

A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico*

Re-reading administrative law in the light of legal pragmatism

*Rafael Carvalho Rezende Oliveira***

RESUMO

O presente artigo pretende abordar a possibilidade de releitura do direito administrativo a partir do pragmatismo jurídico, corrente de pensamento que surge nos Estados Unidos no século XIX, com o objetivo de criticar a metafísica tradicional e o normativismo para propor uma maior aproximação entre o direito e a realidade mediante a valorização do contexto e das consequências da interpretação jurídica. No Brasil, o pragmatismo pode servir como instrumento de desmistificação de dogmas do direito administrativo que devem ser atualizados para o novo contexto social, econômico e jurídico.

* Artigo recebido em fevereiro de 2011 e aprovado em abril de 2011.

** Doutorando em direito pela Universidade Gama Filho (UGF), mestre em teoria do Estado e direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ), pós-graduado em direito do Estado pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), procurador do município do Rio de Janeiro, professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) e dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e da Universidade Cândido Mendes (Ucam), professor do curso Forum, membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (Idaerj).

PALAVRAS-CHAVE

direito administrativo — pragmatismo jurídico — interpretação jurídica — legalidade administrativa — decretos autônomos — supremacia e indisponibilidade do interesse público — cláusulas exorbitantes — arbitragem e acordos decisórios — controle dos atos administrativos — “prospective overruling”

ABSTRACT

This article aims approach a new reading of administrative law from the legal pragmatism, school of thought that arises in the United States in the nineteenth century in order to criticize traditional metaphysics and normativism to propose a closer link between law and reality by emphasizing the context and consequences of legal interpretation. In Brazil, the legal pragmatism can serve as an instrument of demystification of the dogmas of administrative law that must be updated to the new social, economic and legal context.

KEY-WORDS

administrative law — legal pragmatism — legal interpretation — principle of legality — autonomous regulations — supremacy and unavailability of public interest — exorbitant clauses — arbitration and decision-making arrangements — control of administrative acts — prospective overruling

1. Introdução

No presente trabalho, pretende-se propor uma leitura pragmática do direito administrativo, revisitando dogmas que, normalmente, são utilizados pela doutrina e pela jurisprudência, mas que não se justificam quando considerado o novo contexto do estado democrático de direito.

A superação do positivismo como instrumento de legitimação do direito, o pluralismo e o incremento do risco nas sociedades contemporâneas, entre outros fatores, demonstram a necessidade de uma nova forma de interpretação do direito.

Inicialmente, serão apresentadas as características do pragmatismo, bem como sua íntima ligação com o processo de interpretação jurídica. Em segui-

da, pretende-se demonstrar que o pragmatismo vem sendo utilizado, ainda que de forma não consciente, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, apresenta-se a proposta de releitura de institutos clássicos do direito administrativo, com destaque para a releitura dos princípios da legalidade administrativa, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, bem como para os novos contornos do controle dos atos administrativos.

2. Pragmatismo: origem e características

O pragmatismo nasceu nos Estados Unidos, em meados do século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, criadores do denominado Clube Metafísico (Metaphysical Club).¹ A denominação do referido clube foi escolhida de forma irônica, pois o objetivo do grupo era criticar a metafísica tradicional e seu pensamento abstrato desconectado da prática.² Trata-se de uma das principais correntes de pensamento do direito norte-americano.

Richard Posner, expoente do pragmatismo jurídico na atualidade, rejeita a possibilidade de estabelecer a verdade a partir de proposições metafísicas *a priori*, atribuindo-se apenas valor psicológico ou estético à metafísica.³

É importante frisar, desde logo, que não existe um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão do pragmatismo, tendo em vista as influências de formas antigas do pensamento, tais como o darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica etc.⁴

¹ Os outros integrantes do Clube Metafísico foram Oliver Wendell Holmes, Nicholas St. John Green, Joseph Bangs Warner, John Fiske, Francis Ellingwood Abbot e Chauncey Wright. Sobre o tema, ver: MENAND, Louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. É possível mencionar, ainda, outros expoentes do pragmatismo, tais como Richard Rorty, Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo, Richard Posner, entre outros.

² POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 11-12. Sobre o pragmatismo jurídico, ver, ainda: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 6, p. 185-212, abr./jun. 2007.

³ Nas palavras de Posner: “*This does not mean that the pragmatist ‘rejects’ metaphysics. He rejects the possibility of establishing the truth of metaphysical propositions a priori; and it is in the nature of metaphysics that its propositions cannot be established empirically. Methaphysical propositions may have value of a psychological or aesthetic character, however, in which event their lack of truth value is no better reason for rejecting them than the fictive character of most poetry is (as Plato thought) a good reason for rejecting poetry*”. POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 5-6.

⁴ Thamy Pogrebinski lembra que o primeiro autor a sustentar a existência de mais de um pragmatismo foi Arthur O. Lovejoy, em 1908. POGREBINSCHI, Thamy, *Pragmatismo*, op. cit., p. 15, nota 13.

Não obstante as formas variadas de pragmatismos, todas elas apresentam três características comuns, a saber:⁵ a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteadada por questões práticas e o direito é visto como prática social;⁶ e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).⁷

É importante notar que o pragmatismo não é imune às críticas. As principais objeções podem ser assim resumidas:⁸ a) a utilização 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 em virtude das consequências negativas de sua aplicação, acarretando, destarte, uma “excessiva politização da justiça”;⁹ b) o mencionado desprezo às normas abstratas e ao passado pelo magistrado geraria, também, insegurança jurídica, pois as decisões judiciais se preocupariam com as consequências futuras; e c) o pragmatismo, por fim, relativizaria a importância dos direitos fundamentais, conferindo-lhes caráter instrumental, uma vez que as decisões

⁵ *Ibid.*, p. 27-62; ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176. Margarida Lacombe acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinaridade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento). CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 368-369.

⁶ Há uma evidente semelhança, nesse ponto, entre o pragmatismo, a tópica de Theodor Viehweg, a (nova) retórica de Chaïm Perelman e as concepções argumentativas em geral, que valorizam o contexto no processo de interpretação e de aplicação do direito.

⁷ A interpretação consequencialista do direito administrativo é defendida por Alexandre Santos de Aragão. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista 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*, op. cit.

⁸ Para uma análise das principais críticas ao pragmatismo e ao consequencialismo jurídico, ver, por exemplo: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, p. 87, 2006; CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 64, p. 207-208, jul./set. 2008.

⁹ Ronald Dworkin, após afirmar que o pragmatismo é uma visão cética do direito, pois rejeita o pressuposto de que as decisões passadas estabelecem os direitos daquelas ainda por vir, defende o denominado “direito como integridade”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 185.

judiciais seriam pautadas pelas consequências da aplicação das normas e não por parâmetros morais.¹⁰

As sobreditas críticas são relevantes, mas não devem impedir, necessariamente, a utilização do pragmatismo e dos argumentos consequencialistas na interpretação e na aplicação do direito.

Quanto à primeira objeção (politização do Judiciário e criação do direito pelo magistrado), não se pode desconsiderar que a atividade interpretativa é fundamental para criação da norma jurídica. A lei — o dispositivo da lei — depende necessariamente de interpretação para ser aplicada ao caso concreto, razão pela qual o magistrado, em maior ou menor medida, cria o direito.

Lembre-se, ainda, que o pragmatismo não pressupõe necessariamente o completo desapego com o passado. O magistrado pragmático não é avesso à legislação, mas, sim, à aplicação cega da norma jurídica que desconsidere o contexto de sua incidência. As regras e os princípios são considerados hipóteses de trabalho que devem ser constantemente testadas pelas consequências que acarretam na aplicação aos casos concretos.¹¹ O juiz, por questões pragmáticas e não por questões essencialistas, pode preferir seguir a norma jurídica (ou o precedente).¹² O pragmatismo, afirma Posner, admite que o juiz, apenas em casos extremos, desconsidere a análise legislativa das consequências.¹³

Em relação à segunda crítica (o pragmatismo gera insegurança jurídica), o problema da insegurança pode ser afastado, por exemplo, pela exigência de justificação da decisão, bem como pela força vinculante de determinadas orientações que devem ser observadas nos casos futuros que apresentarem suporte fático semelhante. Aliás, o pragmatismo envolve não apenas as consequências imediatas da decisão, mas, também, as suas consequências sistêmicas, justamente com o objetivo de se garantir segurança jurídica.¹⁴

¹⁰ Transcreva-se a crítica apresentada por Ronald Dworkin: “O pragmatismo, ao contrário, nega que as pessoas tenham quaisquer direitos; adota o ponto de vista de que elas nunca terão direito àquilo que seria pior para a comunidade apenas porque alguma legislação assim o estabeleceu, ou porque uma longa fileira de juízes decidiu que outras pessoas tinham tal direito”. *Ibid.*, p. 186.

