

CONTENÇÃO OU MAIOR SUBJETIVISMO JUDICIAL? O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E A APLICAÇÃO DO MÉTODO PRAGMÁTICO ÀS DECISÕES QUE TENHAM POR OBJETO O CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

CONTENTION OR GREATER JUDICIAL SUBJECTIVISM? LEGAL CONSEQUENTIALISM AND THE APPLICATION OF THE PRAGMATIC METHOD TO DECISION-MAKING THAT HAVE AS THEIR OBJECT THE FULFILLMENT OF PUBLIC POLICIES

Alexandre Freire Pimentel¹

Professor Efetivo do PPGD (UNICAP, Recife/PE, Brasil)

Simone Peixoto Ferreira Porto²

Doutoranda em Direito pelo Programa de Doutorado da Pós-Graduação em Direito (UNICAP, Recife/PE, Brasil)

ÁREA(S): direito administrativo; filosofia do Direito.

RESUMO: Ao tratar sobre temas como segurança jurídica e eficiência na aplicação e criação do direito público, a Lei nº 13.655/2018 acrescentou novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e pôs em destaque o tema da responsabilidade dos órgãos decisores pelos impactos econômicos

e sociais das suas decisões. Ao mesmo tempo, tais alterações revelaram inquietação com as estruturas clássicas do direito administrativo, em especial, com o princípio da legalidade, trazendo também à tona questionamentos em torno do tema da judicialização de políticas públicas. Tal quadro nos impulsionou, por meio de método dedutivo focado na revisão de literatura e análise jurisprudencial, a analisar

¹ Professor Efetivo da FDR-UFPE. Pós-Doutorado (Universidade de Salamanca - Espanha, com bolsa da CAPES), Doutor e Mestre (FDR-UFPE). Professor da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE). Consultor *ad-hoc* da CAPES e do CONPEDI (Conselho de Pós-Graduação em Direito). Membro da Associação Norte e Nordeste dos Professores de Processo (ANNPE) e da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPRO). Advogado (1989-1991). Promotor de Justiça (1991-1992). Juiz de Direito do TJPE (1992-2022). Diretor da Escola Judicial Eleitoral do TRE-PE. Membro da Comissão de Avaliação de Livros de PPGD e Avaliador do PAEP-CAPES (Programa de Apoio a Eventos no País). *E-mail:* alexandrefreirepimentel@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6955582727797003>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8225-6098>.

² Mestra em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC). *E-mail:* simone_peixoto.porto@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2765455208154439>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2446-2985>.

criticamente a inadequação do conceito tradicional de legalidade com o modelo de Administração Pública dialógica e negocial, focada em fenômenos muito mais complexos, como eficiência. O texto propõe também analisar as questões subjacentes à responsabilidade dos órgãos decisores pelos impactos econômicos e sociais de deliberações consequencialistas que tenham por objeto o cumprimento de políticas públicas. Isso por entendermos que a responsabilidade dos órgãos julgadores pelas consequências práticas de deliberações que tenham por objeto o cumprimento de políticas públicas pressupõe uma hermenêutica contrária ao legalismo e favorável a uma racionalidade não mecanicista, a qual leve em conta a necessária abertura do direito aos demais subsistemas sociais.

ABSTRACT: *When dealing with topics such as legal certainty and efficiency in the application and creation of public law, the Federal Law n. 13.655/2018 added new articles to the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law and highlighted the issue of the responsibility of decision-making and the economic and social impacts of their decisions. At the same time, such changes revealed a concern with the classic structures of administrative law, in particular, with the principle of legality, also raising questions about the issue of judicialization of public policies. Such a framework has impelled us, through the deductive method focused on literature review and jurisprudential analysis, to critically analyze the inadequacy of the traditional concept of legality with the model of public dialogical and business administration, focused on much more complex phenomena, such as efficiency. The text also proposes to analyze the issues underlying the responsibility of decision-making about economic and social impacts of consequentialist deliberations that have as their object the fulfillment of public policies. It's because we understand that the responsibility of decision-making presupposes a hermeneutics contrary to legalism and favorable to a non-mechanistic rationality, which takes into account the necessary opening of the right to the other social subsystems.*

PALAVRAS-CHAVE: legalidade; juridicidade administrativa; políticas públicas; eficiência; consequencialismo jurídico; ativismo judicial.

