

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

*Caput acrescentado pela Lei nº 13.655, de 25.04.2018.*

Em 25 de abril deste ano, foi publicada a Lei nº 13.655, que alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), denominada "Lei da Segurança para a Inovação Pública". Cuida-se de normativo que não foi aprovado, de forma açodada. Na verdade, o projeto é resultado de pesquisas acadêmicas imparciais e empíricas. É um esforço para o incremento da segurança jurídica.<sup>27</sup> Aprovado, com ampla maioria, nas casas legislativas (desde a apresentação do PLS nº 349/2015 até a ampla discussão a propósito da aprovação do PL nº 7.448/2017). Foi permeado por audiências públicas e por debates a propósito de seus termos, em diversas instituições brasileiras (universidades, procuradorias, entidades públicas).

A Lei nº 13.655/2018 já observou, em sua gestação, o que prescreve. Ao invés de ser fruto de abstrações como os princípios da "supremacia do interesse público", da "dignidade da pessoa humana" ou do "princípio da licitação", resultou do trespassse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo.<sup>28</sup> É disso de que se cogita, a partir da vigência do seu art. 20. A *ratio* é a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições.

Cuida-se de vicissitude, há muito, diagnosticada por Carlos Ari Sundfeld, como uma arma de "espertos e de preguiçosos".<sup>29</sup> Como bem destacado pelo autor, a decisão com base em princípios jurídicos pode servir para que controladores decidam, sem enfrentar os fatos e analisar o ordenamento jurídico. Mais que isso, para que, por intermédio

<sup>27</sup> Como demonstrado, pela sempre precisa e brilhante, Juliana Bonacorsi de Palma em <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>.

<sup>28</sup> Tal se dá por que essas escolhas exigem um método de apreciação do caso à luz do contexto em que as normas serão aplicadas, como bem explica Michel Mialle, para quem "Ora, como já acuma mostrei, os argumentos dependem no seu valor, e, portanto, na sua eficácia, da situação de momento, do lugar, muito mais que da sua definição abstracta. Os princípios invocados, as noções utilizadas, as teorias propostas não têm por si mesmo força suficiente: tudo depende do contexto" (MICHEL MIALLE. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 195-196)

<sup>29</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 215

de indeterminações principiológicas, o controlador se substitua ao administrador público, seja para não ter de motivar, adequadamente, as suas decisões, seja para ignorar o ordenamento jurídico, seja para, sem uma análise consequencialista, resolver políticas distributivas.<sup>30</sup> É que, diferentemente das regras, que são aplicadas “de uma forma tudo-ou-nada (*all-or-nothing fashion*) os princípios ao contrário, não são”.<sup>31</sup> Os princípios, na verdade, são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por meio disto, que podem ser cumpridos em graus diferentes e de que a medida ordenada depende, em seu cumprimento, não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas”<sup>32</sup> possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*).

Dai a razão pela qual, nas decisões puramente principiológicas, como bem destacado por Marçal Justen Filho,<sup>33</sup> surgem os oportunismos decisórios. É dizer, a decisão fundamentada em abstrações, para além de se furta a analisar a complexidade da questão vertida, não traduz uma avaliação prévia quanto à solução mais adequada. Mais que isso, a utilização de conceitos abstratos pode importar em decisões subjetivas e arbitrárias, pois que a indeterminação de sua significação pode ocultar interesses escusos veiculados por seu intermédio. Ou gerar o efeito da fundamentação reversa, por intermédio do qual o decisor toma a decisão final e, após, se utiliza de conceitos abertos para justificar a sua

<sup>30</sup> Humberto Ávila, com muita propriedade, bem resume a inconsistência metodológica de tal interpretação, quando leciona que: “No caso de regras constitucionais, os princípios não podem ter o condão de atiar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). 5. Dai se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder” (ÁVILA, Humberto. “Neconstitucionalismo”: entre e “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009).

<sup>31</sup> HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 57-58.

<sup>32</sup> HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. *op. cit.*, p. 64. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 109-110.

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O art. 20: dever de transparência, concreto e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro, FGV, 2018, p. 22.

decisão pré-tomada.<sup>34</sup> E disso resulta a insegurança jurídica decisória. Em conclusão, Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi<sup>35</sup> asseveram que “a Lei nº 13.665/2018, nova fonte formal do Direito brasileiro, busca justamente trazer quem ‘decide’ ao mundo real. Não é uma lei contra os princípios. Mas é uma lei para evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios”.

Essa principiológica decisória vem sendo utilizada, pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente após a promulgação da Constituição de 1988. É que, a partir da Constituição Democrática, o Poder Judiciário foi alçado à condição de intérprete último da carta constitucional. De fato, nos últimos vinte anos, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), arvorado na ampliação de suas competências, se colocou como a instância adequada a resolver os grandes conflitos institucionais, políticos e, principalmente, para implementar políticas públicas – uma espécie de “poder moderador”.<sup>36</sup>

Um exemplo do que aqui se aborda é a tutela dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. A Constituição de 1988 é preche de dispositivos que tutelam direitos sociais, a exemplo do art. 7º, que assegura direitos do trabalhador, do art. 196, que traz uma diretriz garantidora do direito

<sup>34</sup> É que os princípios passam por processo de ponderação para sua aplicação, como destacado por Robert Alexy, para quem “Los valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaria sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control através de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales. Estas objeciones valen en la medida en que con ellas infiera que la ponderación no es un procedimiento que, en cada caso, conduzca exactamente a un resultado.” E, relembando a orientação para realizar as ponderações da Corte Constitucional Alemã, que enuncia que “quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”, explica o que denomina de “lei de ponderação”, e o seu bom emprego: “(...) la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya en la definición del concepto de principio, con la cláusula ‘relativo a las posibilidades jurídicas’, aquello que es ordenado por el respectivo principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos. La ley de la ponderación dice en qué consiste esta relación. Pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en sí mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161).

<sup>35</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

<sup>36</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo Poder Moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme Mota; SALINAS, Natasha S. C. *Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

à saúde, e do art. 208, garantidor do direito à educação. Acontece que tais direitos vêm sendo tutelados ao alvedrio do Poder Judiciário, com base em argumentos abertos, sem que tenham sido examinados aspectos específicos dos casos concretos. Para além disso, as decisões que tiveram por objeto a tutela de direitos sociais deixaram de considerar seus aspectos prospectivos e sistêmicos, ou, quando o fizeram, também não continham motivações dando conta de tais nuances.

Boa parte dessas decisões se vale de uma linha argumentativa de acordo com a qual as normas que veiculam direitos sociais não teriam natureza jurídica de normas constitucionais programáticas – as quais poderiam ser implementadas, de forma gradual, pelo Estado. Ainda de acordo com tal entendimento, os direitos sociais seriam direitos fundamentais, e, nessa qualidade, à luz do art. 5º, §1º, da CRFB, possuiriam eficácia imediata. Não se desabona tal entendimento. Mas isso não poderia importar numa transferência de atribuições da Administração Pública para o Poder Judiciário. Mais que isso, não confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de exercer uma função reguladora, para a qual não possui a necessária capacidade institucional.