¹¹ DEWEY, John. Logical, method and law. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, p. 560-572, Nov. 1924.

¹² POSNER, Richard A. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 12.

¹³ “(...) only in the extreme case would the judge be justified in disregarding the legislative judgment”. *Idem*, *Law, pragmatism and democracy*, op. cit., p. 71.

¹⁴ Nesse sentido, Richard Posner sustenta: “Pragmatic adjudication is not, as its ill-wishers charge, a synonym for ad hoc decisionmaking, that is, for always deciding a case in the way that will have the best immediate consequences without regard to possible future consequences”. *Ibid.*, p. 60.

O eventual afastamento de possíveis interpretações da determinada norma e a superação de interpretação consolidada devem ser justificados pelo magistrado, abrindo espaço para controle da correção judicial. A motivação da decisão judicial e o ônus argumentativo qualificado do magistrado servem como obstáculo ao “decisionismo” arbitrário.

No tocante à terceira objeção (instrumentalização dos direitos fundamentais), é preciso dizer que o pragmatismo não enfraquece os direitos fundamentais; ao contrário, caso seja utilizado com sabedoria, fortalece a efetividade desses direitos. A ênfase nas consequências da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram a realidade econômica e social em que serão aplicadas.

Sem dúvida, o caráter aberto das normas e dos princípios fundamentais enseja interpretações e aplicações variadas que devem ser ponderadas pelo aplicador do direito. A ausência de efetividade do ordenamento jurídico pode ser representada pela distância entre o idealismo legislativo e a realidade.

Destarte, o pragmatismo pode e deve ser considerado como instrumento idôneo no processo de interpretação do ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, é pertinente a observação de Claudio Pereira Souza Neto quando afirma que o consequencialismo “serve apenas para autorizar a ponderação das consequências, mas tais consequências podem ser valoradas de acordo com princípios que compõem o núcleo normativo da Constituição Federal de 1988”.¹⁵

Não obstante o pragmatismo tenha surgido no sistema da *common law*, sua utilização é possível no sistema da *civil law*, com as devidas adaptações, especialmente pela crescente aproximação desses dois sistemas jurídicos.¹⁶ O pragmatismo se amolda ao ordenamento jurídico pátrio, em virtude, especialmente, do pluralismo que caracteriza a sociedade brasileira. Os diversos interesses consagrados e protegidos no texto constitucional denotam a impossibilidade de existência de preferências normativas absolutas, abrindo caminho para ponderação no caso concreto.

Ao refutar dogmas, prestigiar o contexto e ponderar as consequências, o pragmatismo passa a ser considerado importante instrumento de interpretação e de aplicação do direito em ordenamentos jurídicos plurais e democráticos.

¹⁵ SOUZA NETO, Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político, op. cit., p. 87-88.

¹⁶ A aproximação entre as famílias da *common law* e da tradição romano-germânica é mencionada por René David. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978. p. 48. No mesmo sentido: RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 167.

3. Interpretação jurídica e pragmatismo: uma conciliação necessária

Não se pode olvidar que o pragmatismo, atualmente, representa uma importante ferramenta para interpretação e aplicação das normas jurídicas.

A interpretação consiste na tarefa de descobrir ou precisar o significado e a amplitude das normas vigentes. Enquanto as fontes criam ou constituem o direito, a interpretação revela o direito aplicável a determinada hipótese.¹⁷

Saliente-se que a interpretação não declara apenas a intenção do legislador. Ao contrário, trata-se de atividade constitutiva na medida em que produz as normas jurídicas que serão aplicadas aos casos concretos ou hipotéticos. O papel construtivo da interpretação fica evidenciado pela necessidade de aplicar os textos legais aos fatos. Eros Grau assevera que “a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma, a partir do texto e dos fatos”.¹⁸

É por esta razão que deve ser relativizada a afirmação tradicional de que o juiz deve atuar apenas como “legislador negativo” para se compreender que, em verdade, ao interpretar o texto legal, o magistrado cria a norma jurídica para o caso concreto.¹⁹

O direito não pode ser desconectado dos fatos. As disposições genéricas e abstratas devem ser conformadas à realidade com o objetivo de se assegurar a justiça e a equidade. A interpretação deve ser apoiada no contexto dos fatos.²⁰ Com isso, o texto legal é ponto inicial da interpretação e da aplicação

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. T. I, p. 212.

¹⁸ GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 62.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 483-502; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1257. Mencione-se, por exemplo, a decisão do STF, quando do julgamento de mandados de injunção, que supriu a omissão legal na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, criando a norma para o caso concreto. STF, MI nº 670/ES, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 712/PA, Tribunal Pleno, rel. min. Eros Grau, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08. Ver: Informativo de Jurisprudência do STF nº 485.

²⁰ A importância da consideração dos fatos (“problemas”) na compreensão e na aplicação das normas ganhou destaque com a tópica de Theodor Viehweg em 1953 e a nova retórica de Chaïm Perelman em 1958. Sobre a tópica, ver: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

das normas jurídicas que deve ser complementado com a realidade. O real significado das palavras contidas nos textos normativos depende de seu uso pela sociedade em determinado momento histórico, o que impede abstrações definitivas, imutáveis.

Isso significa dizer que a interpretação jurídica é contextualizada, isto é, o sentido da norma depende do respectivo contexto histórico, social, econômico e político em que se encontra inserida. Vislumbra-se, aqui, a íntima ligação entre a atividade interpretativa e o pragmatismo, notadamente pela necessidade de criação da norma a partir do texto da lei, com a consequente valorização do contexto e das consequências da interpretação.²¹

Aliás, é possível mencionar alguns exemplos concretos em que o contexto direciona a interpretação das normas: a) a mutação constitucional: processo informal de mudança da Constituição por meio do qual o intérprete altera o sentido da norma constitucional, mantendo intacto seu texto, com o objetivo de compatibilizar a ordem jurídica com a dinâmica social (ex.: a inviolabilidade do sigilo das correspondências, consagrada no art. 5º XII da CRFB, deve ser aplicada aos correios eletrônicos);²² b) a interpretação conforme a Constituição: constitui mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se afirma a legitimidade de determinada interpretação, com exclusão de outras possíveis interpretações que seriam inconstitucionais (ex.: o STF, após afirmar que o serviço postal é serviço público a ser explorado exclusivamente pela União, deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei nº 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo);²³ e c) a “inconstitucionalidade progressiva”²⁴ (ou “lei ainda constitucional”): o tribunal condiciona a constitucionalidade da norma a determinado contexto fático (ex.: o STF admitiu a subsistência temporária

²¹ Nesse sentido, José Vicente Santos de Mendonça sustenta que vivemos uma “virada pragmática no Direito Público” com o abandono do “conceitualismo autojustificado” para se consagrar “a interpretação jurídica com os olhos postos nas possíveis consequências concretas desta ou daquela linha de ação”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, p. 30, 15 set. 2010.

²² Sobre o tema, ver: FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9.

²³ De acordo com o STF, o art. 42 da Lei nº 6.538/1978, que prevê sanções para coleta, transporte, transmissão ou distribuição, sem observância das condições legais, de objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, seria aplicável apenas às atividades postais descritas no art. 9º do mesmo diploma legal. STF, APDF nº 46/DF, rel. p/ Acórdão: min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe-035 26/02/10. Sobre a interpretação conforme a Constituição, ver: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 180-187.

²⁴ MENDES, COELHO e BRANCO, *Curso de direito constitucional*, op. cit., p. 1257-1259.

da legitimação do MP para propositura da ação civil *ex delicto*, prevista no art. 68 do CPP, nos estados da federação em que não houver Defensoria Pública regularmente instituída).²⁵

A relação entre o texto da lei e a realidade no processo de interpretação e aplicação do direito pode ser descrita a partir das expressões “programa da norma” e “âmbito da norma”, utilizadas por Friedrich Muller.²⁶ A “estrutura da norma” (teoria estruturante do direito) é composta pelo teor literal da lei (programa da norma) e o recorte social em que a lei será aplicada (âmbito da norma). O direito, desta forma, não é estático, mas, sim, dinâmico, não se limitando a descrever a intenção do legislador.