KEYWORDS: *legality; administrative juridicity; public policy; efficiency; legal consequentialism; judicial activism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Entre a legalidade e a eficiência: a ideia de um direito administrativo consensual; 2 Contenção ou maior subjetivismo judicial? O consequencialismo e a aplicação do método pragmático às decisões que têm por objeto o cumprimento de políticas públicas; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Between legality and efficiency: the idea of a consensual administrative law; 2 Restraint or greater judicial subjectivism? Consequentialism and the*

application of the pragmatic method to decisions whose object is the fulfillment of public policies; Final thoughts; References.

INTRODUÇÃO

Este artigo adota por premissa que as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro incentivaram uma prática jurisdicional consequencialista, à medida que destacaram o tema da responsabilidade dos órgãos decidores pelos impactos econômicos e sociais das decisões pertinentes à fiscalização das políticas públicas. Ao tratar sobre temas como segurança jurídica e eficiência na aplicação e criação do direito público, o mencionado texto legal revela uma inquietação com as estruturas clássicas do direito administrativo, em especial, com o princípio da legalidade. Isso fica claro a partir da leitura dos dispositivos que impõem aos órgãos de controle uma maior preocupação com a motivação e com as consequências práticas das suas decisões.

Trata-se de uma ruptura geracional no âmbito do direito administrativo brasileiro, a qual tem suas raízes na doutrina francesa do século XIX, fundamentada em dois grandes parâmetros: a supremacia e a indisponibilidade do interesse público³. Esses alicerces cedem espaço para um direito administrativo relacional, no qual os vínculos com os particulares possuem uma dimensão muito mais ampla e complexa do que 20 ou 30 anos atrás.

As transformações decorrentes do fenômeno da constitucionalização dos vários ramos do Direito, ocorridas nos últimos trinta anos com a Constituição de 1988 e com as reformas administrativas do Estado, não obtiveram a mesma receptividade na prática do direito administrativo. A desigualdade jurídica entre a Administração e o administrado, a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a necessidade de poderes discricionários para a Administração são cânones presentes nas esferas de controle do Poder Público. Tais cânones, circunstancialmente, podem se contrapor à dinâmica de um direito administrativo diacrônico, focado em fenômenos muito mais complexos, os quais transcendem o mero aspecto da legalidade, permeando questões como

³ COSTA, J. A. da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília, 2004. p. 113.

eficiência, informação, incentivo, cujos efeitos práticos repercutem na elevação dos padrões de controle no País⁴.

O consequentialismo jurídico proposto pelo referido texto legal (Lei nº 13.655/2018) confere aos órgãos de controle a possibilidade de repensar o legalismo, sem abrir mão da legalidade. Além disso, oportuniza, de forma transparente e legítima, o aprimoramento dos parâmetros de eficiência na Administração Pública e maior “consensualidade” na gestão de políticas públicas. Referido consenso pressupõe abertura para a denominada “consensualização”, movimento “de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas”⁵.

A eficiência das ações direcionadas ao cumprimento de políticas públicas, notadamente em sociedades complexas, pressupõe maior convergência entre “fatos (condições de atuação) e normas *prima facie* (no âmbito do Direito) e entre procedimentos e demandas sociais”⁶. Essa conjunção amplia, no âmbito da Administração Pública, os “mecanismos de controle consensual, com viés essencialmente resolutivo e pragmático”⁷.

Essa percepção nos conduz a formular a seguinte pergunta de pesquisa: o consequentialismo e a aplicação do método pragmático às decisões que tenham por objeto o cumprimento de políticas públicas constituem fator de contenção ou de maior subjetivismo judicial?

Face à inadequação do conceito tradicional de legalidade com o modelo de “Administração Pública dialógica, participativa, democrática”, traçado na Constituição Federal de 1988⁸, o presente artigo objetiva constatar que a responsabilidade dos órgãos julgadores pelas consequências práticas de

⁴ BARROSO, L. R. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-33.

⁵ MARRARA, T. (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 40.

⁶ FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 04.

⁷ FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 04.

⁸ MARRARA, T. (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 40.

deliberações que tenham por objeto o cumprimento de políticas públicas pressupõe, por um lado, uma hermenêutica contrária ao legalismo, mas, por outro lado, uma interpretação favorável a uma racionalidade não mecanicista, a qual leve em conta a necessária abertura do direito aos demais subsistemas sociais.