Nesse quadrante, o primeiro e central argumento do qual se vale o Poder Judiciário, para se arvorar na competência de garantidor de direitos sociais, por meio de conceitos abertos, é o do adágio da Força Normativa da Constituição, assim resumido por Luís Roberto Barroso,<sup>37</sup> para quem “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”.

Com base nesse alicerce doutrinário, passou-se a defender o entendimento de acordo com o qual não há que se falar mais na existência de uma discricionariedade administrativa absoluta, pautada pelos conceitos de conveniência e oportunidade. Afirma-se que existiriam graus de vinculação da atividade Administrativa à juridicidade<sup>38</sup> – os quais seriam impulsionados pelas doutrinas da judicialização da política,

<sup>37</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr. 2006.

<sup>38</sup> Como vem sendo defendido em OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 147.

pelas diretrizes axiológicas do Neoconstitucionalismo,<sup>39</sup> pela doutrina da Eficácia das Normas Constitucionais<sup>40</sup> e, para o que aqui importa, pela Teoria dos Princípios.<sup>41</sup> Tudo isso com o fim de possibilitar o controle judicial de políticas públicas.

O excesso, por certo, não é um caminho seguro. É evidente que não se está a defender a vetusta concepção de que o mérito do ato administrativo não pode ser controlado pelo Poder Judiciário – como bem exposto, no Brasil, por Miguel Seabra Fagundes.<sup>42</sup> Mas isso não importa dizer que, no âmbito da diretriz de um controle recíproco entre os Poderes da República, como baluarte da Separação dos Poderes (*checks and balances*), não mais exista um espaço de atuação reservado ao Poder Executivo para o exercício de sua vocação finalística, a de administrar, de realizar as escolhas administrativas. Trata-se, pois, da denominada Reserva da Administração, assim conceituada por Arícia Fernandes Correia<sup>43</sup> “como exercício da função administrativa em seu conteúdo essencial e concreto, a englobar tanto atos administrativos unilaterais (formais ou materiais) quanto bilaterais, bem como procedimentos administrativos, que não poderiam ser substituídos nem pelo legislador, tampouco pelo órgão jurisdicional”.

Especificamente no que toca ao direito à saúde, digno de nota é o Recurso Extraordinário nº 271286-AgR/RS,<sup>44</sup> no qual o STF deixou assentado que o “direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, cabendo ao Estado formular e implementar políticas que visem a garantir a todos, inclusive aos portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar”. No que tange ao direito à educação, o STF, ao apreciar o RE nº 411518/SP,<sup>45</sup> consignou que “conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a

<sup>39</sup> Sobre o tema, veja-se: BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, p. 84, 103, 2005.

<sup>40</sup> V. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 375.

<sup>41</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

<sup>42</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. 2005, p. 138.

<sup>43</sup> CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva da administração e separação de poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 596.

<sup>44</sup> BRASIL. STF. RE nº 271286 AgR, Segunda Turma. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12.09.2000.

<sup>45</sup> BRASIL. STF. RE nº 411518, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03.03.2004

educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade”.

Nada obstante, com o passar do tempo, os dois direitos sociais começaram a ser tratados, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal STF, por intermédio de um viés mais consequencialista (tema que será doravante analisado, ao comentarmos o art. 21 do novel diploma). Na ADPF nº 45/DF,<sup>46</sup> por exemplo, malgrado a referida ação tenha perdido o seu objeto, o Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou no sentido de que “a limitação de recursos existe é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado”. Do mesmo modo, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91,<sup>47</sup> ficou assentado que “a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”. Assim também se passou, com o direito à educação, a exemplo do que foi decidido na ADI nº 3.324,<sup>48</sup> na qual ficou assentado que “a transferência de alunos pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congneridade das instituições envolvidas – de privada para privada, de pública para pública –, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem – de privada para pública”.

Ao analisar esses e outros julgados, Daniel Wei Liang Wang,<sup>49</sup> em relevante estudo empírico a propósito de tais julgados, concluiu que, embora os conceitos de “reserva do possível” e de “custos dos direitos” passassem a ser utilizados em julgados que tenham por objeto o atendimento de direitos sociais, o problema não está no resultado das decisões, mas na forma como elas estão fundamentadas. Afirmar com segurança que o impacto de umas é menor que o de outras só “seria possível por meio de uma análise mais pormenorizada das políticas públicas de saúde e educação e de conhecer melhor a capacidade de gasto do Poder Público, o que foi feito nos julgamentos de pedido de intervenção federal”.

<sup>46</sup> BRASIL. STF. ADPF nº 45 MC. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29.04.2004.

<sup>47</sup> BRASIL. STF. STA nº 91, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 26.02.2007.

<sup>48</sup> BRASIL. STF. ADI nº 3.324, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16.12.2004.

<sup>49</sup> WANG, Daniel Wei Liang. *Wang. Revista Direito GV*. São Paulo 4 (2), jul./dez. 2008.

Tal viés decisório, com base em conceitos abertos ou princípios, também tem permeado as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), notadamente na análise de editais de projetos de infraestrutura ainda não publicados.<sup>50</sup> Para fundamentar tal intervenção, os tribunais de contas têm se valido, ao menos, dos argumentos de que: (i) a Constituição de 1988, diferentemente das anteriores, em seu artigo 70, *caput*, lhes atribui a competência para a realização de “auditoria operacional”, a qual legitimaria tal espécie de intervenção;<sup>51</sup> (ii) na atuação finalística das agências reguladoras, sempre haveria repercussão sobre o erário, o que submeteria os atos dessas entidades ao controle externo;<sup>52</sup> e (iii) lhe teria lhe sido conferido um “poder geral de cautela”, que encontraria lastro na ainda mais indeterminada “Teoria dos Poderes Implícitos”, como foi decidido no MS nº 24.510/DF, que foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>53</sup> (iv) há recomendações internacionais que fomentam

<sup>50</sup> Tal intervenção tem origem nos idos de 1998, quando foi criada a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid) no âmbito desse tribunal e editada a Instrução Normativa nº 27/1998, que dispõe sobre a fiscalização, pelo TCU, dos processos de desestatização. De acordo com esse normativo, o TCU passou a exercer a sua função de controle externo em processos “de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público”.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Walton Alencar. O controle da regulação no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 33, p. 345-358, 2005, p. 346.