Existem, por certo, significados mínimos que antecedem o processo de interpretação. As palavras, utilizadas pelo texto, limitam e condicionam, de alguma forma, as possibilidades de significados que podem ser atribuídos pelo intérprete. É por essa razão que não se deve confundir o texto da lei ou o dispositivo legal com o conceito de normas jurídicas. As normas são os sentidos construídos a partir da interpretação dos textos normativos. Desta forma, não existe relação necessária entre texto e norma, sendo viável a existência de norma sem dispositivo (ex.: princípio da segurança jurídica não possui dispositivo específico no texto constitucional), dispositivo sem norma (ex.: enunciado constitucional que prevê a “proteção de Deus”), dispositivo com várias normas (ex.: dispositivo que exige lei para instituição e majoração de tributos gera diversas normas, tais como o princípio da legalidade, da tipicidade, proibição de regulamentos independentes e proibição de delegação legislativa) e vários dispositivos e uma norma (ex.: princípio da segurança jurídica é retirado da leitura de vários dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade).²⁷

Por mais precisa que seja a disposição legal, sempre será necessária a interpretação, não devendo ser admitida a máxima *in claris non fit interpretatio*. A clareza dos dispositivos legais somente pode ser auferida após o processo de interpretação. Em outras palavras: a clareza não é a premissa, mas resulta-

²⁵ Ainda que a legitimidade, atualmente, seja reconhecida à Defensoria, a não recepção da norma em comento geraria como consequência prática a ausência de assistência jurídica e integral aos necessitados, o que afrontaria o art. 5º, LXXIV da CRFB. STF, RE nº 135.328/SP, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. DJ 29/04/01, p. 137.

²⁶ MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 42.

²⁷ ÁVILA, op. cit., p. 22. Ver também: GRAU, op. cit., p. 80-82; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 26.

do da interpretação. A complexidade da realidade pode distorcer a aparente clareza das palavras contidas no papel.²⁸

Em verdade, a maior ou menor ambiguidade do texto legal influenciará na liberdade e na criatividade do intérprete. Quanto maior for a abertura do texto (ex.: utilização de conceitos jurídicos indeterminados), maior será o espaço de criação do intérprete.²⁹

Além do contexto, a atividade interpretativa pressupõe a pré-compreensão do intérprete.³⁰ As experiências e as compreensões prévias do intérprete influenciam na busca dos sentidos dos textos normativos. Frise-se, no entanto, que a pré-compreensão, momento inicial da interpretação, significa apenas a antecipação prévia e provisória do resultado da busca do sentido da norma, devendo, portanto, ser finalizada com a análise do caso concreto à luz do ordenamento vigente.

A aplicação do direito pressupõe o processo de interpretação.³¹ Verifica-se, desta forma, que a interpretação dos dispositivos legais acarreta a produção de normas jurídicas. A interpretação é o caminho; a norma é o ponto de chegada.

A partir do pragmatismo, a interpretação dos dispositivos legais funciona como ponte entre a abstração do texto legal e o contexto fático, em busca da maior efetividade do ordenamento jurídico.

4. Pragmatismo na jurisprudência do STF

A jurisprudência do STF tem utilizado o pragmatismo para decidir casos de forte repercussão social.

Em diversas hipóteses, a Suprema Corte ponderou as consequências econômicas e sociais para proferir suas decisões. Todavia, na oportuna lembrança

²⁸ Nas palavras de Friedrich Muller “uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, porque e à medida que ela é ‘destituída de clareza’ — mas sobretudo porque ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício)”. MULLER, op. cit., p. 48. Nesse sentido, também: PERLINGIERI, op. cit., p. 71-72. BARROSO, op. cit., p. 106. Em sentido contrário, afirmando a desnecessidade de interpretação de textos unívocos: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 54.

²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

³⁰ Sobre a importância da pré-compreensão na interpretação do direito, ver: GRAU, op. cit., p. 108-113; PEREIRA, op. cit., p. 47.

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 81; BARROSO, op. cit., p. 103. Lembre-se que Hans Kelsen já afirmava que “a norma funciona como esquema de interpretação”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 4.

de Claudio Pereira de Souza Neto, tem prevalecido o “criptoconsequencialismo”,³² ou seja, a utilização de inferências formais e normativas, ainda que se perceba, na decisão, uma clara ponderação das consequências.

Recentemente, por exemplo, o STF lançou mão de argumentos pragmáticos para superar sua visão tradicional e admitir o exercício legítimo da greve por servidores públicos, que é previsto em dois momentos no texto constitucional: a) art. 9º da CRFB, regulamentado pela Lei nº 7.783/1989, que se aplica aos trabalhadores em geral, inclusive agentes públicos celetistas e b) art. 37, VII da CRFB, que dispõe sobre a greve dos servidores estatutários, ainda não regulamentado por lei específica.

Em razão da ausência, até a presente data, da lei de greve dos servidores estatutários,³³ restou impossibilitado o exercício legítimo desse direito, pois o STF entendia que a respectiva norma constitucional (art. 37, VII da CRFB) seria considerada como norma de eficácia limitada, cuja aplicação efetiva dependeria da intermediação legislativa.³⁴ Ademais, o direito de greve dos servidores públicos sempre encontrou obstáculos no princípio da continuidade do serviço público.

Todavia, o STF, recentemente, alterou a sua interpretação tradicional e tornou efetivo o direito de greve dos servidores estatutários. No julgamento de mandados de injunção, propostos por determinadas categorias de servidores públicos, a Suprema Corte superou a omissão inconstitucional e determinou a aplicação, por analogia, da Lei nº 7.783/1989, notadamente dos arts. 9º a 11, que tratam das atividades essenciais e garantem o respeito à continuidade do serviço público.³⁵

³² SOUZA NETO, op. cit., p. 86.

³³ Entendemos que todos os entes federativos possuem competência para legislar sobre o direito de greve dos servidores estatutários, pois trata-se de regime de servidor público, matéria afeta à autonomia política. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 544-545.

³⁴ STF, MI nº 20/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, julgamento: 19/05/94, DJ 22/11/96, p. 45690. Na lição de José Afonso da Silva, as normas constitucionais, quanto ao critério da eficácia e aplicabilidade, podem ser classificadas em: a) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata (são normas que possuem normatividade suficiente para serem aplicadas imediatamente, independentemente de providência normativa posterior); b) normas de eficácia contida a aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição (são normas que também possuem normatividade suficiente para aplicação imediata, mas, aqui, existe a possibilidade de restrição da sua eficácia e aplicabilidade pelo legislador infraconstitucional); e c) normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata (são normas despidas de normatividade suficiente para aplicação imediata, o que só ocorrerá, em regra, após a atuação do legislador). As normas de eficácia limitada compreendem as normas programáticas e as normas definidoras de princípio institutivo. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

³⁵ STF, MI nº 670/ES, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08; STF, MI nº 708/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07,

Os ministros alertaram, em seus votos, para a mora excessiva (mais de 20 anos) do legislador na regulamentação do direito, bem como o fato inconteste de que a omissão normativa nunca impediu a realização da greve. Em seu voto, o ministro relator Gilmar Mendes destacou:

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

[...]

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias consequências para o Estado de Direito.³⁶

Verifica-se, destarte, que na hipótese mencionada, a Corte levou em consideração o contexto fático e as consequências de sua decisão para suprir a omissão legislativa e efetivar o direito de greve dos servidores estatutários.

Em verdade, como será analisado no próximo tópico, o pragmatismo pode ser considerado como uma importante ferramenta para interpretação de outros institutos do direito administrativo.

5. A releitura do direito administrativa a partir do pragmatismo

A interpretação do direito administrativo a partir do pragmatismo promove uma importante releitura de dogmas tradicionais.

É comum a referência acrítica às afirmações doutrinárias célebres no estudo dos institutos jurídicos e na resolução de conflitos administrativos, se-

DJe 31/10/08; STF, MI nº 712/PA, Tribunal Pleno, rel. min. Eros Grau, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08. Ver: Informativo de Jurisprudência do STF nº 485.