Referimo-nos a uma dialética que requer a justificação não somente jurídica, mas também social, moral, econômica, política, dentre outras. Trata-se de medida vocacionada a potencializar o diálogo interdisciplinar, como instrumento consentâneo a viabilizar o cumprimento das exigências de segurança e eficiência na realização de direitos atrelados a políticas públicas constitucionalmente asseguradas. Em suma, este artigo tenciona analisar o problema do argumento consequencialista adotado na prática da Administração Pública e o processo de transição do direito administrativo e da doutrina do controle das políticas públicas no Brasil, com esboço no diagnóstico sobre a existência de maior ou menor grau de contenção ou subjetivismo judicial, diante do cenário jurídico, e a aplicação do método pragmático pela jurisdição.

1 ENTRE A LEGALIDADE E A EFICIÊNCIA: A IDEIA DE UM DIREITO ADMINISTRATIVO CONSENSUAL

O discurso da legalidade encontra-se em crise. Trata-se de uma crise que se revela tanto no problema da legitimidade dos órgãos produtores de normas quanto na compreensão da lei como arquétipo ideal de conduta. Ora, como adverte Binenbojm, “se a promessa de racionalização do mundo [...] jamais chegou a realizar-se completamente, no plano da organização das sociedades políticas, essa promessa foi frustrada, em larga medida, pelo fracasso da lei formal como projeto jurídico político”, e complementa:

Tal crise é perceptível em todos os países, sendo, todavia, mais evidente em Estados ligados à tradição jurídica romano-germânica, nos quais a lei escrita – produto da vontade manifestada por representantes eleitos pelo povo – sempre se reservou o papel de protagonista da criação do direito.⁹

⁹ BINENBOJM, G. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 169.

A despeito do propagado desencantamento da modernidade, impulsionado pela alegada assimetria e contraste entre “o mundo de hoje e os prospectos de amanhã, com o mundo dos últimos dois séculos e meio”¹⁰, como resposta aos excessos de um positivismo levado ao extremo, desde a segunda metade do século XX, as constituições dos Estados democráticos vêm desempenhando o papel de principal protagonista da ordem jurídica.

Ocupando o espaço antes pertencente ao direito civil, as constituições vertem com força normativa todo seu conteúdo material e axiológico sobre o sistema jurídico¹¹. Nesse contexto, a criação do direito é condicionada pelas “dominações vigentes”, revelando, nas referidas constituições, “interesses partidários, pressões, predomínios de classe”¹².

Nesse movimento translativo de passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, opera-se a denominada “filtragem constitucional”. Ou seja, toda a ordem jurídica passa a ser interpretada “sob a lente da constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”, e o texto constitucional passa a atuar “como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”¹³.

Entretanto, essas transformações não se apresentaram de maneira uniforme sobre todos os ramos do Direito. Há resistência, sobretudo, no direito administrativo, fortemente influenciado pelo Direito francês do século XIX, o qual evoca uma tradição burocrática, enraizada numa cultura jurídica em desarmonia com o atual contexto social, político e econômico. Como acentuado por Nelson Saldanha, “as crises levam a ‘rever’ a ideia de ordem (ou a fazer objeção a ela), tanto quanto a renová-la”¹⁴.

Uma investigação acurada acerca da juridicidade administrativa aponta para uma concepção mais meticulosa do sentido de legalidade, sinalizando “que

¹⁰ SHINN, T. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=51678-31662008000100003.

¹¹ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31.

¹² SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 168.

¹³ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 39-41.

¹⁴ SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 12.

o Poder Público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios¹⁵. Visto por esse ângulo, o princípio da legalidade administrativa transmuta-se em princípio da juridicidade, o qual forja um arquétipo de gestão pública submetida ao Direito, cujas bases sedimentam-se na ideia de justiça¹⁶.

O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a política; mas existe com o sentido de completar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa, que não se limita a dar forma às relações de poder (embora o faça), mas que as remete a um especial plexo de valores.¹⁷

Uma compreensão acerca do justo, seja qual for o tipo de justiça acolhida, só se concretizará “através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e a realização da igualdade”¹⁸.