<sup>52</sup> “Ao nosso ver, o Tribunal de Contas pode realmente controlar tais atos de regulação, uma vez que, imediata ou mediamente, os atos de regulação e de fiscalização sobre os concessionários de serviços públicos se refletem sobre o Erário. Por exemplo, uma fiscalização equivocada pode levar à não aplicação de uma multa; a autorização indevida de um aumento de tarifa leva ao desequilíbrio econômico-financeiro favorável à empresa, o que, entre outras alternativas, deveria acarretar na sua recomposição pela majoração do valor da outorga devida ao Poder Público, etc...” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340-341. Em sentido contrário, Marçal Justen Filho, para quem “Também é inafastável submeter a atividade das agências reguladoras ao controle do Tribunal de Contas. Observe-se que esse controle versará, basicamente, sobre a gestão administrativa em sentido próprio. Não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias emitidas pela agência. O que deverá verificar são os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes pessoal e sua remuneração. Enfim, a atuação do Tribunal de Contas envolverá fiscalização da agência reguladora enquanto autarquia federal, não como órgão titular de competências regulatórias” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 476) e BARROSO, Luis Roberto. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos: limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, São Paulo, Malheiros, n. 25.

<sup>53</sup> Em decisão, assim ementada: “PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRAITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1 – Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 – Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de

o exercício de tal competência, a exemplo da *Guidelines on Best Practice for the Audit on Public/Private Finance and Concessions*.

Cuida-se de conceitos abertos e indeterminados que, na verdade, têm o desiderato de ampliar o seu espectro de Poder para além do que tal instituição conseguiu incluir na Constituição de 1988 – como demonstrado pela destacada pesquisa empírica realizada por André Janjácomo Rosilho.<sup>54</sup>

É exemplo de decisões proferidas, com base em conceitos abertos o Acórdão nº 2.666/2013,<sup>55</sup> no qual se examinava o primeiro estágio das concessões dos Aeroportos Tancredo Neves/MG (Confins) e Tom Jobim/RJ (Galeão). Duas previsões editalícias foram objeto de questionamentos, pelo Tribunal de Contas da União (TCU). A primeira a de que seria exigido dos licitantes, para fins de comprovação qualificação técnica, a demonstração de experiência na movimentação de, no mínimo, 35 milhões de passageiros anuais; a segunda de que não poderiam participar das licitações empresas que já atuassem na operação de aeroportos brasileiros licitados na primeira rodada. O TCU questionou tais exigências, com base nos seguintes argumentos abertos, como se extraía da seguinte passagem de sua decisão:

em observância aos princípios da motivação, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa, aos arts. 37, inciso XXI, da Constituição de 1988,

Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, §§1º e 2º, da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. Egle dos Santos Monteiro da Silveira defende o mesmo entendimento, quando afirma que: Ora, o art. 113 coloca como data-limite para a requisição de cópias o último dia imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, vale dizer: em momento anterior ao início da fase de julgamento dos documentos de habilitação e da proposta. Por outro lado, se do exame procedido pelo Tribunal podem resultar medidas corretivas, é certo que *tais medidas deverão ser adotadas antes de iniciada a fase de abertura, pois uma vez iniciada – propositus abertas – não será possível a implementação das mesmas*. Será necessário que se anule o certame para reiniciá-lo, sem a reincidência das irregularidades denunciadas. (...) resta claro que a suspensão do certame está implícita no art. 113 e na Instrução I, de 1994, *sem o que de nada adiantaria a fiscalização do edital pelo Tribunal, desperdiçadas seriam as competências a ele constitucionalmente atribuídas*” (SILVEIRA, Egle dos Santos Monteiro da. O controle dos procedimentos licitatórios pelo Tribunal de Contas, RTDP 27/174). Em sentido contrário, v. JORDAO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: controlador ou administrador?. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014.

<sup>54</sup> ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP em 2016.

<sup>55</sup> BRASIL. TCU. Acórdão nº 2.666/2013. Plenário. Relator: AUGUSTO SHERMAN. Data da Sessão: 02.10.2013.

14 da Lei 8.987/1995, 3º e 30 da Lei 8.666/1993 e à súmula TCU 263/2011, inclusão no processo de concessão, expressamente, dos fundamentos legais e técnicos (além daqueles constantes da Nota Técnica 001/DERC/DEOUT/SPR/SAC-PR) da exigência de experiência em processamento de passageiros e da restrição à participação no leilão de acionistas das atuais concessionárias de serviço público de infraestrutura aeroportuária, de forma a demonstrar, tecnicamente, que os parâmetros fixados são adequados, imprescindíveis, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Assim também se passou, no Setor Portuário. Ao apreciar as licitações para o primeiro bloco de arrendamentos portuários, por intermédio Acórdão nº 3.661/2013,<sup>56</sup> o TCU determinou, com base na sua competência para realizar “auditorias operacionais”, que o Poder Concedente: (i) instituisse tetos tarifários em todas as áreas portuárias arrendadas; e (ii) incluisse nas minutas dos contratos de arrendamento mecanismos de revisão tarifária compatíveis com as tarifas-teto instituídas.

Tal intervenção principiológica do TCU ainda é uma constante nos projetos de infraestrutura. Como dá conta balanço crítico parcial (jan./mar. de 2018) sobre as decisões do TCU, elaborado pelo Grupo Público da FGV SP<sup>57</sup> e da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), formado pelos pesquisadores André Braga; André Rosilho; Arthur Guedes; Conrado Valentini Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; Matheus de Paula; e Yasser Gabriel, sob orientação de Juliana Bonacorsi de Palma. Dentre os achados do referido grupo, destaca-se o Acórdão nº 672/2018, por meio do qual o TCU se imiscui em decisões relacionadas à exploração de blocos de petróleo; e o Acórdão nº 290/2018 – Plenário, por intermédio do qual referendou medida cautelar para determinar à ANTT a mudança de critérios aplicados em reajustes de pedágios, especificamente em virtude do impacto advindo da Lei nº 13.103/2015 (conhecida como Lei dos Caminhoneiros).

Cuida-se de uma intervenção que não encontra lastro no ordenamento jurídico. É que as competências dos tribunais de contas, de acordo com a Constituição, dizem respeito à expedição de atos de correção de ilegalidades e de sustação de “atos administrativos”, ambas relacionadas

<sup>56</sup> BRASIL. TCU. Acórdão nº 3.661/2013. Ata nº 49/2013. Plenário. Relator: ANA ARRAES. Data da Sessão: 10.12.2013.

