

A Lei nº 13.655/2018 buscou dar ao agente público honesto os instrumentos necessários para o aperfeiçoamento e a inovação da gestão pública com a segurança necessária. O excesso de controle instalado nos últimos anos, acabou, em inúmeros casos, por ter como consequência negativa o que alguns vão chamar de “apagão das canetas” ou, no limite, o *direito administrativo do medo*. Num ambiente em que o medo é latente, por óbvio, as práticas inovadoras tendem a desaparecer em razão do risco da eventual responsabilização. Esse estado de coisas, evidentemente, acaba por ir na contramão de uma atividade administrativa eficiente.

Nessa ordem de ideias, os artigos que ora apresentamos à comunidade acadêmica têm por foco, sobretudo, quatro pontos sensíveis da inovação legislativa: 1) o consequencialismo jurídico; 2) o primado da realidade; 3) o reforço do ônus argumentativo (motivação); e 4) a responsabilidade do agente público ou, como preferem alguns, o direito ao erro. Para isso, foram convidados professores que, passados já dois anos da vigência da Lei 13.655/2018, têm se dedicado seriamente ao estudo dessas matérias com a publicação de livros e artigos.

Rafael Maffini  
Rafael Ramos

NOVA LINDB

## Coordenadores:

Rafael Maffini  
Rafael Ramos

## Autores:

Ana Luíza Calil | André Ribeiro Tosta  
Caroline Müller Bitencourt | Cláudio Ladeira de Oliveira  
Daniela Zago Gonçalves da Cunda | Guilherme Valle Brum  
Gustavo Justino de Oliveira | Isaac Kofi Medeiros  
José Sérgio da Silva Cristóvam | Maren Guimarães Taborda  
Marinês Restelatto Dotti | Pedro de Hollanda Dionisio  
Pedro Niebuhr | Phillip Gil França  
Rafael Maffini | Rogério Gesta Leal  
Thanderson Pereira de Sousa | Vanice Regina Lirio do Valle

# NOVA LINDB

Consequencialismo, deferência judicial,  
motivação e responsabilidade do gestor público

Prefácio: Gustavo Binenbojm

ISBN 978-65-5510-455-4



9 786555 104554 >



\_\_\_\_\_. e HIME MASSET, Nadja Lirio do Valle Marques da Silva Deferência para com as escolhas administrativas precedidas do devido planejamento: um critério para controle judicial. in MARIANO, Cynara Monteiro; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de; (org.). **Direito administrativo e tutela jurídica dos direitos fundamentais**. Curitiba: Ithala, 2019, p. 402-425.

\_\_\_\_\_. Judicial deference and public policy: respecting the boundaries. **Juris Poiesis**, Seção Especial, v. 22, n. 29, p. 338-344, 2019.

\_\_\_\_\_. Deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. in: LEITE, George Salomão, STRECK, Lenio e NERY JUNIOR, Nelson. (Org.). **Crise dos poderes da república: judiciário, legislativo e executivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 931-947.

\_\_\_\_\_. Demandas derivadas e ampliação do núcleo essencial do direito à moradia: deferência como critério judicial de solução. In: José Ribas Vieira; Margarida Maria Lacombe Camargo; Rogerio Barros Sganzerla. (Org.). **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 1ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2016, v. 1, p. 182-208.

\_\_\_\_\_. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Prefácio: Marcos Juruena Villela Souto. 2. ed., rev, ampl, e atualizada, Belo Horizonte: Editora Forum, 2016.

## Controle e deferência judicial à Administração Pública: um ensaio sobre a doutrina Chevron e o artigo 22 da LINDB

Pedro Niebuhr<sup>1</sup>

Cláudio Ladeira de Oliveira<sup>2</sup>

Isaac Kofi Medeiros<sup>3</sup>

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Estágio atual do controle judicial da Administração Pública; 3. Deferência judicial à Administração Pública; 4. Considerações Finais. Referências.

### 1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo discutir os limites do controle judicial da Administração Pública e a ideia de deferência, especialmente a partir da doutrina de deferência *Chevron*, de origem norte-americana, e como os seus postulados podem, em alguma medida, ser usados dentro do direito brasileiro sem necessidade de se fazer um implante acrítico de teorias estrangeiras.

Para isso, será realizada uma descrição do atual estágio doutrinário do controle judicial da Administração Pública, situando-o especificamente na

1 Professor dos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito pela PUC/RS, com doutorado sanduíche (CAPES) na Universidade de Lisboa. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público da UFSC – GEDIP. Advogado.

2 Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação na UFSC. Doutor em Direito pela UFSC. Coordenador do GConst – Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político da UFSC.

3 Mestre em Direito do Estado pela UFSC. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constitucionalismo Político da UFSC – GConst. Advogado.



perspectiva da evolução dos limites da sindicabilidade do mérito administrativo. Nos últimos anos, parte relevante da doutrina nacional tem se ocupado em apresentar cada vez mais argumentos para um controle não-deferente da Administração Pública, deduzidos principalmente a partir da noção de constitucionalização do Direito Administrativo.