³⁶ STF, MI nº 670/ES, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão min. Gilmar Mendes, julgamento: 25/10/07, DJe 31/10/08.

não vejamos: a) a legalidade administrativa apenas autorizaria a atuação do administrador quando expressamente autorizado pela lei, mas tal concepção jamais foi aplicada de maneira absoluta; b) a supremacia do interesse público sempre foi citada como fundamento para o reconhecimento da autoridade estatal sobre os interesses dos particulares, quando, em verdade, o exercício da função administrativa se volta necessariamente para a efetivação dos direitos fundamentais; c) o princípio da indisponibilidade do interesse público é invocado para se restringir a discricionariedade dos agentes públicos que não poderiam transigir na aplicação da lei, o que evidentemente não se coaduna com a legislação moderna que consagra instrumentos consensuais para o exercício da função administrativa, tais como as consultas públicas, as audiências públicas e a arbitragem; e d) o controle de legalidade dos atos administrativos fundamenta-se, tradicionalmente, na verificação da compatibilidade formal com a legislação, sem maiores preocupações com as consequências materiais da decisão administrativa.

Os tópicos apresentados a seguir pretendem demonstrar que os sobreditos dogmas devem passar pelo filtro pragmático.

5.1 A releitura do princípio da legalidade administrativa e a atuação criativa do administrador: a questão dos decretos autônomos

A concepção liberal e formalista do princípio da legalidade, por exemplo, destaca-se como dogma central do direito administrativo. Na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em Guido Zanobini: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.³⁷ Em consequência, a atuação administrativa será considerada válida se corresponder aos estritos termos da lei.

Ocorre que a referida concepção de legalidade nunca correspondeu efetivamente à realidade, sob pena de se considerar que toda atuação administrativa foi, até o momento, mecânica e sem qualquer cunho criativo, limitando-se a executar aquilo que já estaria exaustivamente previsto na lei.

Desta forma, o legislador, por maior que seja sua pretensão de exaurir determinado assunto, não tem condições de prever todas as possibilidades que porventura serão apresentadas no complexo mundo fático.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 82.

O direito, segundo H. L. A. Hart, possui textura aberta a partir das normas gerais que estabelecem padrões de condutas e constituem instrumento de controle social.³⁸ De acordo com Hart, os padrões gerais de conduta podem ser estabelecidos por meio da legislação e precedentes. Apesar do maior grau de certeza das normas, quando comparadas às incertezas dos precedentes, sempre existirá algum grau de incerteza na sua compreensão.

Isto porque a linguagem é naturalmente limitada. Em determinadas hipóteses, é possível verificar de maneira clara a incidência de expressões linguísticas em contexto específico, mas, em outros casos, não será nítida sua aplicação ao concreto (ex.: veículo certamente é automóvel, mas será que inclui bicicleta e patins?). Segundo Hart, de lado os denominados “casos evidentes”, em que as normas e os precedentes possuem maior precisão, existirão zonas limítrofes de dúvidas quanto à sua aplicação.

De qualquer maneira, não seria possível imaginar que a norma seja demasiadamente detalhada de forma a responder, antecipadamente, a todos os problemas futuros. A ignorância dos fatos e a imprecisão dos enunciados impedem a efetivação desse objetivo. Por esta razão, existem duas escolhas no processo de efetivação do comando normativo: a) momento da elaboração da norma: o legislador faz opções e estabelece de maneira genérica padrões de conduta e b) aplicação da norma aos casos específicos: o intérprete deve fazer escolhas ao decidir se a textura aberta das normas refere-se ao caso concreto.

Em suma: a aplicação do direito depende da interpretação da norma e toda atividade interpretativa é um ato de criação do direito.³⁹

É por essa razão que, ao editar regulamentos considerados tradicionalmente como “executivos”, o administrador, com intensidades variadas, está criando o direito. Se o regulamento executivo não tivesse nenhum caráter inovador, sua existência seria desnecessária, uma vez que a lei já poderia ser aplicada prontamente pelo Executivo.⁴⁰ O “detalhamento” da lei, operado pelo regulamento executivo, não representa uma reprodução literal da lei, mas a ampliação daquilo que foi previamente estabelecido pelo legislador.

A esse propósito, é possível mencionar três alterações formais à Constituição que instituíram hipóteses de poderes normativos autônomos fora do

³⁸ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 161-176.

³⁹ Nas palavras de Hans Kelsen: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito.” KELSEN, *op. cit.*, p. 260.

⁴⁰ Nesse sentido, Sérgio Ferraz afirma que o regulamento de execução pode conter “norma nova”, desde que não contrarie a legislação vigente e seja necessário à plena execução do diploma legal regulamentado. FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 118.

Poder Legislativo: a) art. 84, VI, “a”, da CRFB, alterado pela EC nº 32/2001: dispensa a necessidade de lei para o tratamento da organização da administração pública federal (regra aplicável, por simetria, aos estados, Distrito Federal e municípios), matéria agora disciplinada por decreto;⁴¹ b) art. 103-B, § 4º, I da CRFB, inserido pela EC nº 45/2004: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui poder normativo, consubstanciado na prerrogativa de “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”; e c) art. 130-A, § 2º, I da CRFB, inserido pela EC nº 45/2004: o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no exercício de seus poderes normativos, assim como o CNJ, pode “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

O STF, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, considerou constitucional a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, versando a controvérsia, precisamente, sobre a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça editar atos normativos com fundamento de validade diretamente no texto constitucional, especialmente para concretização dos princípios constitucionais.⁴²

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 13, estendendo a vedação do nepotismo aos demais Poderes (Executivo e Legislativo).⁴³ A vedação do nepotismo, segundo o entendimento da Corte, decorre diretamente dos princípios constitucionais insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, não havendo necessidade de lei formal para coibir tal prática.⁴⁴ Ou seja: o fundamento da atuação administrativa é a própria Constituição e não a lei ordinária, pois, independentemente de lei ou

⁴¹ Contudo, alguns autores, norteados por uma interpretação rígida do princípio da legalidade, não admitem a consagração do regulamento autônomo no art. 84, VI, “a” da CRFB, pois a referida norma constitucional só habilita o Executivo a disciplinar a organização da administração “no interior dos esquemas já legalmente traçados de maneira genérica”. Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100-101, nota 9.

⁴² STF, ADC nº 12/DF, rel. min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 20/08/08, DJe-237 18/12/09.

⁴³ O enunciado da referida súmula dispõe: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

⁴⁴ Nesse sentido: STF, REExt nº 579.951/RN, min. rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 24/10/2008.

ato normativo (autônomo ou executivo), os princípios constitucionais já teriam normatividade suficiente para impor condutas diretas à administração. Concluiu-se, destarte, pela possibilidade de se extrair direitos e obrigações para a administração pública diretamente do texto constitucional sem a intervenção do legislador ordinário.

Ao lado das três exceções, expressamente consagradas na Constituição, é possível admitir outros casos (não expressos) de poder normativo autônomo a partir da consagração do princípio da juridicidade. Em tempos de constitucionalização do ordenamento jurídico, a omissão legislativa não pode servir como um mecanismo fraudulento para impedir a plena efetividade do texto constitucional. Reconhecida a superioridade da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais, deve ser admitida a edição de regulamentos autônomos em relação às matérias não sujeitas à reserva legal quando a administração pública tiver como norte o atendimento de objetivos (deveres) constitucionais.⁴⁵

5.2. A releitura do princípio da supremacia do interesse público: a questão das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos

Outro princípio que deve ser atualizado a partir do pragmatismo é o da supremacia do interesse público sobre o privado, considerado, pela doutrina tradicional, como um pilar básico do direito administrativo que fundamenta, principalmente, o exercício de poder de autoridade estatal e as restrições aos direitos fundamentais dos indivíduos.⁴⁶

A doutrina, embora nem sempre de forma explícita, inspira-se na distinção clássica entre dois tipos de interesses públicos:⁴⁷ a) interesse público

⁴⁵ Defendemos essa tese no livro: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 170-171.

⁴⁶ Héctor Jorge Escola afirma: "*Con todo lo expuesto, hemos podido demostrar que el verdadero fundamento del derecho administrativo es el interés público, que es éste el que da sentido y comprensión a todas sus instituciones, y el que justifica y explica la singularidad de sus principios y de sus soluciones*". ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 261. A noção de interesse público passou a ser largamente utilizada após a Revolução Francesa e ligava-se à divisão entre o público e o privado. A administração pública era encarada como executora da vontade geral, expressa na lei, e guardiã do interesse público, ao passo que os particulares atuavam no campo dos interesses privados.