<sup>57</sup> Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Observat%C3%B3rio-do-TCU-Balan%C3%A7o-cr%C3%ADico-parcial-2018.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

à atuação “financeira” dos órgãos e das entidades do poder público (art. 71, IX e X, da CRFB). Razão pela qual, como já tive a oportunidade de asseverar,<sup>58</sup> as cortes de contas não poderiam se imiscuir em decisões de entidades públicas para além desse aspecto. Tanto assim é que, quando a Carta Constitucional quis conferir tal competência, o fez expressamente, a exemplo do que se passa com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entidade que tem a competência pra rever as decisões dos órgãos sujeitos à sua jurisdição.<sup>59</sup>

Nesse sentido, como leciona Maria Sylvania Di Pietro<sup>60</sup> “o Tribunal de Contas, por força das normas constitucionais, somente tem competência para sustar atos administrativos, mas não a possui para sustar contratos administrativos. Tal competência foi outorgada ao Congresso Nacional, o que significa que o constituinte quis tirar tal atribuição de um órgão técnico – o Tribunal de Contas – para outorgá-la a um órgão político – o Congresso Nacional”. Esse também é o entendimento de grande parcela da doutrina pátria.<sup>61</sup> O STF, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 23550, também deixou assentado que “o Tribunal de Contas da União – embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos – tem competência, conforme o artigo 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que

<sup>58</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. O Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e o seu regime jurídico. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 137-174, mar./ago. 2017.

<sup>59</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Tribunal de Contas da União e a regulação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 14, n. 159, p. 32-37, mar. 2015.

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 15-48, nov./dez. 2013.

<sup>61</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Pode o Legislativo sustar contrato administrativo sem prévia decretação de ilegalidade pelo Tribunal de Contas? *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ILC 29/489; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014; BARROSO, Luis Roberto. *Tribunais de Contas: algumas incompetências*. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ILC 32/749; SOUTO, Marcos Jurucua Villela. *Direito Administrativo contratual*. Lumen Juris, p. 442; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à CF 1988*. v. I. São Paulo: Saraiva, p. 404; GASPARI, Diogenes. *Extinção, sustação e suspensão do contrato administrativo*. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ILC 125/621; BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *In: CASTRO et al. O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos tribunais de contas: algumas observações. *In: CASTRO et al. O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005; FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2002; SALLES, Alexandre Aroeira. *Jurisprudência do STF sobre competência dos tribunais de contas para determinarem ao Poder Executivo anulação de contrato administrativo e sua suspensão*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 156, p. 13-17, dez. 2014; FREIRE, André Luiz. *Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 174 e 175.

promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”. Daí a razão pela qual temos que, para levar a efeito tal “intervenção principiológica”, o TCU tem se valido, tão somente, de valores jurídicos abstratos sem proceder uma análise prospectiva dos efeitos e das consequências da decisão, o que passa a ser interdito pelo dispositivo que se comenta.

Não se desconsidera que os quadros de um Estado Regulador (que resulta de substituição do *government by law* para o *government by policies*<sup>62</sup>), pautado pela densificação técnica de políticas públicas, impõe a observância de matizes outrora considerados como exógenos ao sistema jurídico (a exemplo de dados econômicos, e de *inputs* da sociologia e da psicologia). Porém, isso não importa dizer que todas as entidades públicas sejam reguladores ou que tenham a capacidade institucional para o exercício da função de equilibrar subsistemas jurídico-econômicos. Mais que isso, que possam se valer dessa função,<sup>63</sup> sem os ônus que lhe são inerentes.

<sup>62</sup> No mesmo sentido, advertem Mariana Pargendler e Bruno Meyerhof Salama: o “*government by policies*”, em substituição ao “*government by law*”, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. Supõe o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algoritmos, como em matéria de educação, capacidade inventiva e qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjugação de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento” (PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013).

<sup>63</sup> É que a regulação, como já se teve a oportunidade de asseverar: “A atividade de regulação pressupõe, a meu ver, a noção de equilíbrio. Opõe-se, frontalmente, à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. 1. Mais do que isso, o exercício da regulação importa, necessariamente, a composição dos interesses entredados em um dado segmento da atividade econômica ou social, sem descurar nesta composição de interesses difusos, gerats ou titularizados por hipossuficientes, interesses estes necessariamente à cura da autoridade estatal. A atividade regulatória, deixe-se claro desde logo, não exclui a presença da autoridade do Estado. Esse objetivo de equilíbrio e composição de interesses inerente à atividade regulatória nos remete necessariamente a trabalhar com a ideia de sistemas. Sob dois prismas: Primeiro, porque a regulação servirá para estabelecer o engate, a ponte, entre os sistemas jurídico e político, de um lado, e os sistemas econômico e social, de outro. Pressupondo que cada um desses sistemas possui uma certa autonomia e que nenhum deles reúne a capacidade para se impor sobre os demais, faz-se necessário que se relacionem e estabeleçam, permanentemente, padrões de equilíbrio. A atividade regulatória bem se presta a isso. Segundo, porque a construção dos distintos arcabouços regulatórios, ao estatuir, para cada setor da vida econômica e social, um determinado equilíbrio, um código interno e um aparato normativo próprio, acaba por criar subsistemas normativos (os tais ordenamentos setoriais de que nos falava Massimo Severo Giannini)<sup>2</sup> que convivem de maneira nem sempre harmônica com a unicidade e centralidade do ordenamento jurídico estatal, construído sob o prisma do monismo jurídico” (MARQUES NETO, Floriano

A permeabilidade do sistema jurídico a normas de caráter mais aberto é uma realidade. Contudo, a decisão baseada em “valores jurídicos abstratos”, ou seja, não apoiados em normas concretas ou em prescrições normativas cerradas, não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente. Não podem se prestar a ser um argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos dessa decisão.

Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsividade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor.<sup>64</sup> Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E, assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando não vier acompanhado da análise das consequências.<sup>65</sup> Daí por que temos que o art. 20 visa a interditar que, por intermédio da utilização de conceitos vagos, sobretudo os controladores, se substituam às competências da

Administração Pública, sem assumirem os ônus que são próprios ao administrador.

É dizer, o dispositivo que ora se comenta milita em favor da deferência à capacidade institucional da Administração Pública. Segundo esta Teoria, que tem tomado parte importante do debate jurídico nacional, a análise das questões de interpretação jurídica, em geral, deve ser iniciada por uma análise das situações estruturais internas das instituições envolvidas, identificando e avaliando suas capacidades e aptidões, de modo a determinar qual é o *locus* mais apropriado à tomada de uma determinada decisão.<sup>66</sup> Isto é: antes mesmo de se debater sobre a legalidade, constitucionalidade ou até mesmo a melhor forma de interpretação de uma determinada norma, dever-se-ia fazer uma análise das capacidades das instituições envolvidas. Assim, seriam verificadas questões empíricas como a possibilidade de o agente levantar recursos e informações,<sup>67</sup> a sua especialização, representada por um conhecimento aprofundado em determinadas matérias; e a sua capacidade de avaliar os efeitos sistêmicos de sua decisão.<sup>68</sup> O objetivo dessa análise consistiria

<sup>66</sup> Nesse sentido, lecionam Cass Sunstein e Adrian Vermeule que: “Temos visto que vezes influentes na doutrina constitucional argumentam em favor de estratégias interpretativas sem sintonia com a questão das capacidades institucionais. Aqueles que enfatizam argumentos filosóficos, ou a ideia de interpretações holísticas ou intratextuais, parecem, em nossa visão, terem dado muito pouca atenção às questões institucionais. Aqui, como em outros lugares, a nossa colocação [submissão] mínima é a de que uma afirmação sobre a interpretação adequada é incompleta se não prestar atenção às considerações das capacidades administrativas [administrability], das capacidades judiciais e efeitos sistêmicos, além das colocações usuais sobre legitimidade e autoridade constitucional” (Grifos postos). SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: [http://chicagobound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](http://chicagobound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics). Acesso em: 10 fev. 2016.