Em seguida, abordar-se-á a doutrina *Chevron* e o seu conhecido teste de dois passos, como uma alternativa de controle deferente da Administração Pública. Ao fim, indicar-se-á como o artigo 22 da LINBD pode servir de parâmetro para a aplicação de um princípio da deferência no direito brasileiro, em moldes similares aos enunciados de *Chevron*.

## 2 Estágio atual do controle judicial da Administração Pública

Os principais administrativistas brasileiros da segunda metade do século passado, como Miguel Seabra Fagundes, José Cretella Júnior, Victor Nunes Leal, Hely Lopes Meirelles, Themístocles Brandão Cavalcanti, entre outros, enunciavam, com frequência, diretrizes de um controle judicial contido, limitado ao controle formal de legalidade e respeitoso com o núcleo de mérito da decisão administrativa, em consideração à separação de Poderes<sup>4</sup>.

A partir do Constituição Federal de 1988, com a constitucionalização do Direito Administrativo e o conseqüente debate sobre a irradiação do conteúdo dos valores e princípios constitucionais sobre a legislação e a atividade administrativa, parcela relevante da doutrina passou a defender a reformulação do entendimento sobre os limites do controle judicial da Administração Pública, justificando novas hipóteses de intervenção judicial nas atividades da Administração Pública para além dos aspectos de estrita legalidade. Na percepção

4 Neste sentido, conferir FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 23, mar. 1951, LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, dez. 2013. Nov. 2019, CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965, CRETELLA JUNIOR, José. Teoria do ato de governo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 95, jul./set. 1987, CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 149-155, dez. 2013, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2016.

de seus defensores, a noção tradicional de controle seria inadequada para tratar dos novos desafios impostos pela realidade complexa da Administração Pública e o baixo comprometimento ético de seus gestores, que, alega-se, usavam do “manto do mérito administrativo” para praticar abusos e desvios no gerenciamento da coisa pública<sup>5</sup>.

Esse fenômeno, pautado na ideia de constitucionalização intensa do Direito Administrativo, é descrito de maneira duplamente facetada: tanto a Constituição alçou à dimensão constitucional matérias de Direito Administrativo<sup>6</sup>, que antes eram tratadas precipuamente na legislação infraconstitucional, como a Constituição e seus princípios ora se projetam sobre a legislação ordinária (quando não sobre o próprio exercício da atividade administrativa), conformando a sua interpretação, o que resultou em transformações profundas no Direito Administrativo e nas formas de controle da Administração Pública.

Pode-se qualificar esse movimento mais recente como uma espécie de “neoconstitucionalismo administrativista”, pois se caracteriza pela aplicação prática dos postulados neoconstitucionalistas sobre o Direito Administrativo, de “reencontro” entre direito e moral a partir da supervalorização de princípios constitucionais de fundo axiológico. Essa corrente – que não constitui um bloco coeso, mas é de certa forma hegemônica na primeira década dos anos 2000 – sustenta a ocorrência de uma transformação no seio do Direito Administrativo causada pela irradiação dos valores constitucionais sobre a ordem jurídica de tal maneira que há uma superação do princípio da legalidade – lei em sentido estrito, velha pedra de toque da Administração Pública – pelo princípio da juridicidade<sup>7</sup>, consubstanciado não mais pelo simples

5 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 205.

6 A bem da verdade, a constitucionalização do Direito Administrativo não é absolutamente nova; desde a Constituição de 1934 constam em textos constitucionais normas relativas aos servidores públicos, à responsabilidade civil do Estado, entre outras. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 4).

7 Para fins operacionais, pode-se considerar juridicidade como o princípio segundo o qual o administrador não está vinculado ao paradigma positivista da legalidade estrita, mas à Constituição e seus princípios, servindo estes últimos como parâmetro de validade de atuação da Administração Pública. Inclusive, essa parametrização pode se dar de forma direta, sem haver necessidade de



respeito à lei, mas pela observância ao direito e seus princípios, mormente aqueles localizados no texto constitucional. Há, de maneira generalizada, um questionamento sobre a própria legitimidade da lei, tanto em virtude de uma conduta antipositivista que caracteriza a vertente neoconstitucionalista<sup>8</sup>, como em razão de uma invocada falta de representatividade dos interesses veiculados nos parlamentos<sup>9</sup>. Assim, nesse ambiente de polarização entre lei e Constituição, o administrador não está mais vinculado à legalidade, mas à constitucionalidade, podendo inclusive deixar de aplicar uma regra se ela estiver em contrariedade com os princípios e valores constitucionais (atuação *contra legem*)<sup>10</sup>.