⁴⁷ A distinção entre interesse público primário e secundário advém da doutrina italiana. Ver: ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1960. p. 197.

primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica) e b) interesse público secundário: é o interesse do próprio Estado, enquanto sujeito de direitos e obrigações, ligando-se fundamentalmente à noção de interesse do erário. Envolve, normalmente, as atividades administrativas instrumentais necessárias para o atendimento do interesse público primário, tais como as relacionadas a orçamento, agente público e patrimônio público.

A partir dessa distinção, a doutrina tradicional sempre apontou para a superioridade do interesse público primário (e não do secundário) sobre o interesse privado.⁴⁸

Modernamente, no entanto, com a relativização da dicotomia público x privado, a democratização da defesa do interesse público e a complexidade (heterogeneidade) da sociedade atual, entre outros fatores, vem ganhando força a ideia de “desconstrução” do princípio da supremacia do interesse público em abstrato.⁴⁹

Humberto Ávila, em trabalho pioneiro no Brasil,⁵⁰ afirmou que o tradicional princípio da supremacia do interesse público não pode ser considerado como norma-princípio à luz da teoria geral do direito, pois “sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual”, uma vez que consagra a prevalência absoluta, *a priori*, do interesse público. O autor menciona outros argumentos para demonstrar a inexistência da supremacia, em

⁴⁸ Nesse sentido, entre outros: OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, 2000; BORGES, Alice Gonzalez Borges. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, n. 37, p. 29-48, 2006; BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; MELLO, op. cit., p. 62; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37.

⁴⁹ O estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público foi objeto de outra obra: OLIVEIRA, op. cit., p. 104-111.

⁵⁰ Humberto Ávila escreveu sobre a releitura do princípio no artigo “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, publicado na *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. Posteriormente, o tema foi tratado por Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm e Ricardo Schier, que escreveram, ao lado de Humberto Ávila, na obra coletiva: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

abstrato, do interesse público, a saber:⁵¹ a) a Constituição brasileira (Constituição-cidadã), em diversas passagens, partindo da dignidade da pessoa humana, protege a esfera individual (exs.: arts. 1º, 5º etc.), não sendo lícito afirmar, a partir da interpretação sistemática das normas constitucionais, a existência de uma prevalência em favor do interesse público; b) indeterminabilidade abstrata e objetiva do “interesse público”, o que contraria premissas decorrentes da ideia de segurança jurídica; c) o interesse público é indissociável do interesse privado, uma vez que ambos são consagrados na Constituição e os elementos privados estariam incluídos nas finalidades do Estado, como se percebe, *v.g.*, a partir da leitura do preâmbulo e dos direitos fundamentais; e d) incompatibilidade da supremacia do interesse público com postulados normativos consagrados no texto constitucional, notadamente os postulados da proporcionalidade e da concordância prática.

Ao que parece, o debate atual a respeito da subsistência do princípio da supremacia do interesse público passa pela própria dificuldade natural de se estabelecer uma noção uniforme de interesse público.

Por ser um conceito jurídico indeterminado, o denominado “interesse público” não possui uma noção unívoca e homogênea.

Certamente, não se pode confundir interesse público com interesse da administração pública (zona de certeza negativa), esse último, classificado alhures como secundário.⁵² Apenas o interesse público primário pode ser considerado como objetivo finalístico da atuação administrativa e, portanto, legitimador da própria criação do Estado.⁵³

Isso, contudo, não é suficiente para permitir a adequada compreensão da expressão “interesse público primário”, como norte a pautar a atuação do poder público. Algumas situações podem se encaixar, sem dúvida, na expressão (ex.: desapropriação de um imóvel improdutivo para fins de reforma agrária), mas sempre existirá a denominada “zona de penumbra”.

Seja como for, é inegável que, hoje, o conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem isso, notadamente quando se verifica que a atu-

⁵¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, *Interesses públicos versus interesses privados*, op. cit., p. 171-215.

⁵² Nesse sentido: JUSTEN FILHO, op. cit., p. 38.

⁵³ Não se está negando a importância que a arrecadação tem para o erário, mas tal fato tem caráter apenas instrumental e não pode servir de fundamento para justificar eventual ato ilegal da administração. Assim, por exemplo, a administração não pode deixar de pagar suas dívidas, sob o argumento de que isso é bom para o interesse público secundário.

ação do poder público deve ser pautada pela defesa e promoção dos direitos fundamentais e, obviamente, pelo respeito à dignidade humana. Quando o Estado promove direitos fundamentais de determinados cidadãos, está ele satisfazendo finalidades públicas estabelecidas pela própria Constituição.

E isso se dá porque, em verdade, nunca existiu um único “interesse público” e nem, tampouco, um interesse privado, concebidos abstratamente e de forma cerrada. Muito ao contrário, em uma sociedade pluralista, existem diversos interesses públicos e privados em constante conexão, de modo que, naturalmente, poderão emergir eventuais conflitos entre interesses considerados públicos (ex.: a criação de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento em área florestal de conservação permanente), entre interesses denominados privados (ex.: o direito à intimidade e o direito à liberdade de expressão) e entre interesses públicos e privados (ex.: a servidão administrativa de passagem estabelecida em imóvel particular para utilização de ambulâncias de determinado nosocômio público).

Fato é que, mesmo nos conflitos citados acima, não estaríamos necessariamente diante de um verdadeiro confronto dicotômico entre interesse público, de um lado, e interesse privado, de outro. Mesmo naquelas situações em que o interesse público é promovido, o interesse privado também será atendido. Em uma desapropriação, por exemplo, se é verdade que o direito fundamental de propriedade de um particular é excepcionado para se atender ao interesse público, tal interesse público vai passar pela satisfação de outros direitos fundamentais (a construção de uma escola, que justifica, em tese, a desapropriação, acaba por propiciar o direito à educação para diversas pessoas). Na realidade, o direito fundamental de propriedade de um particular, *in casu*, seria suprimido para se garantirem outros direitos fundamentais titularizados por outras pessoas.⁵⁴

A atuação do poder público não pode ser pautada pela supremacia do interesse público, mas, sim, pela ponderação e máxima realização dos interesses envolvidos no caso concreto. O que não se pode admitir é a fundamentação da atuação estatal em um abstrato e indecifrável interesse público. Com isso, cresce a importância da motivação e justificação das atuações administrativas.

⁵⁴ Atento à íntima relação entre os denominados interesses públicos e privados, Humberto Ávila afirma com precisão: “Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural (*ein struktureller Zusammenhang*). Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos”. ÁVILA, op. cit., p. 190-191.

A administração pública no estado democrático de direito possui um ônus argumentativo maior para demonstrar a legitimidade de sua atuação para o verdadeiro dono do poder: o povo (art. 1º, parágrafo único da CRFB).

A solução ou, ao menos, a sinalização para resolver eventuais colisões entre interesses públicos e interesses privados pode ser estabelecida *a priori*, quando possível, pela própria legislação, que já procederá a uma ponderação abstrata (exs.: o art. 60, § 4º, IV da CRFB retira das opções políticas as propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais; o art. 5º, alínea “h”, do DL nº 3.365/1941 autoriza o poder público a desapropriar, por utilidade pública, a propriedade privada para a exploração ou a conservação dos serviços públicos). Essa ponderação, realizada democraticamente pelo legislador, orientaria e pautaria a interpretação judicial e administrativa.

Não obstante isso, a ponderação realizada pelo Legislativo não pode ser considerada absoluta, funcionando como um parâmetro que deverá ser adotado preferencialmente pelo intérprete do direito (“parâmetros preferenciais”). Caso pretenda afastar a “indicação” prevista na legislação, o aplicador do direito terá um ônus argumentativo maior para justificar e legitimar sua atuação que, portanto, será devidamente motivada.⁵⁵

A partir da premissa, a nosso ver verdadeira, de que não existe um interesse público único, estático e abstrato, mas sim finalidades públicas normativamente elencadas que não estão necessariamente em confronto com os interesses privados, seria mais adequado falar-se em “princípio da finalidade pública” em vez do tradicional “princípio da supremacia do interesse público”.⁵⁶ O dogma da supremacia do interesse público, enquanto categoria abstrata e absoluta, não se afigura adequado para se legitimar a atuação administrativa. Toda e qualquer atuação administrativa deve ser fundamentada a partir das normas em vigor e do contexto de sua aplicação.

Sob o manto da célebre supremacia abstrata do interesse público, o Estado possui algumas prerrogativas quando se relaciona com os agentes privados, como ocorre, por exemplo, com as denominadas cláusulas exorbitantes previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/1993.⁵⁷ De acordo com a doutrina tradicional, a

⁵⁵ Nesse sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 159-162.