<sup>67</sup> O levantamento de recourses e informações também serve, portanto, de parâmetro informativo a uma postura mais ou menos deferente do Poder Judiciário ao controlar a Administração Pública. Segundo Adrian Vermeule, há um papel apropriado para os tribunais no sentido de assegurar que as agências tenham adequadamente investido recursos na coleta de informações que podem resolver a incerteza, seja transformando-a em risco, ou mesmo em certeza. Assim, quanto mais tempo e recursos o regulador tiver investido na busca de informações, mais justificada será a deferência do Judiciário às escolhas de primeira ordem tomadas pelas agências em um ambiente de incerteza. Cf.: VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Harvard Public Law Working Paper n. 13-24. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2239155](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155). Acesso em: 10 fev. 2016.

<sup>68</sup> Nesse sentido, Carlos Bolonha, José Eisenberg e Henrique Rangel anotam: “Em se tratando de capacidades institucionais, pode-se compreender que existe a necessidade de serem firmados parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como exemplos de fatores indispensáveis para o aprofundamento da discussão decisória, pode-se apontar o fato de a instituição ser plenamente capaz de levantar recursos e informações que balizem sua decisão, bem como ela estar inserida em

Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009).

<sup>64</sup> Nem sempre será possível ao regulador fornecer razões para fundamentar a escolha tomada por ele dentro de determinado domínio. Isso porque haverá decisões da agência que serão necessariamente e inevitavelmente arbitrárias, conforme esclarece Adrian Vermeule, para quem “Sob condições de incerteza genuína, as razões fogem e uma demanda incessante para que outra motivação seja dada torna-se patológica. Há uma categoria de decisões da agência nas quais é racional ser arbitrário, no sentido de que não há razão de primeira ordem que possa ser dada para justificar a escolha da agência dentro de um determinado domínio, ainda que uma escolha ou outra seja inescapável, legalmente obrigatória, ou ambos. Em alguns casos, até mesmo jogar uma moeda ao ar pode ser uma estratégia racional de tomada de decisão para as agências” (VERMEULE, Adrian. Rationally Arbitrary Decisions (in Administrative Law). Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper n. 13-24. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2239155](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239155). Acesso em: 11 jun. 2018. Mas cuida-se de hipótese que tem de ser excepcional, e não a regra.

<sup>65</sup> Como bem advertiram Carlos Ari Sundfeld e Bruno Meyerhof Salama: “O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’ (art. 20, caput e parágrafo único)” (SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia* – RDPE, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, p. 213-216, abr./jun. 2016).

em, por meio da determinação da capacidade institucional dos agentes envolvidos, determinar qual entidade está mais habilitada a produzir a melhor decisão em determinada matéria.<sup>69</sup> Em outras palavras, “a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria, devendo ser sopesada de maneira criteriosa”.<sup>70</sup> Nessas hipóteses, os tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem apitão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência.<sup>71</sup>

A doutrina da deferência (*intelligible principles doctrine*) advém da construção da Suprema Corte Americana, segundo a qual, se houve um processo administrativo e uma fundamentação adequada para a Administração escolher uma, entre várias interpretações plausíveis do ato normativo, o Judiciário não deve substituir a interpretação plausível da Administração pela sua própria, salvo se aquela não for razoável.<sup>72</sup> Essa premissa se baseia no fato de que existem atos administrativos de natureza técnica, cuja competência é privativa da Administração Pública, a qual não pode ser substituída nessa tarefa por outra entidade detentora de poder.<sup>73</sup>

debates teóricos e empíricos sobre os fatos conexos àquela matéria. No que tange aos efeitos sistêmicos, preocupa-se com os resultados que podem recair sobre pessoas, instituições públicas e instituições privadas; o que exige do processo de deliberação um rigor maior na interpretação, discussão e decisão do caso concreto” BOILONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais e Justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-RS*, ano 5, n. 17, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.dfi.inf.br/sumarios2.php>.

<sup>69</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>71</sup> De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “o controle jurisdicional está avançando para um nível de discussão muito mais sofisticado do que a divisão binária (e muitas vezes ad hoc) entre discricionariedade e vinculação, que está sendo gradualmente substituída pelo conceito de índices de capacidade institucional do órgão administrativo que emitiu a decisão comparativamente à capacidade institucional que o Judiciário tem para decidi-la” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Controle jurisdicional de políticas públicas. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70465>. Acesso em: 10 jun. 2014.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 12

<sup>73</sup> Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule: “Temos argumentado que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem atenção às questões institucionais. Uma extraordinária variedade de pessoas ilustres tem explorado estratégias interpretativas sem atender para o fato de que tais estratégias, inevitavelmente, serão usadas por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que vão muito além do caso em questão. Dois

No célebre caso “Chevron”,<sup>74</sup> um precedente acidental<sup>75</sup> cunhado pela Suprema Corte Estadunidense, mas que acabou se tornando seu mais citado precedente,<sup>76</sup> restou fixado que, ao rever as interpretações das agências reguladoras, os Tribunais deveriam adotar uma abordagem em dois passos: (i) verificar a existência de espaços e lacunas para a atuação da Administração Pública, isto é, a existência de um espaço que indique uma delegação legislativa; e (ii) avaliar se o ato administrativo praticado estaria coerente com o dispositivo legal interpretado, isto é, se este seria um resultado razoavelmente esperado da interpretação do mesmo, ou se a interpretação dada pela Administração extrapolou os limites do dispositivo.<sup>77</sup> Desse modo, desde que a interpretação conferida pela agência à norma legal seja razoável e não contrarie claramente a legislação, o Poder Judiciário deveria tributar-lhe deferência. As decisões das agências deveriam, portanto, ser preservadas pelo Judiciário, salvo a hipótese de erro evidente.<sup>78</sup>

Tudo isso levando em conta a premissa de que, como as entidades técnicas seriam capazes de alcançar uma profundidade técnica maior do que a possível em sede judicial, estariam elas em melhor posição para tomar decisões regulatórias que assim demandassem. Por consequência, o Poder Judiciário deveria adotar uma postura de *judicial deference*

mecanismos parecem principalmente responsáveis por esta cegueira institucional. Um deles é uma armadilha relacionada a quem desempenha o papel [role-related trap]: os teóricos interpretativos se perguntam ‘como eu decidiria o caso, se eu fosse um juiz?’ – Uma pergunta cuja forma muito suprime a questão fundamental de que as regras interpretativas relevantes serão utilizadas por juizes, em vez de teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como professores de Direito, criticam opiniões monocromáticas [insufficiently nuanced opinions] emitidas por juizes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juizes poderiam muito bem ter feito muito pior, ao longo de uma série de casos, na tentativa de emular a abordagem dos especialistas. No geral, a questão-chave parece ser: ‘como juizes perfeitos decidem os casos?’ ao invés de ‘como juizes falíveis devem proceder, à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?’. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. John M. Olin Program. Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law\\_and\\_economics](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics).

