo Civil. 2007. 215 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Instituições de direito público e privado. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Celso de. Discurso na posse do então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em 23 de abril de 2008, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>, acesso em 16 de Março de 2019

MOURA, Emerson. Judicialização, ativismo e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Síntese, 2014 DPU nº59- set.out/2014

OLIVEIRA, Rafael Rezende de. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, n.39, out. / dez, 2012.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle in PINTO, Èlida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

POSNER, Richard. Problemas de Filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Carmago. São Paulo: Martins Fontes, 2007

Parecer-Resposta à Análise Preliminar realizada pela Consultoria Jurídica do TCU, disponível em <https://www.sbdp.prg.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ap-PL-7.448-17.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang, Direitos Fundamentais, vedação de retrocesso e diálogo intersinstitucional no controle de políticas Públicas in Pinto, Èlida Graziane et al., Política Pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. Disponível em: https://www.academia.edu/3333603/judicializa%3%87%3%83o_das_pol%3%8dticas_p%3%9ablicas_no_brasil_at%3%89_onde_nos_podem_levar_as_asas_de_%3%8dcaro. acesso em 01 de abril de 2019.

_____, Réquiem Para a Ação Administrativa Planejada: A Rutura Entre as Dimensões Executiva e Orçamentária in Direito e finanças públicas nos 30 anos da constituição : experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro /

organização Leonardo Buissa, Simon Riemann, Rafael Lara Martins ; coordenação Rafael Lara Martins, Saulo Pinto Coelho. - 1. ed. Florianópolis Tirant Blanch, 2018.

_____ e MASSET, Nadja Lírio do Valle M S Hime- Deferência para com as escolhas administrativas precedidas de planejamento in Direito Administrativo e Tutela Jurídica dos Direitos Fundamentais. Curitiba: Íthala, 2019.