Assumir a ideia de incompatibilidade do princípio da legalidade formal com a visão de uma Administração Pública consensual¹⁹, cujas bases normativas encontram assento na Constituição Federal, em verdade, significa encampar um problema especulativo muito amplo, com alcance e aspectos axiológicos. Isso porque uma compreensão genérica e abstrata da legalidade frequentemente desliza para usos que a vinculam aos valores sociais, políticos e econômicos, terminando por assumir aspectos ideológicos.

Com a Constituição de 1988, a doutrina jurídica brasileira optou, em sua maioria, por criticar “com ímpeto retórico” o positivismo jurídico,

¹⁵ OTERO, P. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 15.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245.

¹⁷ SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 168.

¹⁸ Idem, ref. 11.

¹⁹ FERRAZ, L.; GOUVEIA, J. B. Procedimento expropriatório e Administração Pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 113, p. 501, 2016.

propagando, no meio acadêmico, ideias que passaram a ser conhecidas “como ‘neoconstitucionalismo’, ‘pós-positivismo’, ‘moralização’, ‘retorno aos valores’ ou ‘constitucionalização’ do direito”²⁰.

Segundo Barroso, o neoconstitucionalismo floresceu no ambiente filosófico do pós-positivismo, apresentando como traços característicos “o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional”. Em contrapartida, o referido fenômeno deflagrou “a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário”²¹.

Essa nova etapa do constitucionalismo também responde pela emergência da denominada “judicialização”²². Trata-se de um fenômeno caracterizado pela penetração do Poder Judiciário no exame de questões não somente jurídicas, mas eminentemente sociais e políticas, fato que, com frequência, tem acarretado ao referido Poder a inconveniente designação de legislador positivo.

Ao desempenhar “um papel normalmente referido como contra-majoritário, órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular”; assim, o Judiciário traz à tona o problema da “legitimidade democrática da função jurisdicional”²³.

Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento

²⁰ DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 219.

²¹ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 56.

²² BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47.

²³ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 48-49.

social e estar sujeito a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.²⁴

Isso porque um processo de constitucionalização sem freios²⁵ desemboca no esvaziamento do poder das maiorias e no indesejado decisionismo judicial. A esse respeito, Barcellos chama atenção para a inadequada pretensão, em um Estado de Direito, da Constituição invadir o âmbito da política, como num “substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do Direito em geral”²⁶.

Num movimento de sobrelevação pós-positivista e de afirmação das concepções ontológicas do Direito, despontaram, nos últimos anos, teóricos comprometidos com a defesa de teses positivistas²⁷. Para essa corrente, a tendência contrária ao positivismo jurídico encampa, politicamente, desígnios vocacionados a emancipar a subjetividade do intérprete para fins que estão supostamente legitimados por ideias como dignidade da pessoa humana e democracia, mas que confirmam um autoritarismo igual ou pior ao criticado por essas próprias tendências. Entende-se, inclusive, que “o recurso argumentativo à “ponderação” ou à “proporcionalidade” consagrou um dogmatismo peculiar, no qual a mera referência a tais máximas, por si só, é capaz de legitimar qualquer decisão”²⁸.

Ao negar a separação entre os conteúdos normativos e os interesses sociais extrajurídicos, as concepções moralistas ou sociológicas fomentam o subjetivismo desejado, o qual não distingue “opiniões pessoais, demandas

²⁴ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54.

²⁵ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 54.

²⁶ BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, p. 92, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

²⁷ DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 219.

²⁸ TEIXEIRA, J. P. A. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. In: GAVIÃO FILHO, A. P.; LEAL, R. G. (org.). *Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efeitoção de Direitos Indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, p. 71-80, 2017, p. 79.

sociais, imperativos morais e conteúdos do ordenamento jurídico vigente”. Para os superacionistas do pós-positivismo, tal comportamento revela uma postura que tende a “transformar o regime democrático representativo em ‘Governo de Juízes’ ou ‘Juristocracia’” e a colocar em risco o princípio democrático²⁹.