⁵⁶ Humberto Ávila afirma que o interesse público como finalidade estatal não possui o mesmo significado que supremacia do interesse público, sendo esta última noção equivocada. ÁVILA, op. cit., p. 214-215.

⁵⁷ “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I — modificá-los, unilateralmente, para melhor

presença das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos decorre diretamente da lei, sendo irrelevante sua previsão no instrumento contratual.⁵⁸

Ocorre que essa absolutização das cláusulas exorbitantes não passa pelo filtro de uma interpretação pragmática comprometida, senão vejamos.

A presença obrigatória de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos pode acarretar consequências negativas para a eficiência administrativa. Isto porque as prerrogativas unilaterais em favor do Estado desequilibram a relação contratual, gerando insegurança e risco ao particular. Em consequência, o particular embutirá, naturalmente, o risco incerto em sua proposta apresentada durante o procedimento licitatório, elevando o preço a ser cobrado do poder público. Por essa razão, o dogma de que as cláusulas exorbitantes decorrem necessariamente da lei pode inviabilizar a eficiência administrativa.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe a flexibilização das cláusulas exorbitantes que seriam incluídas discricionariamente em cada contrato administrativo.⁵⁹ Com o intuito de se reforçar a legitimidade e a segurança jurídica do particular, a técnica da flexibilização proposta pelo autor é conjugada com a “teoria da dupla motivação”, por meio da qual a administração deve, em primeiro lugar, motivar a adoção ou o afastamento em tese da cláusula exorbitante nos contratos administrativos e, sem segundo lugar, motivar a utilização concreta de determinada cláusula exorbitante prevista contratualmente.⁶⁰

Frise-se que a inaplicabilidade das cláusulas exorbitantes aos contratos administrativos não coloca em risco o atendimento do interesse público pri-

adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II — rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III — fiscalizar-lhes a execução; IV — aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V — nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.”

⁵⁸ Nesse sentido, por exemplo: JUSTEN FILHO, op. cit., p. 367; DI PIETRO, op. cit., p. 257; GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 232.

⁵⁹ De acordo com o autor, as cláusulas exorbitantes se justificavam no Estado moderno, quando vigorava a economia semidirigida, “sob o pálio da supremacia indiscriminada do Estado”, sem maiores preocupações com a competitividade por capitais e tecnologias. Todavia, prossegue o autor, no contexto do Estado pós-moderno e no contexto da economia de mercado, preocupada com a alta competitividade, as tradicionais vantagens das cláusulas exorbitantes desaparecem. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 581-582.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 586.

mário. Caso haja alteração da situação fática no curso do contrato que exija alteração das regras pactuadas, poderia a administração pública promover a alteração consensual do ajuste ou, em caso de impossibilidade, efetuar nova contratação, eventualmente com dispensa de licitação, caso a hipótese, por óbvio, esteja inserida nos rol do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

5.3. A concepção atual do princípio da indisponibilidade do interesse público: a questão da arbitragem e dos acordos decisórios

O princípio da indisponibilidade do interesse público, em sua acepção tradicional, impediria a alienação do interesse público por parte da administração pública, o que impediria, por exemplo, a utilização de mecanismos consensuais por parte da administração pública.

É preciso, no entanto, compreender a acepção atual do referido princípio, especialmente a partir do filtro do pragmatismo jurídico.

Conforme já demonstrado, não existe um único interesse público, mas, sim, diversos interesses públicos, eventualmente conflitantes, que devem ser protegidos no estado democrático de direito, marcado pelo pluralismo. A ponderação dos interesses conflitantes em cada contexto fático acarretará forçosamente a satisfação de uns em detrimento dos demais (imaginem-se o exemplo já mencionado da construção de uma hidrelétrica e a necessidade de desmatamento em área florestal de conservação permanente). Em suma: a atividade estatal envolve disposições de interesses públicos.

A necessidade de conferir maior legitimidade à atuação do poder público, no contexto de um verdadeiro estado democrático de direito, leva ao surgimento de novos mecanismos de participação popular na elaboração de normas e na tomada de decisões administrativas (ex.: consultas e audiências públicas), assim como de meios consensuais de atuação administrativa (ex.: convênios com particulares).

Todavia, a visão fundamentalista do princípio da indisponibilidade do interesse público, ainda citada por parcela da doutrina, afastaria, por exemplo, a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos administrativos, bem como a celebração de acordos decisórios em processos administrativos.

Contra a possibilidade de previsão contratual da arbitragem, argumenta-se, por exemplo, que não seria lícito ao particular (árbitro) decidir sobre o cor-

reto atendimento do interesse público inerente ao contrato da administração, cabendo ao agente público a interpretação sobre a correta aplicação da lei.⁶¹ Por esta razão, o TCU, em algumas oportunidades, afirmou que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, sem previsão legal específica, violaria o princípio da indisponibilidade do interesse público.⁶²

O afastamento compulsório da possibilidade de arbitragem em contratos administrativos contraria a visão pragmática do direito administrativo.⁶³

Esclareça-se, desde, logo, a ausência de oposição quanto à arbitragem nos contratos privados celebrados por entidades administrativas de direito privado, tendo em vista que esses contratos submetem-se, predominantemente, às normas de direito privado (art. 62, § 3º, I da Lei nº 8.666/1993).⁶⁴

Quanto aos contratos administrativos (contratos públicos, por excelência), a arbitragem é expressamente prevista na legislação que trata das concessões de serviços públicos (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e art. 11, III da Lei nº 11.079/2004).⁶⁵ Todavia, a ausência de lei específica não impede a utilização

⁶¹ A convenção de arbitragem, na forma do art. 3º da Lei nº 9.307/1996, consistirá em cláusula compromissória, constante do contrato, ou compromisso arbitral.

⁶² TCU, Decisão nº 286/1993, Plenário, rel. min. Homero Santos, DOU 04/08/93; TCU, Acórdão nº 587/2003, Plenário, rel. min. Adylson Motta, DOU 10/06/03; TCU, Acórdão nº 906/2003, Plenário, rel. min. Lincoln Magalhães da Rocha, DOU 24/07/03; TCU, Acórdão nº 1099/2006, Plenário, rel. min. Augusto Nardes, DOU 10/07/06. O Tribunal, posteriormente, admitiu a arbitragem nos contratos celebrados por sociedade de economia mista (Petrobras), versando exclusivamente sobre “a resolução dos eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e a disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos”. TCU, Acórdão nº 2094/2009, rel. min. José Jorge, DOU 11/09/09. Todavia, nessa última hipótese, os contratos não seriam administrativos propriamente ditos, mas privados da administração e, portanto, submetidos, naturalmente, ao direito privado.

⁶³ Modernamente, prevalece, na doutrina, tese que defende a adequação da arbitragem com os contratos administrativos Nesse sentido, por exemplo: TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul./set. 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 197.

⁶⁴ Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de arbitragem em contratos formalizados por sociedades de economia mista. STJ, REsp nº 612.439/RS, rel. min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 14/09/06, p. 299.

⁶⁵ Art. 23-A da Lei nº 8.987/1995: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. Art. 11, III da Lei nº 11.079/2004: “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...] III — o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

de arbitragem pelo poder público.⁶⁶ É inerente ao contrato administrativo a possibilidade de sua extinção antes do advento do termo final, por questões de interesse público, por inadimplemento das partes ou por outras razões previstas em lei, sendo razoável admitir que o poder público, apoiado no princípio da eficiência administrativa e no princípio da boa administração, estabeleça cláusula arbitral para solução eficiente (técnica e célere) das controvérsias contratuais.

A utilização da arbitragem, por certo, produziria consequências positivas para as partes contratantes, especialmente por permitir que as disputas contratuais, que envolvem interesses disponíveis (ex.: questões técnicas ou financeiras),⁶⁷ sejam solucionadas por meio de juízos técnicos, oriundos de árbitros escolhidos pelas partes, e em espaço reduzido de tempo. É oportuno ressaltar, inclusive, a importância da arbitragem nas relações comerciais internacionais que envolvem o Estado. Nessas hipóteses, as disputas contratuais serão resolvidas, eventualmente, por árbitros, com fundamento na *lex mercatoria*, considerada fonte do denominado “direito administrativo global” (*Global Administrative Law*).⁶⁸ Trata-se de tendência encontrada no atual estágio de evolução do direito, explicada, por exemplo, pelo enfraquecimento da soberania, em virtude do processo de globalização, e pela releitura do princípio da legalidade. A inserção do Estado nacional no cenário internacional depende invariavelmente do respeito dessas condições.⁶⁹

Da mesma forma, o princípio da indisponibilidade não deve servir como óbice intransponível para celebração de acordos decisórios em processos administrativos.