Disso resulta uma das principais consequências do processo de constitucionalização do Direito Administrativo: o contínuo estreitamento das competências discricionárias dos gestores públicos, das decisões de mérito. A adoção dos princípios como parâmetro central de orientação das atividades administrativas teve como “consequência inevitável [...] a redução do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida da ampliação do

---

mediação legislativa, porque a Constituição funciona como “fundamento primeiro” da atividade administrativa. CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836 APUD BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142. Para um estudo mais aprofundado, cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

- 8 Grosso modo, o neoconstitucionalismo se caracteriza por ser vertente antagonista ao positivismo jurídico, tido pelos neoconstitucionalistas como responsável, no campo jurídico, pela permissividade do direito diante das atrocidades dos regimes totalitários da primeira metade do século XX. Bem por isso que o neoconstitucionalismo vai se afirmar como teoria que defende o reencontro entre o direito e a moral, em oposição à ideia “pura” de direito característica do juspositivismo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. p. 4. Em sentido crítico, Elival da Silva Ramos afirma que “os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epítáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate”. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296).
- 9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 13. e BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 126.
- 10 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 142.

controle judicial”<sup>11</sup>. Logo, ao editar uma decisão, o administrador não pode invocar somente alguma sorte de competência discricionária, mas tem que justificar a sua decisão a partir da Constituição, de modo a excluir do seu leque as opções incompatíveis no caso concreto com os princípios e os direitos fundamentais, em respeito a vinculação administrativa à juridicidade. Assim entendido, o Poder Judiciário pode controlar o demérito da decisão administrativa e invalidá-la à luz “das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação aos princípios”, podendo proferir decisão fixando a única solução possível condizente com os fins públicos elencados na Constituição Federal<sup>12</sup>.

Representativo dessas teses, o chamado “direito fundamental à boa administração pública”<sup>13</sup> ilustra a ideia de que o gestor está vinculado aos valores promovidos pela Constituição Federal de modo inclusive a controlá-lo em sua atividade administrativa de eleição de prioridades orçamentárias, uma vez que a esse “direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. Por via de consequência, o controle deve “retirar as prioridades constitucionais das nuvens em que se encontram, em vez de deixar o agente público entregue a si mesmo e a seus caprichos”. Em termos práticos, significa que um agente público não pode invocar discricionariedade administrativa na alocação de recursos orçamentários para determinado projeto se a Constituição Federal impõe um direito fundamental, por exemplo, à saúde, que obrigaria o Município a executar ações de saúde pública como a constru-

- 
- 11 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. p. 8. Importante ressaltar a posição intermediária e moderada da professora Di Pietro, que não leva às últimas consequências a posição de crescente limitação da discricionariedade em prol do controle judicial. Neste sentido, rejeita a tese de que o mérito administrativo deixou de existir, “o que evidentemente constitui exagero inaceitável”, sob pena de reconhecer a Administração Pública enquanto mero robô de aplicação da lei. (Ibid., p. 8-11).
- 12 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233.
- 13 Segundo o professor Juarez Freitas, “[t]rata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”. (FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22).



ção de postos nos bairros da cidade. Em sede de controle, o Poder Judiciário pode, conseqüentemente, determinar o cumprimento de prestações positivas por parte do Município para consagrar esse direito fundamental eleito como prioridade pela Constituição, ao revés da alocação orçamentária pretendida inicialmente pela Administração Pública.<sup>14</sup>

Uma característica marcante desse conjunto doutrinário é a forma idealizada com que as instituições judiciais são descritas, que contrasta com o profundo ceticismo que acompanha a descrição dos Poderes democraticamente constituídos, o Legislativo e o Executivo. Trata-se de uma técnica retórica que tem sido usada à exaustão pelos defensores de uma jurisdição constitucional e administrativa mais “expansiva” e “ativista”, e que foi sintetizada com precisão por Jeremy Waldron: “construímos [...] um retrato idealizado do julgar e o emolduramos junto com o retrato de má fama do legislar.”<sup>15</sup> Assim, graças a uma descrição distorcida das instituições políticas, enfatizando as deficiências do Executivo e Legislativo e enaltecendo as virtudes idealizadas do sistema Judiciário, a própria legitimidade da lei é posta em questionamento diante da ausência de representatividade dos parlamentos: “o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará ao Judiciário para preservá-los”<sup>16</sup>. Nas últimas décadas argumentos dessa natureza foram utilizados com frequência pelo Supremo Tribunal Federal para justificar uma suposta autoridade do tribunal para agir como “representante do povo”<sup>17</sup>. De acordo com o argumento, ao Congresso Nacional exerceria uma “representação política”, ao passo que

o tribunal exerceria uma representação “procedimental e argumentativa”. É notável o contraste: de uma lado, a política “mundana”, eleitoral, parlamentar; de outro, uma política purificada, racional, deliberativa e judicial. Com isso, o Poder Judiciário é alçado a um papel de preponderância política em relação aos demais poderes do Estado, sem que seja necessário apresentar argumentos mais substantivos em defesa dessa profunda reformulação do sistema constitucional de separação de poderes.