<sup>74</sup> Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council. 467 U.S. 837 (1984).

<sup>75</sup> Cf.: MERRILL, Thomas W. The story of Chevron: the making of and accidental landmark. In: STRAUSS, Peter. *Administrative Law Stories*. Foundation Press: NY, 2006.

<sup>76</sup> Segundo apontado em MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. *Do Judges Make Regulatory Policy? An Empirical Investigation of ‘Chevron’*. University of Chicago Law Review, v. 73, 2006. U. Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 294 Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906658](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906658).

<sup>77</sup> MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. *Do Judges Make Regulatory Policy?*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo Judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.



(deferência jurisdicional) à atuação da Administração Pública. O dever de deferência,<sup>79</sup> pois, limita a atuação do julgador, nos casos em que este é provocado a alterar os juízos de ponderação (técnicos, econômicos, sociais e jurídicos) realizados pela autoridade administrativa, que dispõe de formação adequada para tanto.<sup>80</sup> Nessas hipóteses, a sindicabilidade do ato envolve o exame limitado aos aspectos de legalidade – em especial, o atendimento dos elementos do ato administrativo, mediante a aferição da regularidade do procedimento pelo qual foi cunhado.<sup>81</sup>

O racional da deferência já foi reconhecido, expressamente, pelo STF, por ocasião do julgamento da ADI nº 5.501-DF,<sup>82</sup> na qual se apreciou a constitucionalidade da liberação da “pílula contra o câncer”.<sup>83</sup>

<sup>79</sup> Sobre o tema, confira-se os ensinamentos de José Esteve Pardo: “Questão crucial e de todo inescusável que se coloca em torno da revisão judicial da atividade regulatória é, justamente, a delimitação do alcance do controle judicial. Com essa delimitação se determina também, negativamente, o âmbito excluído da intervenção judicial e que resta, portanto, à completa disposição das autoridades reguladoras: o espaço de deferência que lhes é reconhecido como não estando sujeito à revisão judicial”. ESTEVE PARDO, José. *La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; ESTEVE PARDO, José (Dir.). Derecho de la regulación económica: fundamentos y instituciones de la regulación*. Madrid: IUSTEL, 2009, p. 899.

<sup>80</sup> Abordando a noção de capacidade institucional e o princípio da deferência, embasando-se, para tanto, no artigo anteriormente citado, confira-se também: BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pdf/>. Acesso em: 12 jul. 2014, p. 13; BINENBOM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Entre política e expertise: a repartição de competências entre o governo e a Anatel na Lei Geral de Telecomunicações. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 16, nov./jan. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com>.

<sup>81</sup> Nesse quadrante, são precisos os ensinamentos de Leonardo Coelho Ribeiro, para quem: quando afirma que “transportada para os domínios da revisão judicial de atos administrativos, a referida teoria funciona como um limite à demasiada ingerência judicial sobre a esfera administrativa, afirmando o fato de que, em determinadas ocasiões, o Poder Judiciário pode não ser a instância mais qualificada para analisar atos administrativos de grande complexidade técnica ou científica, seja pela falta de informação, seja pelo conhecimento específico envolvido no tema em concreto”. Nessas hipóteses, os tribunais devem reconhecer que o Poder Executivo tem aptidão especial que o torna melhor equipado para decidir determinadas questões de fato, o que se aproxima da própria ideia de deferência” (RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? Disponível em: <https://bdjur.sjp.jus.br/jspui/handle/2011/99275>).

<sup>82</sup> BRASIL. STF. ADI nº 5.501 MC, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 19.05.2016.

<sup>83</sup> Quando o legislador confere a uma agência a prerrogativa de normatizar um aspecto ou mesmo nessa matéria a competência regulamentar normativa de segundo grau, suprimindo o faz no exercício do poder de legislar e confere à agência uma autorização para exercer poder que lhe é próprio. E o faz criando uma reserva de regulação que, consoante decidiu recentemente o STF, interdita até mesmo o poder de legislar.

O art. 20 que ora se comenta, ao conferir um racional decisório consequencialista às decisões principiológicas, na ponta, interdita que os controladores se substituam ao administrador público sem que tenham atenção aos aspectos que devem (ou deveriam) ser analisados e ponderados pela autoridade originalmente competente para a prática do ato sindicado. Impõe, pois, que prestem deferência ao administrador, apreciando circunstâncias e consequências ao cotejar o ato com valores abstratos presentes no ordenamento. Não se trata de prescrição antípoda aos entendimentos dos decisores. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no art. 50 da Lei nº 9.784/1999. A prescrição que ora se comenta é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequências de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime de transição.<sup>84</sup>

Assim é que, para além de interditar a intervenção principiológica das cortes de contas em atos da Administração Pública, o art. 20 poderá interditar o ajuizamento de ações coletivas, com pedidos liminares procrastinadores do dever dos projetos de infraestrutura, com fundamento em abstrações, tais como a de que teria sido ameaçado “o princípio da precaução”; a de que o empreendimento seria permeado por “atos lesivos ao patrimônio público”; ou a de que teria violado “os princípios da Administração Pública”, para efeito de aplicação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Em ambas as hipóteses, o art. 20 da Lei nº 13.655/2018 poderá servir de fundamento para questionar a validade de tais investidas, seja em âmbito administrativo (por intermédio de pedidos de reexame, por exemplo), seja em âmbito jurisdicional (por intermédio de demandas anulatórias, amparadas em vício de motivo).