Segundo Dimoulis, retóricas do tipo o juiz não é “escravo da lei” ou possui “responsabilidade social” são obviedades que “não justificam determinadas formas de atuação do Poder Judiciário”. Destaca o referido autor que “o fato de o juiz simplesmente aplicar a lei é tido como uma combinação de atraso teórico (‘formalismo’) com o conservadorismo e a insensibilidade política”. Ocorre que o mesmo autor admite que a despolitização do direito do Estado não teve início com o ativismo judicial, mas “com as omissões dos demais poderes (Legislativo e Executivo), que ostentam sua legitimidade política e representatividade, sem se preocupar com os resultados concretos de sua atuação”³⁰.

Nessa mesma direção, acrescenta Barcellos que, quando a questão em jogo diz respeito ao controle jurídico de políticas públicas constitucionalmente consagradas, “não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico”³¹.

Tais assertivas concebem pontos de vista que, inegavelmente, revelam a intrincada complexidade do tema.

O processo de constitucionalização dos direitos ampliou as possibilidades de controle das políticas públicas pelo Judiciário, sendo insustentável, por incompatível com o atual Estado de Direito, o tradicional mito do juiz *montesquieuniano*, ao qual era dado o papel de mera *bouche de la loi*. Isso não

²⁹ DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 223 e 242.

³⁰ DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011, p. 223-224.

³¹ BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, p. 92, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

quer significar “a absorção do político pelo jurídico, mas o controle necessário do primeiro pelo segundo”³².

Além disso, com a constitucionalização do direito administrativo, as relações entre Administração e administrado passaram a ser regidas não somente pelos princípios específicos da Administração Pública, elencados no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, mas também por princípios de caráter geral, como a dignidade da pessoa humana³³ e demais preceitos fundamentais, a exemplo dos relacionados à atividade econômica do Estado.

Os cânones clássicos do direito administrativo, em especial os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, passaram a ser concebidos sob um diferente enfoque. Ou seja, passaram a ser compreendidos como princípios que vinculam a Administração Pública não somente à lei formal, mas ao Direito. Isso porque “a atividade administrativa passa a buscar seu fundamento de validade diretamente na Constituição, que também funciona como parâmetro de controle”³⁴.

O maior problema apresenta-se na prática da Administração Pública, quando esta é chamada a conjugar a difícil contraposição de questões, nas quais os princípios constitucionais da eficiência e da legalidade são invocados. Situações, como, por exemplo, nas licitações e contratos de grande repercussão econômica e financeira e, sobretudo, na concretização das ações estatais necessárias à realização de direitos fundamentais, como saúde e educação, para as quais a Constituição, nos arts. 198, § 2º e 212, *caput*, prevê patamares mínimos de cumprimento obrigatório.

No que diz respeito aos problemas relacionados à contratação de obras de elevado grau de complexidade, esclarece Nóbrega que as incompletudes contratuais decorrentes sobretudo dos altos custos intrínsecos dos procedimentos licitatórios constituem entraves que repercutem na prática contratual e na ineficiência do serviço público. Destaca, ainda, o referido

³² BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, p. 92, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

³³ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 45-56.

³⁴ BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 56.

autor que “há um permanente *tradoff* entre eficiência e legalidade e o quanto o sistema jurídico está preparado para lidar com esse dilema também é tema de grande repercussão prática”³⁵.

A situação hermenêutica descortina-se para o intérprete a partir de um determinado horizonte, entendido como “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”³⁶.

Em razão disso, interessa-nos, portanto, melhor compreender a situação hermenêutica subjacente à ideia de consequentialismo, concepção sedimentada na ética utilitarista e na filosofia pragmática.

2 CONTENÇÃO OU MAIOR SUBJETIVISMO JUDICIAL? O CONSEQUENCIALISMO E A APLICAÇÃO DO MÉTODO PRAGMÁTICO ÀS DECISÕES QUE TÊM POR OBJETO O CUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Objetivando conferir parâmetros hermenêuticos de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público, por meio da Lei nº 13.655/2018, o legislador brasileiro acrescentou novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dentre os quais destacamos o art. 20, expresso nos seguintes termos:

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

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

O referido texto legal é endereçado não só aos órgãos do Poder Judiciário, mas também aos operadores do Direito que atuam nas diversas esferas da

³⁵ NOBREGA, M. Análise econômica do direito administrativo. In: *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 404-405 e 416.

³⁶ GADAMER, H.-G. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 452.

Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e nos respectivos órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios.