No âmbito da doutrina administrativa, são frequentes as “denúncias” doutrinárias aos “caprichos partidários” da Administração Pública, entendidos como características ilegítimas que devem ser neutralizadas para a consecução do interesse público. É nesse contexto que o controle abrangente da Administração Pública é entendido como “o único capaz de desconstruir as falácias que presidem as decisões desastrosas, intensificadas de iniquidade e perpetuadoras de oligarquias plutocratas”<sup>18</sup>.

Uma série de conseqüências podem ser atreladas a esse novo controle judicial da Administração Pública. Veja-se a questão da elasticidade dos princípios. É bem verdade que a constitucionalização do Direito Administrativo é um fato, mas dele não se extrai necessariamente as conseqüências defendidas pelos neoconstitucionalistas, principalmente em matéria de controle de atos administrativos a partir de princípios. Afinal, não existe constituição neoconstitucionalista, senão doutrinadores dispostos a aplicar seus postulados.<sup>19</sup> Da forma como tem sido defendida, a constitucionalização do Direito Administrativo fomentou – ou no mínimo criou as condições para fomentar – um processo de transferência das prerrogativas decisórias do Poder Executivo para o Poder Judiciário, algo que pode ser entendido como judicialização da política<sup>20</sup> ou ativismo judicial, a depender do grau

14 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 337.

15 WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

16 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN: BARROSO, L. R. (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 45.

17 Exemplar nesse sentido é a decisão do STF na ADI 3510 (julgada em 2008), a qual inaugurou o recurso ao procedimento das “audiências públicas”. Desde então, tem sido frequente a associação entre a prática das audiências públicas e a especial “legitimidade deliberativa” da Corte. Para uma análise deste caso, cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “**Direito como Integridade**” e “**Ativismo Judicial**”: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal”, in MARTEL, Leticia de Campos Velho (org.). **Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 237-265.

18 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 330.

19 POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 1, n. 7, jan/jun, 2006, p. 238.

20 Para John Ferejohn, judicialização da política é a “expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custa de políticos e/ou administradores”. (FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o Direito. In: MOREIRA, L. Judicialização da política. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96). A seu turno, Ran Hirschl conceitua como “o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. (HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 36).



de proatividade dos magistrados, uma vez que juízes passaram a reivindicar para si a competência para decidir sobre matérias de gestão pública conjurando valores constitucionais difusos, a pretexto de concretiza-los diante da inércia da Administração Pública<sup>21</sup>.

Em especial, pode-se conceber ativismo judicial em dois sentidos, um interpretativo e outro institucional, conceitos operacionais que não se excluem, apenas tratam de ângulos diferentes de enxergar o mesmo objeto. De acordo com o primeiro, a conduta ativista pode ser relacionada com o uso de métodos interpretativos pouco controláveis e de conceitos dotados de abertura semântica para promover decisões que vão muito além da letra da lei e do texto constitucional, podendo ser caracterizadas como decisões, no mínimo, excessivamente criativas que aumentam o escopo da jurisdição e empoderam magistrados para decidir sobre temas dos mais variados, em especial aqueles politicamente controvertidos. Do ponto de vista institucional, se entende por ativismo a invasão do Poder Judiciário sobre o núcleo de funcionamento típico e regular do Poder Legislativo ou Poder Executivo, sem que haja autorização constitucional para tanto. Essa ideia não se confunde com a noção de freios e contrapesos, que pressupõe competências sobrepostas e poderes de veto compartilhados entre os Poderes. Muito além disso, ativismo faz referência a casos onde haja uma incursão na atividade de outro Poder sem que haja previsão constitucional explícita, por mera voluntariedade das instituições judiciais.<sup>22</sup>

A prática de ativismo judicial contribui para dois problemas atuais enfrentados pela Administração Pública. O primeiro, a insegurança jurídica, pois neste contexto de controle exacerbado agentes públicos respondem com frequência a procedimentos punitivos diante da mera divergência com a interpretação do órgão controlador ou mesmo por errar na aplicação de dispositivos legais, dentro do emaranhado burocrático e confuso que compõe a legis-

21 Cf. OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências, in **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 16, n. 1, p. 183-216, jan./jun. 2015

22 Neste sentido, o ativismo pode ser considerado como a “utilização de formas de interpretação e de ação processual que aumentam os poderes dos magistrados” (LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Democraticidade ou juridicidade?: reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016. p. 168.) e a invasão voluntária do Poder Judiciário sobre “o núcleo essencial da função constitucionalmente atribuída a outros Poderes” (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119, grifos no original).

lação administrativa. Isso gerou a chamada *Administração Pública do Medo*, em que gestores preferem não decidir como maneira de evitar punições.<sup>23</sup> Imbuídos de uma visão idealizada sobre o mito da única resposta correta fornecida pelo ordenamento, muitas vezes identificada a partir da interpretação de princípios abertos, órgãos controladores punem gestores públicos severamente sem levar em consideração fatores limitadores, como a indeterminação do direito aplicável ou mesmo as dificuldades materiais enfrentadas por setores administrativos, em termos de recursos humanos e orçamentários<sup>24</sup>. Por via de consequência, perfis qualificados se afastam dos quadros da Administração Pública<sup>25</sup>, ao mesmo passo que há “a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos”<sup>26</sup>. Isso sem contar a própria insegurança jurídica para particulares, que passam a enxergar as decisões administrativas como padrões inseguros, facilmente passíveis de superação pela via judicial, o que tende a diminuir a credibilidade do gestor público e mesmo afastar investidores do mundo dos negócios local.