Não se trata de um dever de utilização de uma “retórica das consequências”, como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar

<sup>84</sup> O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Emb. Ação Cautelar nº 3.637-Rondônia, da Relatoria do Ministro Edson Fachin, que teve por objeto suspensão das retenções feitas no repasse do FPE ao Estado de Rondônia, fez referência ao entendimento dos subscritores desse livro a propósito do art. 20.

o seu autocontrole.<sup>85</sup> Na verdade, trata-se de dispositivo que visa a estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O seu parágrafo único impõe que o decisor principiológico, ao motivar tal decisão, exponha os seus possíveis efeitos. Mais que isso, cuida de exigir que tal motivação seja permeada por um viés de proporcionalidade (por nós considerado como o terceiro vetor da segurança jurídica). O dever de proporcionalidade, sabemos, é o guia por excelência das escolhas públicas a serem feitas, que devem, ao mesmo tempo, atender ao interesse público especificamente visado, mas fazendo-o de maneira menos constritiva a outros fins igualmente importantes e albergados na Constituição. É dizer, como exposto por David Duarte, “este princípio revela, portanto, a justa medida entre os interesses presentes na ponderação e determina que, na relação desses interesses entre si, deve a composição ser proporcional à luz do interesse público em causa”.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Cuida-se do que convencionalmente chamamos de autocontrole, aquele exercido endógenamente no âmbito da Administração Pública. Ele pode ser dividido em controle interno e controle correicional. Embora ambos sejam exercidos dentro da estrutura da Administração, sem envolvimento de outro Poder, eles são distintos. O controle interno deve ser exercido no âmbito interno ao órgão ou entidade, pela atuação de agentes ou segmentos orgânicos dedicados a exercer atividade de controle. É aquele controle a que se refere o art. 74 da Constituição Federal, e que deve se articular com os órgãos de controle externo. Os diversos órgãos setoriais de controle interno (existentes em cada órgão ou entidade componente da Administração Pública) devem se articular entre si e com o órgão central de controle interno, formando assim o sistema de controle interno. Já o controle correicional é aquele exercido pelos órgãos especializados de auditoria e corregedoria, órgãos estes que têm como atividade-fim exclusivamente controlar a ação administrativa de outros órgãos públicos e de seus agentes. Porém, não é correto que o controle correicional se sobreponha ou some, sem clareza de atribuições, com os órgãos do sistema de controle interno. Nesse sentido, é fundamental que se demarquem nitidamente as competências dos órgãos correicionais, as quais devem se ater às situações em que seja necessária uma apuração específica quanto a alguma conduta. Daí a proposta de sua ação ser fundamentalmente reativa, não *ex officio*, dependente de provocação interna ou externa aos quadros da Administração (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 7-30, abr. 2010).

<sup>86</sup> DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação*: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório. Coimbra: Almedina, 1996. p. 320 e 323.

O princípio da proporcionalidade,<sup>87</sup> como ideia subjacente ao Direito Administrativo, surge muito antes de sua positivização. Ele emerge no momento em que se passa a limitar e condicionar o poder exorbitante (desvinculado da pessoa do soberano e albergado na personificação jurídica do Estado), subordinando-o ao Direito.<sup>88</sup> Ele guarda enorme vinculação com o princípio da finalidade<sup>89</sup> que, como sabemos, obriga que o manejo do poder exorbitante: (i) decorra da necessidade de concretização de uma finalidade de interesse público; (ii) dê-se nos estritos limites do necessário para concreção desta finalidade. Não é por outra razão que Canotilho<sup>90</sup> relaciona a criação do princípio da proporcionalidade com a teoria do desvio de poder (ou desvio de finalidade), entendida como a invalidação do ato administrativo por ser este praticado para atingir finalidade diversa ou exorbitante àquela predicada em lei.

A relação entre estes princípios é certa e se coloca numa ordem sequencial. Da mesma forma que não se admitiria o manejo da autoridade (poder exorbitante-estatal) de forma a discrepar das finalidades justificadoras da atribuição específica desta (competência), poder-se-ia também extrair uma regra geral no sentido de que a restrição à liberdade, ditada pela afirmação legal da autoridade, não poderia ser maior do que o *quantum* necessário ao atingimento da finalidade justificadora

<sup>87</sup> Não desconhecemos a controvérsia em torno da utilização do termo “princípio” para designar o objeto dessa parte do texto. Com efeito, o uso do termo “princípio” para tratar da proporcionalidade pode ser incorreto se adotado o prisma da teoria de Robert Alexy, que contrapõe regras e princípios jurídicos. Sobre isso, ver AVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 215, p. 153-179, 1999. Feita essa ressalva, usar-se-á da terminologia já consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileira.

<sup>88</sup> Na pertinente construção de LIMA, Ruy Cirne: “Essão os negócios públicos vinculados, por essa forma, não ao arbítrio do Executivo, mas à finalidade impessoal, no caso, pública, que este deve procurar realizar. [...] Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo, não o arbítrio que se funda na força, mas a necessidade que decorre da racional persecução de um fim” (*Princípios de direito administrativo*. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1939, p. 21).

<sup>89</sup> Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade “impõe que o administrador, ao manejar competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual” (*Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, p. 78).

<sup>90</sup> “A instituição da dimensão material do princípio não é nova como atrás se acentuou. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de *reasonableness*, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana do *eccesso di potere*” (CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 268).

da restrição. Na precisa construção de Canotilho<sup>91</sup> “o princípio da proporcionalidade dizia privatamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual”. Dai já a noção genérica e até certo ponto fluida de proporcionalidade no exercício do poder pelo Estado. Embora patente a relação histórica entre princípio da proporcionalidade (como ideia central à noção de limitação e condicionamento do poder exorbitante) e da adstrição da Administração ao princípio da finalidade e à legalidade, aquele princípio vai demorar mais para se introduzir como regra vinculante no direito administrativo.<sup>92</sup>

Para a aplicação de tal postulado, como é cediço, são utilizados três subprincípios, originados na Suprema Corte alemã e consagrados em nossa jurisprudência: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O exame de adequação importa na avaliação da idoneidade da medida para produzir o resultado visado. Nada mais significa que o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim que pretende salvaguardar. Por sua vez, a necessidade (também denominada exigibilidade) impõe a inexistência de meio menos gravoso que a medida eleita para a consecução do mesmo fim, ou seja, se traduz em uma proibição de medidas excessivamente onerosas. A ideia de proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, verificando-se a legitimidade da medida. Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos.<sup>93</sup>

Assim é que as medidas que atentam contra o postulado da proporcionalidade ferem os limites externos da discricionariedade administrativa, encontrando-se sujeitas à anulação, por intermédio de um processo administrativo. Isso porque os agentes administrativos

<sup>91</sup> “A instituição da dimensão material do princípio não é nova como atrás se acentuou. Já nos séculos XVIII e XIX, ela está presente na ideia britânica de reasonableness, no conceito prussiano de *Verhältnismässigkeit*, na figura de *détournement du pouvoir* em França e na categoria italiana do *excesso di potere*” (*Direito constitucional*, 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 268). Para um aprofundamento sobre a evolução do princípio da proporcionalidade, sob o prisma da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, no direito americano, ver o percutiente estudo de SARMEN TO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-87.