⁶⁶ Ressalte-se que o art. 54 da Lei nº 8.666/1993 determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado aos contratos administrativos.

⁶⁷ O art. 1º da Lei nº 9.307/1996, que disciplina a arbitragem, limita sua incidência aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁶⁸ De acordo com Benedict Kingsbury, Nico Krisch e Richard B. Stewart, a expressão *Global Administrative Law* compreende “os mecanismos, princípios, práticas e entendimentos apoiados pela sociedade que promovem ou afetam a responsabilização dos departamentos administrativos globais, assegurando que cumpram *standards* de transparência, participação, fundamentação das decisões e legalidade, fornecendo revisões eficazes das regras e decisões tomadas” (tradução livre). Nesse contexto, existem fontes do direito que vão além do Estado, tal como ocorre com a *lex mercatoria*, baseada em práticas dos atores comerciais em todo o mundo. KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. In: *Law and Contemporary Problems*, North Carolina, v. 68, n. 3 e 4, p. 17 e 29, 2005.

⁶⁹ Sobre os limites e as possibilidades de arbitragem em contratos celebrados pela administração, bem como o respectivo conflito entre normas internacionais e nacionais, ver: ANDRADE, Gustavo Fernandes de. As arbitragens comerciais internacionais e domésticas e os contratos com o Estado. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81-145.

No âmbito da denominada “administração de resultados”,⁷⁰ a interpretação e a aplicação do direito não podem se afastar das consequências geradas pelas escolhas que são efetivadas pelas autoridades estatais. Sem deixar de lado a importância de certas formalidades, estritamente necessárias à formação legítima da vontade estatal, o direito passa a se preocupar de maneira preponderante com os resultados impostos pelo texto constitucional. A concretização dos resultados, na medida do possível, deve ser realizada por meio de processo político-participativo: a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados.

O resultado destaca-se como um novo paradigma do direito administrativo: a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito dos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional.⁷¹ A relativização do formalismo (formalismo moderado) é justificada pelos resultados alcançados.⁷² Daí o termo “legalidade finalística” para destacar que a legalidade é um instrumento vinculado ao atendimento dos direitos fundamentais e não apenas uma exigência formal

⁷⁰ No direito comparado, a análise do resultado já pode ser encontrada em estudos monográficos recentes, com destaque para duas obras italianas: SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003; e SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003. No Brasil, o estudo do resultado como novo paradigma do direito administrativo foi destacado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto na obra: *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

⁷¹ Pasquale D'Angiolillo afirma que a observância ortodoxa da norma não é capaz de assegurar a legitimidade da decisão administrativa, sendo necessário o respeito do princípio do “buon andamento”, por meio da utilização dos melhores meios disponíveis (eficiência) e maior satisfação das demandas sociais (eficácia). D'ANGIOLILLO, Pasquale. *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*. Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2009. p. 39-40.

⁷² Francesco Manganaro, em relação ao ordenamento italiano, sustenta a necessidade de simplificação da organização e da atividade administrativa com o objetivo de se alcançar o princípio constitucional do “buon andamento”, previsto no art. 97 da Constituição italiana e que inclui o dever de “boa administração” e de eficiência. Não se trata, afirma o autor, de uma visão puramente econômica, mas, sim, de uma dimensão democrática do ordenamento constitucional que permite a efetivação da igualdade substancial prevista no art. 3º da Constituição daquele país. MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*. Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2000. p. 28-29.

(procedimental) relacionada à atuação estatal. A validade (e legitimidade) dos atos públicos depende da satisfação dos direitos fundamentais.

Por esta razão, a possibilidade de decisões consensuais nos processos administrativos permite, em determinados casos, a efetivação material da finalidade da norma. Mencione-se, por exemplo, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) por parte do Ministério Público, na forma do art. 5º, § 6º da Lei nº 7.347/1985, com o intuito de obstar, preventivamente, a eventual continuidade da infração à ordem jurídica.

Recentemente, o art. 46 da Lei nº 5.427/2009, que dispõe sobre o processo administrativo no estado do Rio de Janeiro, consagrou a possibilidade de acordos decisórios, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo.⁷³

Imagine-se, por exemplo, o acordo decisório que, ao invés de impor multa a determinada empresa por violação à legislação ambiental, exige que montante equivalente seja investido, pela própria empresa (poluidora), na restauração do meio ambiente (compensações ambientais).

Quer dizer: os governantes e demais agentes públicos devem levar em consideração as possíveis consequências (jurídicas e extrajurídicas) de suas decisões, optando por aquela que efetive, em maior intensidade, os direitos fundamentais.

5.4. Controle dos atos administrativos e a prospective overruling

Por fim, os órgãos responsáveis pelo controle de legalidade dos atos administrativos preocupam-se, tradicionalmente, com a observância formal da legislação. De tal perspectiva, em caso de eventual incompatibilidade formal com a lei, o ato impugnado será anulado pelo agente controlador.

Todavia, o controle (administrativo, judicial ou legislativo) dos atos administrativos, no contexto do estado democrático de direito e do pragmatismo, deve levar em consideração as consequências da decisão e não apenas a adequação formal do ato com a letra fria da lei.⁷⁴ É pertinente a observação de

⁷³ O art. 46 da Lei nº 5.427/2009 dispõe: “No exercício de sua função decisória, poderá a Administração firmar acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público”.

⁷⁴ O controle sobre os órgãos e entidades estatais pode ser dividido em três categorias: a) autocontrole: compreende o controle interno e o controle correccional; b) controle externo: é exercido

Floriano de Azevedo Marques Neto quando afirma que “o controle pelo controle acaba por se afastar do compromisso com seus efeitos, com a responsabilidade política que as instituições de controle devem objetivar”, fazendo com que o controlador tenha enormes poderes, mas nenhuma responsabilidade pela ineficácia da atividade-fim.⁷⁵

A preocupação com os resultados do controle é um imperativo de eficiência administrativa. Nesse contexto, destaca-se a importância das consequências econômicas na interpretação do direito, na linha defendida pelos integrantes do movimento da Law & Economics. A análise econômica do Direito (AED) pressupõe a existência de influências recíprocas entre o direito e a economia, razão pela qual as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.⁷⁶ A promoção e a defesa dos direitos dependem, necessariamente, de recursos financeiros. Mesmo os denominados direitos de primeira geração ou dimensão (direitos civis e políticos), segundo a doutrina atual, possuem custos que devem ser considerados pelo Estado, especialmente pelo fato de que os recursos orçamentários são escassos e as demandas sociais são infindáveis.⁷⁷

Todavia, quanto ao controle judicial os magistrados não têm revelado maiores preocupações com as consequências econômicas de suas decisões.

pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas respectivo; e c) controle social: é implementado pela sociedade civil, por meio da participação nos processos de planejamento, acompanhamento, monitoramento e avaliação das ações da gestão pública e na execução das políticas e programas públicos (exs.: a participação em consulta pública ou audiência pública, o exercício do direito de petição etc.).

⁷⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 221.

⁷⁶ Há uma forte aproximação entre o direito e a economia que vem sendo estudada pelos autores adeptos do movimento de Law & Economics, especialmente a partir dos trabalhos de Ronald Coase, Guido Calabresi, Trimarchi, Gary Becker, Richard Posner, Henry Manne, entre outros. Apesar de ser antigo o diálogo entre o direito e a economia, o movimento de Law & Economics desenvolve-se, principalmente, nos Estados Unidos, a partir da década de 1960 do século XX por meio dos estudos de Ronald Coase (*The problem of social cost*), professor da Universidade de Chicago e prêmio Nobel de Economia em 1991, e de Guido Calabresi (*Some thoughts on risk distribution and the law of torts*), da Universidade de Yale. Atualmente, um dos grandes expoentes do movimento é o professor Richard Posner (*Economic analysis of law*), da Escola de Chicago. Apesar de sua origem norte-americana, a AED tem sido estudada em países europeus (Alemanha, Itália etc.) e no Brasil. Para uma visão sistemática da análise econômica do direito, ver, por exemplo: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.