O segundo problema, de natureza institucional, é a desnaturação das decisões de gestão pública, pois a intervenção de um órgão não dotado de expertise técnica e legitimidade democrática (Poder Judiciário) sobre matérias de política pública desorganiza a própria noção de separação de Poderes, que atribui uma especialização funcional<sup>27</sup> ao Poder Executivo para administrar recursos orçamentários finitos de acordo com um programa eleitoral vitorio-

23 NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. Jota, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 05/06/2020; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 05/06/2020.

24 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 66-67.

25 NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. Jota, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 05/06/2020;

26 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 69.

27 Mais do que uma “máquina para impedir usurpações”, a separação de Poderes pode ser entendida como um modelo de garantia de especialização funcional para cada ramo do Estado, de modo que cada um deles admite membros de acordo com o perfil e missão específica da instituição. (HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune.



so nas urnas – além de contar com um corpo técnico multidisciplinar capaz de, ao menos em tese, prover melhores soluções para problemas socioeconômicos complexos, comparativamente ao Poder Judiciário. Sobre a questão das “capacidades institucionais”, convém um maior aprofundamento.

### 3 Deferência judicial à Administração Pública

Na contramão de uma conduta ativista, o princípio<sup>28</sup> da deferência à Administração Pública consiste numa recomendação para que magistrados adotem uma postura de autocontenção ao revisar atos administrativos expedidos em termos admissíveis, ainda que possam eventualmente discordar da interpretação levada a cabo pelo gestor público. Significa que o Poder Judiciário se abstém de impor a sua opinião sobre qual é a resposta correta fornecida pelo ordenamento jurídico, desde que haja duas ou mais opções válidas e a solução encontrada pela Administração Pública seja aderente ao texto da lei e expedida em termos razoáveis.<sup>29</sup>

Na literatura estrangeira, a ideia de deferência tem grande destaque nos Estados Unidos a partir da doutrina *Chevron*, instituída pela jurisprudência da Suprema Corte no caso *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*<sup>30</sup>. Em linhas gerais, o caso *Chevron* dispôs que o Judiciário deveria prestar deferência às decisões das agências governamentais<sup>31</sup> caso a interpretação da lei aplicada

(Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 57).

- 28 Por princípio, entende-se uma espécie de conceito guarda-chuva que abriga determinadas regras por ele justificadas. Estas regras dão vida ao princípio, que por sua vez não tem aplicação autônoma. Por exemplo, o chamado *princípio da não-surpresa* por si não tem aplicação autônoma; é um enunciado que faz referência ao bloco normativo constituído pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, que orienta o juiz a não decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dados às partes oportunidade de se manifestar e, em última análise, pelo próprio inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, que assegura o direito ao contraditório e ampla defesa. Estas regras constituem o *princípio da não-surpresa*. Sobre este conceito de princípio, conferir SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996. p. 30.
- 29 MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 227.
- 30 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. *Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC*, 467 U.S. 837, 1984.
- 31 Nos Estados Unidos, o termo “agência” abrange, mas não se limita, às agências reguladoras, englobando também as chamadas agências executivas, ramos da Administração Pública vinculados diretamente à chefia do Poder Executivo. Para um conceito de Poder Executivo e de agência nos

pelas últimas passasse por um teste bifásico de legalidade e razoabilidade<sup>32</sup>. No primeiro teste, o juiz avalia se a lei que fundamentou o ato do gestor público admite mais de uma interpretação. Se a resposta for negativa, isto é, se há somente uma interpretação possível e o gestor se distanciou dela, o Poder Judiciário deve anulá-la. No entanto, se há duas ou mais interpretações plausíveis de acordo com o texto da lei, isto é, se o dispositivo for ambíguo, passa-se ao segundo teste, onde o magistrado se pergunta se a interpretação conferida pelo gestor é admissível, razoável, ou seja, se é compatível com a pluralidade de sentidos que pode ser extraída do texto. Se a resposta for negativa, a interpretação deve ser anulada. Se a resposta for positiva, o Poder Judiciário deve manter o ato do gestor, por mais que os magistrados possam entender que essa não é a melhor interpretação possível do texto.<sup>33</sup>

Estados Unidos, conferir POSNER, Eric Andrew; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2010. p. 5-6.