<sup>92</sup> Ver neste sentido BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos*. Brasília: Jurídica, 1996. Para um aprofundamento sobre a evolução do princípio da proporcionalidade, sob o prisma da razoabilidade e do devido processo legal substantivo, no direito americano, ver o percutiente estudo de SARMEN TO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-87.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Rob. rto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, op. cit., p. 209.

encontram-se obrigados a avaliar, antes de qualquer atuação restritiva, se, no caso concreto, existem bens jurídicos coletivos e até mesmo particulares de igual ou maior relevância a serem preservados.<sup>94</sup> (entendimento que conta com o amplo beneplácito da jurisprudência pátria<sup>95</sup>).

O referido parágrafo impõe um racional decisório qualificado para as decisões “principiológicas”, de modo que sejam consideradas as possíveis alternativas existentes ao aplicar determinado conceito vago. Dito em outros termos, predica que tal decisão, ao aplicar um conceito fluído, seja a mais adequada, considerando as especificidades do caso concreto; seja a menos intrusiva para os administrados; e importe em resultados concretos que superem uma análise de custo-benefício. Caso, porém, tais aspectos não sejam observados, tal decisão restará maculada

<sup>94</sup> Lógica da qual já tive a oportunidade de me valer como um limite ao exercício da função reguladora: “Por tudo isso tenho comigo que o princípio da proporcionalidade é central e fundamental quando estamos diante do exercício da atividade regulatória estatal. De um lado, porque se trata de atividade estatal que implica, por definição, em alguma restrição do princípio de liberdade de iniciativa. De outro, porque a regulação, especialmente quando exercida por agências independentes, envolve a transferência de significativos poderes a um só órgão, obrigando o consequente reforço no condicionamento e adstrição aos princípios limitadores do poder extroverso.

Como sói, então, o princípio da proporcionalidade deverá ser observado pelos órgãos incumbidos de exercer regulação estatal quer esta se manifeste no âmbito dos procedimentos normativos (de modo a não prever restrições infralégais de caráter geral que exorbitem o quanto necessário à consecução das finalidades públicas justificadoras da regulação); quer no âmbito do poder sancionador (onde revelar-se-á em sua plenitude, tal qual ocorre no direito penal, não só na avaliação da punibilidade, mas também na dosimetria da pena); quer no exercício do poder de polícia insito à atividade regulatória (predicando que as restrições e condicionamentos típicos do poder de polícia deverão observar os traços de necessidade e adequação acima divisados)” (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da Regulação Estatal. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 69-92, jan./mar. 2003).

<sup>95</sup> A exemplo do que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC nº 41: “Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua triplíce dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. Isso porque: (i) nem todos os cargos e empregos públicos exigem curso superior; (ii) ainda quando haja essa exigência, os beneficiários da ação afirmativa no serviço público podem não ter sido beneficiários das cotas nas universidades públicas; e (iii) mesmo que o concorrente tenha ingressado em curso de ensino superior por meio de cotas, há outros fatores que impedem os negros de competir em pé de igualdade nos concursos públicos, justificando a política de ação afirmativa instituída pela lei nº 12.990/2014” (ADC 41/DF – DISTRITO FEDERAL AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 08.06.2017 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

pela pecha na ilegalidade, podendo ser anulada pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.<sup>96</sup>

Cogite-se da hipótese em que uma autoridade sanitária imponha a sanção administrativa de interdição de um estabelecimento, ao argumento de que o empresário não teria observado as “normas sanitárias”. Nessa hipótese, o dispositivo comentado e o seu parágrafo único impõe que o decisor: (i) especifique quais normas restaram violadas na situação concreta; (ii) demonstre se, considerando a violação em concreto, tal penalidade foi a mais adequada a tutelar o bem jurídico protegido (a ordem sanitária); (iii) comprove que se mostrou a menos intrusiva ao administrado, considerando que poderiam ter sido aplicadas penalidades mais brandas (como uma multa, ou uma advertência); e (iv) explicita se ela produzirá os menores efeitos sistêmicos, considerando um análise de custo-benefício). Diante de todo o exposto, temos que o art. 20 se configura como um dispositivo que visa a estabilizar e a conferir exequibilidade às decisões do controlador. E, de outro bordo, estabelecer parâmetros a partir dos quais tais decisões poderão ser controladas.

Nota-se que o legislador foi claro ao dizer que a análise de consequências e de proporcionalidade, inclusive com simulação de alternativas, deve, necessariamente, integrar a motivação do ato do controlador quando a *ratio* jurídica se apoiar em valores indeterminados. De tal sorte que a ausência dessa análise fará a motivação ser insuficiente e o ato poderá ser invalidado por vício de motivação.

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

*Caput acrescentado pela Lei nº 13.655, de 25.04.2018.*

O art. 21, por sua vez, visa a conferir uma racionalidade aos processos administrativos invalidadores. Em termos coloquiais, impõe que sejam consideradas as consequências do “dia seguinte” da decisão invalidadora. Duas são as diferenças de abrangência em comparação com o art. 20. O art. 21 não se aplica apenas às decisões tomadas com base em valores abstratos, mas a qualquer decisão, mesmo as fundamentadas em expressa disposição contida em norma. De outro lado, enquanto o art. 20 se aplica a qualquer decisão, com quaisquer efeitos, a norma contida no art. 21 cinge-se às decisões que invalidam ato, contrato, processo ou norma.

Pois bem, como visto na introdução livro, a consolidação da democracia produziu externalidades positivas para o desenvolvimento dos sistemas de controles – tanto para o controle externo, quanto para o controle interno. Mas, se, de um lado, houve um avanço na normatização do controle sobre o atuar da Administração Pública, de outro, a sua múltipla incidência importou na supressão da segurança jurídica. É dizer, à medida que foram ampliados os legitimados ao exercício do controle, incrementou-se a instabilidade das relações travadas com poder público.<sup>97</sup>

Esse cenário, como já se teve a oportunidade de asseverar, com Juliana Bonacorsi de Palma,<sup>98</sup> foi desenvolvido a partir dos seguintes truismos doutrinários: (i) quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos, maior o risco de corrupção; (ii) quando maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro da legalidade; (iii) instituições de controles fortes, dotadas de irrestrita independência funcional e avantajados recursos barram a corrupção; e (iv) a corrupção da máquina pública é contida por meio de

<sup>97</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. *In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 278.

<sup>98</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de Palma. Os sete impasses do controle da administração pública. *In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

<sup>96</sup> Como se extrai, por exemplo, do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça – STJ: “Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido” (STJ), SEGUNDA TURMA, REsp nº 429570/GO; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004, p. 277, RSTJ vol. 187, p. 219. Do mesmo modo, AC 0001146-14.2005-4.01.3500/GO, Rel. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p. 403 de 18.09.2013). Na doutrina, v. OLIVEIRA, Márcio Berto Alexandrino de. A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. *Forum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 180, fev. 2016.