⁷⁷ Sobre o tema, ver: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direito: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Em pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), os magistrados da ativa consultados revelaram que se orientam, preponderantemente, por parâmetros legais (87,1%) e por consequências sociais (83,8%) no momento de proferirem suas decisões. A preocupação com as consequências econômicas foi revelada por apenas 40,5% dos entrevistados.⁷⁸

Aliás, em relação à atuação das agências reguladoras, por exemplo, a atuação administrativa setorial pauta-se, predominantemente, por critérios técnicos e pela busca de resultados, mediante atuação prospectiva (ex.: necessidade de universalização dos serviços públicos, modicidade tarifária, fomento à concorrência, qualidade da atividade etc.). Nesses casos, a eventual sindicabilidade judicial, desprovida da visão macro e do conhecimento técnico necessário, pode acarretar efeitos sistêmicos indesejáveis ao setor regulado.⁷⁹

A preocupação com os resultados no exercício da função administrativa também pode ser exemplificada, atualmente, pela contratualização da gestão e do controle da administração no âmbito da denominada “administração pública de resultados”.⁸⁰

No ordenamento pátrio, o contrato de gestão pode ser citado como exemplo da sobredita tendência. É oportuno lembrar, no entanto, que a expressão possui dois sentidos possíveis: a) contrato de gestão interno ou endógeno: é formalizado no âmbito interno da administração pública com o objetivo de garantir maior eficiência administrativa, por meio da estipulação de metas de desempenho e aumento da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do órgão ou entidade administrativa (art. 37, § 8º CRFB e art. 51 da Lei nº 9.649/1998); e b) contrato de gestão externo ou exógeno: é aquele formalizado entre a administração pública e determinada entidade privada, sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social (OS), com a previsão, de um lado, de metas de desempenho, e, de outro, incentivos públicos (fomento) à entidade privada (art. 5º da Lei nº 9.637/98).⁸¹ Em ambas as hipóteses, o contrato de

⁷⁸ Entrevista disponível em: <www.amb.com.br>. Acesso em: 25 jan. 2011.

⁷⁹ Sérgio Guerra afirma: “o controle judicial dos atos regulatórios não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, mediante a ponderação dos benefícios e dos ônus advindos da regulação. Os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência do magistrado”. GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 275.

⁸⁰ Na França, por exemplo, podem ser citados os contratos de programa, de empresa, de plano e de objetivos; na Inglaterra, o *framework document*; na Itália, o *accordo di programma*; nos Estados Unidos, o *performance plan*. Para um estudo aprofundado sobre as experiências do direito comparado, ver: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

⁸¹ Sobre os contratos de gestão, ver: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; OLIVEIRA, *Contrato de gestão*, op. cit. Não se pode deixar de mencionar que a utilização de nomes idênticos para ajustes distintos

gestão permite que administração atue de maneira planejada, transparente e eficiente, com a flexibilização da gestão administrativa e a fixação de metas que devem ser efetivadas dentro de determinados prazos.

O controle eficiente, preocupado com os resultados da ação administrativa, deve observar, no que couber, as seguintes diretrizes: i) supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco; ii) controle *a posteriori* é a regra e o controle prévio (ou concomitante) é a exceção; iii) predomínio da verificação de resultados; iv) simplificação dos procedimentos; v) eliminação de sobreposição de competências e de instrumentos de controle; vi) dever, para os órgãos ou entes de controle, de verificação da existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados; e vii) responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade.⁸²

Por derradeiro, a denominada teoria da *prospective overruling*, oriunda do sistema da *common law*, pode ser adaptada ao direito pátrio atual, o que ratificaria a preocupação do agente controlador com os resultados de suas decisões.⁸³ De acordo com a teoria em questão, os tribunais ao mudarem suas regras jurisprudenciais podem, por motivos de segurança jurídica (boa-fé e confiança legítima), aplicar a nova orientação apenas para os casos futuros. Em outras palavras: a *prospective overruling* opera a superação do precedente anterior com efeitos para o futuro.

Igualmente, a autoridade administrativa, no exercício do controle de legalidade dos atos administrativos, pode determinar a incidência de efeitos prospectivos de suas respectivas decisões a partir da aplicação analógica do art. 27 da Lei nº 9.868/1999⁸⁴ ou de regras específicas, como ocorre no estado

dificulta a compreensão dos institutos, gerando confusões terminológicas e insegurança jurídica. Por esta razão, o “Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração” propõe a utilização da expressão “contrato de autonomia” para se referir ao contrato mencionado no texto constitucional, reservando a expressão contrato de gestão para os ajustes firmados com as Organizações Sociais. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_segex_Ar_q_leiOrganica.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2011.

⁸² As diretrizes sugeridas constam do art. 50 do “Anteprojeto de Lei de Normas Gerais sobre Administração Pública Direta e Indireta, entidades paraestatais e entidades de colaboração”. Disponível em: <www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/seges/comissao_jur/arquivos/090729_segex_Ar_q_leiOrganica.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2011.

⁸³ Thomas Bustamante, por exemplo, defende a possibilidade de aplicação da *prospective overruling* no sistema judiciário pátrio, sem mencionar expressamente a sua eventual incidência no controle de legalidade dos atos administrativos. BUSTAMANTE, op. cit., p. 405-416.

⁸⁴ A Lei nº 9.868/1999, que disciplina o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade

do Rio de Janeiro (art. 53, § 3º da Lei nº 5.427/2009).⁸⁵ A ponderação dos efeitos da decisão revela-se essencial para resguardar a efetiva observância dos princípios constitucionais, eventualmente em conflito no caso concreto.

6. Conclusões

É possível perceber a importância da releitura do direito administrativo a partir do pragmatismo jurídico, superando-se teorizações abstratas e fundamentalistas que não se amoldam ao ordenamento constitucional plural.

O natural conflito entre interesses protegidos no texto constitucional demonstra a impossibilidade de sobrevivência de visões extremadas no campo do direito.

Não se pretende afirmar, no entanto, que o pragmatismo seja o único meio de interpretação do ordenamento jurídico, mas, sem dúvida, representa uma importante ferramenta para se compatibilizar as normas com a realidade.

Da mesma forma, o fato de o pragmatismo propor a interpretação comprometida com o contexto e com as consequências não significa, por certo, que o intérprete tenha que desconsiderar os valores consagrados na Constituição.

A interpretação do direito administrativo deve levar em consideração os valores constitucionais conflitantes, mas, por certo, as consequências serão utilizadas como critérios justificadores para prevalência de determinado valor na solução do caso concreto.

O estado democrático de direito, marcado pelo pluralismo, pressupõe a ausência de dogmas que não encontram fundamento no texto constitucional, nem se amoldam com a complexidade social.

dade e da ação declaratória de constitucionalidade, dispõe: "Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

⁸⁵ "Art. 53. (...) § 3º Os Poderes do Estado e os demais órgãos dotados de autonomia constitucional poderão, no exercício de função administrativa, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restringir os efeitos da declaração de nulidade de ato administrativo ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de determinado momento que venha a ser fixado."

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010..

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. As arbitragens comerciais internacionais e domésticas e os contratos com o Estado. In: LANDAU, Elena (Org.). *Regulação jurídica do setor elétrico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 81-145.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista 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 (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 176.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público (prefácio). In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Alice Gonzalez Borges. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? *Interesse Público*, n. 37, p. 29-48, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Fundamentos filosóficos do pragmatismo jurídico. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 6, p. 185-212, abr./jun. 2007.

_____. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 368-369.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Lucas Borges de. Integridade, pragmatismo e decisão judicial: um debate entre Hércules e Jobim. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 64, p. 207-208, jul./set. 2008.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Abelardo-Perrot, 2006. T. I.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.

D'ANGIOLILLO, Pasquale. *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

DEWEY, John. Logical, method and law. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, p. 560-572, Nov. 1924.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

EWEY, John. Logical, method and law. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, p. 560-572, Nov. 1924.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos do direito: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HART, H.L.A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergence of Global Administrative Law. In: *Law and Contemporary Problems*, North Carolina, v. 68, n. 3 e 4, p. 17 e 29, 2005.

MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*. Napoli: Edizioni Scietifiche Italiane, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da administração pública. In: MODESTO, Paulo (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENAND, louis. *The metaphysical club*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. *Revista Justiça e Cidadania*, Rio de Janeiro, 15 set. 2010.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 581-582.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Administração pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v. 220, p. 69-107, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 5-6.

_____. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995. p. 12.

RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

SORRENTINO, Giancarlo. *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 37, 2006.

SPASIANO, Mario R. *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: Giappichelli, 2003.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 210, p. 111-115, out./dez. 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 483-502.