- 32 O caso *Chevron* versou sobre a interpretação que a Agência de Proteção Ambiental (EPA – *Environmental Protection Agency*) deu sobre o termo “fontes fixas” contido na Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*), legislação instituinte de um programa de conformidade ambiental que exigia a obtenção de uma nova licença administrativa toda vez que determinada empresa construísse uma nova “fonte fixa” (*stationary source*) ou modificasse uma existente. A interpretação vigente até então era que todo aparelho industrial capaz de emitir algum nível de poluição deveria ser regulado, de modo que, por exemplo, a aquisição ou modificação de uma nova caldeira exigiria licenciamento. Em 1984, na administração liberal de Ronald Reagan, a EPA ampliou o termo e passou a entender que o conceito “fonte fixa” contemplava uma planta industrial inteira. Por via de consequência, empresas poderiam construir novas fontes de poluição dentro da planta industrial existente sem a necessidade de licenciamento, contanto que elas não excedessem o limite poluente instituído pela Lei do Ar Limpo. A nova interpretação foi judicializada, derrubada no Tribunal de Apelação do Distrito de Columbia, até que chegou à Suprema Corte por força da empresa petrolífera *Chevron*, uma das interessadas no caso. A Suprema Corte validou a interpretação da EPA, entendendo que ambas as interpretações em jogo eram plausíveis à luz do termo “fontes fixas” e a escolha entre uma delas exigiria um juízo de política pública típico do Poder Executivo, de modo que o Poder Judiciário deveria deferir à solução encontrada pela agência. SUNSTEIN, Cass. **Law and administration after Chevron**. *Columbia Law Review*, New York, vol. 90, 1990.
- 33 Neste sentido, Cass Sunstein destaca que a doutrina *Chevron* é muito mais do que uma orientação para que o Poder Judiciário não revise atos administrativos a não ser que sejam contrários à lei. De maneira mais arrojada, significa que tribunais devem validar esses atos *ainda que discordem da interpretação dada pelo gestor*. Para Sunstein, os tribunais devem estar preparados para dizer que “Se estivéssemos interpretando a lei independentemente, nós diríamos X ao invés de Y; mas porque há ambiguidade, o Executivo está permitido a preferir Y”. No original: “*If we were interpreting the statute independently, we would read it to say X rather than Y; but because it is ambiguous, the executive is permitted to prefer Y*”. (SUNSTEIN, Cass. *Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is*. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2588).



A doutrina *Chevron* – ou o princípio da deferência, de modo geral – pode ser justificada a partir de duas perspectivas, uma institucional e outra normativa. O ponto de vista institucional é justificado a partir daquilo que Cass Sunstein e Adrian Vermeule chamam de “capacidades institucionais”, características que instituições possuem que as tornam mais qualificadas para realizar a interpretação adequada sobre determinada normativa. A exemplo disso, agências reguladoras têm mais expertise técnica para fixar o sentido de termos ambíguos em normas pertinentes ao seu exercício de autoridade, desde que essa análise exija um conhecimento técnico especializado que juízes não detêm. No mesmo sentido, a chefia do Poder Executivo tem legitimidade democrática para acomodar interesses políticos dentro dos limites permitidos pela textualidade da lei. Se a amplitude do texto normativo permitir mais de uma interpretação sobre políticas públicas, melhor que a autoridade que a intérprete seja legitimada pelo voto e controlada em termos político-eleitorais.<sup>34</sup>

No caso *Chevron* a Suprema Corte levou em consideração um argumento puramente institucional para validar a interpretação administrativa que tinha por objeto um termo ambíguo previsto em lei ambiental. A agência à época conferiu ao termo uma interpretação ampla, mais maleável, e uma organização não-governamental (NRDC - *Natural Resources Defense Council*) judicializou o ato para assegurar uma interpretação restritiva. A Suprema Corte entendeu que ambas as interpretações eram plausíveis e que a escolha entre uma das duas envolveria um juízo sobre políticas públicas, de modo que deveria prevalecer a interpretação do Poder Executivo, por se tratar da instituição dotada de capacidade institucional – legitimidade democrática e expertise técnica – para esse juízo de valor.<sup>35</sup>

Do ponto de vista normativo, é possível sustentar a existência de um princípio da deferência à Administração Pública no ordenamento jurídico

34 SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law Research Paper*, Chicago, n. 156, 2002. p. 2.

35 Neste sentido, conforme Sunstein, “o que é mais impressionante sobre a análise de *Chevron* é a sugestão que a resolução de uma ambiguidade estatutária requer um juízo sobre resolver ‘interesses conflitantes’”, sendo um reconhecimento explícito do Tribunal de que exames políticos podem integrar o processo interpretativo. No original: “What is most striking about the Court’s analysis in *Chevron* is the suggestion that resolution of statutory ambiguities requires a judgment about resolving ‘competing interests.’ This is a candid recognition that assessments of policy are sometimes indispensable to statutory interpretation.” SUNSTEIN, Cass. Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is. *Yale Law Journal*, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2587.

brasileiro sem a necessidade de mimetizar a doutrina estadunidense e realizar um implante acrítico de teoria que desconiderasse as particularidades do contexto político-jurídico norte-americano. Propõe-se uma deferência orientada por parâmetros jurídicos brasileiros, ainda que inspirada nos enunciados da doutrina *Chevron*, nomeadamente aqueles promovidos pela recente alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”).

O *caput* e o § 1º do artigo 22 da LINDB assim dispõem:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.  
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

O artigo 22, e a nova alteração da LINDB de maneira geral, é uma espécie de “dever de empatia” para com a Administração Pública e seus agentes. Em particular, o dispositivo determina que o controlador se coloque no lugar do gestor ao decidir sobre a regularidade de decisão administrativa, levando em consideração dificuldades reais por ele enfrentadas, que podem ser entendidas como dificuldades jurídicas (indeterminação do direito, ambiguidade) e materiais (déficit de recursos humanos e financeiros).

A norma fala no dever do controlador de “considerar” as dificuldades reais, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente. A compreensão do que deve ser entendido por “considerar” é fundamental para a adequada inteligência da norma. Como adverte Carlos Maximiliano, “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. [...]”<sup>36</sup>

Considerar significa pesar, ponderar, interpretar algo de certa maneira<sup>37</sup>. Esse comando estabelece limites dirigidos ao controlador. Ao preceituar que as circunstâncias reais experimentadas pela autoridade administrativa devem ser pesadas e ponderadas pela atividade de controle, a norma confere algu-

36 *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 6ª ed., Freitas Bastos, 1957, n. 178, p. 209.

37 Disponível em <<http://www.aulete.com.br/considerar>>, acesso em 20 de setembro de 2020.



ma margem de liberdade para o controlador refutá-las enquanto justificativa para legitimar eventual desconformidade ocorrida. O controlador pode pesar, ponderar ou interpretar a decisão segundo as limitações impostas ao agente administrativo e ainda assim reconhecer a inadequação da solução adotada. Noutro lado, o dever de “consideração” impede que a solução administrativa seja pura e simplesmente substituída pela judicial sem que seja feito tal sopesamento, sem que o controlador enderece atenção (argumentativa), com a menor carga de subjetivismo possível, às circunstâncias que condicionaram ou orientaram a tomada de decisão.

Em suma, o controlador deve examinar se, dentro desse contexto de dificuldades que deve ser considerado, a decisão do gestor foi razoável, isso tendo em vista as dificuldades reais, as exigências das políticas públicas e as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente. Em outras palavras, o controlador deve prestar deferência à solução tomada pelo gestor público se compatível com as limitações envolvidas no processo de tomada de decisão. E mais, mesmo que o controlador discorde da opção encartada na decisão administrativa, do dever de consideração das limitações reais decorre a recomendação de preservação do ato, se razoável. Do contrário, se a norma simplesmente quisesse autorizar a substituição da decisão administrativa pela judicial caso ela se mostrasse, ao controlador, inadequada, o dever de consideração das limitações efetivas não teria qualquer valia ou utilidade prática.

Assim interpretado, o artigo 22 funciona como fundamento jurídico para a “recomendação”<sup>38</sup> de uma conduta deferente do controle da Administração Pública. Eduardo Jordão correlaciona o artigo 22 com os dois enunciados da doutrina *Chevron*:

O caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de *Chevron*: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade

38 Vale enfatizar que, para assegurar a independência do Poder Judiciário, o princípio da deferência deve ser entendido como uma recomendação interpretativa e não uma obrigação para que o magistrado acate toda e qualquer decisão administrativa. Esse, aliás, é o sentido do uso do termo “serão considerados” no artigo 22, o que revela a intenção do legislador em recomendar ao magistrado uma conduta deferente, sem imposição obrigatória.

legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública.<sup>39</sup>

A seu turno, o artigo 13 do Decreto Federal nº 9.830/2019, que regulamentou as mudanças mais recentes da LINDB, é ainda mais enfático e claro no sentido de deferência contido no artigo 22 da LINDB por trazer disposição expressa sobre os limites do controle judicial de regularidade da decisão administrativa:

Art. 13. A análise de regularidade de decisão não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas.

O Decreto Federal nº 9.830/2019 parece captar a essência da teoria das capacidades institucionais uma vez que enfatiza o papel do gestor no direcionamento de políticas públicas e pretende, simultaneamente, limitar na medida do possível a ocorrência de juízo valorativo sobre assuntos dessa natureza por parte do Poder Judiciário, quando exercido a pretexto de estar controlando a legalidade dos atos da Administração Pública. Assim entendido, o Decreto tem o mérito de realçar a prerrogativa do gestor sobre políticas públicas, diante da sua expertise técnica e legitimidade democrática, sem ter a pretensão de enfraquecer o controle judicial de legalidade. Em outras palavras, a deferência veiculada no arco normativo composto pelo artigo 22 da LINDB e o artigo 13 do Decreto Federal nº 9.830/2019 “separa o que é controle do que é gestão pública”<sup>40</sup>.

39 JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nov. 2018. p. 66-67.

40 MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 216.



## 4 Considerações finais

Os passos da doutrina *Chevron* se afiguram como uma alternativa interessante ao quadro de ativismo judicial e de controle não deferente dos atos da Administração Pública. O controle é imprescindível, precisa existir para assegurar o respeito à legalidade, mas por outro lado os seus excessos recomendam a necessidade se resgatar e enfatizar a ideia de que as instituições judiciais não podem pretender substituir as decisões administrativas do gestor público. O Poder Executivo é estruturado para deliberar sobre questões políticas, sobretudo de políticas públicas, além de tratar de questões técnicas na satisfação do interesse público. Haveria uma desnaturação dessa especialização funcional se magistrados, a pretexto de exercer controle, passassem a emitir determinações sobre temas afetos à expertise de outro Poder. Daí porque a doutrina *Chevron*, ao assegurar controle e diminuir invasão de competência, representa um contraponto a este quadro, sobretudo porque assegura minimamente que o Poder Executivo exerça com prevalência as suas capacidades institucionais, ainda que submetido ao exame de legalidade do Poder Judiciário.

Por mais que a doutrina *Chevron* seja baseada nas particularidades dos Estados Unidos da América, no direito brasileiro já existem dispositivos adequados para que seja aplicado um teste de deferência inspirado no modelo norte-americano. Refere-se, aqui, ao artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao requerer que o juiz considere as dificuldades jurídicas e materiais do gestor público quando for revisar suas decisões administrativas. Adicionalmente, o artigo 13 do Decreto Federal nº 9.830/2019, que regulamentou as mudanças recentes da LINDB, reforça a ideia de capacidades institucionais – fundamento subjacente à *Chevron* – uma vez que determina que o controle da Administração Pública não pode substituir as atribuições do gestor, “inclusive quanto à definição de políticas”. A ênfase na parte de políticas públicas indica a intenção de se garantir que é o gestor, e não o Judiciário, o responsável por tomar decisões que envolvam algum grau de discernimento técnico ou de legitimidade política, características que compõem especialmente o Poder Executivo.

## Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). IN: BARROSO, L. R. (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3510. Relator min. Ayres Britto, julgado em 20/06/2008, disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>, acesso em 25/09/2020
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 149-155, dez. 2013.
- CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Teoria do ato de governo*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 95, jul./set. 1987
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012.



- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Suprema Corte. **Chevron U.S.A., Inc. versus NRDC**, 467 U.S. 837, 1984.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, mar. 1951.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política, politizando o Direito. In: MOREIRA, L. **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 05/06/2020.
- HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia. In: ELSTER, J.; SLAGSTAD, R. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Tradução Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.
- JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nov. 2018.
- LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do Tema do Abuso de Poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, dez. 2013. Nov. 2019.
- LUNARDI, Soraya Gasparetto; DIMOULIS, Dimitri. Democraticidade ou juridicidade?: reflexões sobre o passivismo do STF e o futuro do controle judicial de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 10, n. 35, maio/ago. 2016.

- MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. Administração pública do medo. **Jota**, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 05/06/2020.
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. **Democracia e ativismo judicial: algumas considerações sobre suas causas e consequências**, in *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 16, n. 1, p. 183-216, jan./jun. 2015
- OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “**Direito como Integridade**” e “**Ativismo Judicial**”: **algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal**”, in MARTEL, Leticia de Campos Velho (org). *Estudos Contemporâneos de Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 237-265.
- POSNER, Eric Andrew; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York, NY: Oxford University Press, 2010. p. 5-6.
- POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição? **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, Vol. 1, n. 7, jan/jun, 2006.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. OLIVEIRA, Fábio de. Comentário ao art. 2º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law Research Paper**, Chicago, n. 156, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. Beyond Marbury: the executive’s power to say what the law is. **Yale Law Journal**, New Haven, vol. 115, 2006. p. 2588.



SUNSTEIN, Cass. Law and administration after Chevron. **Columbia Law Review**, New York, vol. 90, 1990.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

## Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/18: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica

*Caroline Müller Bitencourt<sup>1</sup>*

*Rogério Gesta Leal<sup>2</sup>*

**Sumário:** Introdução. 1. Consequencialismo e decisão: problema ou solução? 2. Do longo caminho entre intenções e os resultados práticos. 3. Solucionados o problema? Considerações finais. Referências.

### Introdução

A Lei n.º 13.655/18 acrescentou ao Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), os artigos 20 a 30, com a

1 Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e Mestra em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa Controle Social e Administrativo de Políticas Públicas e Serviço Público, vinculado ao CNPq. Advogada. Chefe do Departamento de Direito da UNISC. E-mail: carolinemb@unisc.br.

2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da UNOESC. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha, e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais- -REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. E-mail: gestaleal@gmail.com