Além de chamar atenção, no *caput* do art. 20, para as consequências práticas da decisão, em reforço, o legislador inseriu, no parágrafo único do referido dispositivo legal, uma diretriz, ao exigir dos operadores do Direito que, na motivação das suas decisões, sejam demonstradas a necessidade e a adequação da solução oferecida.

Ora, a “necessidade”, a “adequação” e a “proporcionalidade em sentido estrito” são os subprincípios do princípio da proporcionalidade, o qual se insere no rol dos princípios constitucionais implícitos, por extrair seu fundamento de validade do Estado de Direito³⁷ ou, até mesmo, da própria estrutura das normas jurídicas fundamentais³⁸.

A referência legal expressa às subespécies do princípio da proporcionalidade “necessidade” e “adequação” não visa a outra coisa senão ao propósito de abrandar a utilização “desmedida” de valores jurídicos abstratos, ou seja, de princípios, em prol de uma maior segurança jurídica.

Subjaz a ideia de que os operadores do Direito, ao fundamentarem as suas deliberações com base em “valores jurídicos abstratos”, promovam uma análise hermenêutica centrada na observação dos fatos, ou seja, nas circunstâncias práticas presentes no momento decisório. Busca-se, com isso, que a motivação dos órgãos decidores, necessariamente, espelhe as circunstâncias concretas, que, contingentemente, possam ter influenciado a prática do ato, ou melhor, a ação do agente público, evitando-se, assim, a prolatação de deliberações dissociadas da “realidade” do caso concreto, “com o conseqüente abandono da faticidade”³⁹.

A norma em destaque tem como objetivo, portanto, transmitir aos referidos órgãos judicial, administrativo e de controle a preocupação em

³⁷ BONAVIDES, P. O princípio da proporcionalidade e a Constituição de 1988. In: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 362-363.

³⁸ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 116-117.

³⁹ SAUSEN, D. *Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

assegurar a prevalência do valor “segurança” e conferir balizas interpretativas para a construção da norma do caso concreto.

Sabemos que a ausência de segurança jurídica se revela como fator de instabilidade não somente no Direito, mas também na economia, subsistemas sociais que inevitavelmente se entrelaçam, emergindo daí a inescapável preocupação do legislador brasileiro com o tema do argumento pragmático⁴⁰, que tem, no consequencialismo, expressiva manifestação.

Fenômeno ancorado na concepção filosófica, segundo a qual a compreensão do justo ou do injusto, do correto ou do incorreto, deve ser complementada por reflexões acerca das suas consequências⁴¹, o consequencialismo encontra-se igualmente atrelado às questões relacionadas à discricionariedade judicial e à possibilidade de absorção pelo direito das influências de outras áreas do conhecimento.

Na defesa da discricionariedade judicial, afirma Posner que “esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada ‘análise econômica do direito’”⁴². Campo de investigação, que teve como precursores Adam Smith e Jeremy Bentham, espalhando-se, contemporaneamente, por meio dos trabalhos acadêmicos de Guido Calabrese, Gary Becker, Ronald Coase e Richard Posner, que o descreve como “*a mode of analysis that must be taken seriously by anyone interested in understanding our still largely judge-made legal system*”⁴³. Ainda sobre a discricionariedade judicial, acrescenta Posner que

os juízes têm um duplo papel: interpretar as negociações de grupos de interesses incorporados à legislação e oferecer o serviço público básico da

⁴⁰ CASAGRANDE, N. dos S. A nova retórica: um olhar sobre a retórica clássica por Chaïm Perelman. In: CORRÊA, L. (org.). *Direito e argumentação*. Barueri: Manole, 2008. p. 61. Disponível em: file:///D:/CONSEQUENCIALISMO/Direito%20e%20Argumenta%C3%A7%C3%A3o%20-%20L%C3%AAdA%20Correa.pdf.

⁴¹ ANSCOMBE, G. E. M. Modern moral philosophy. *Philosophy*, v. 33, n. 124, p. 10 e 13, 1958. Disponível em: <https://www.pitt.edu/~mthomps/ readings/mmp.pdf>.

⁴² POSNER, R. A. *A economia da justiça*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. XII.

⁴³ POSNER, R. A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Law Review*, 281, v. 46, n. 2, p. 282 e 295, 1979. Disponível em: file:///D:/CONSEQUENCIALISMO/POSNER%20-%20Some%20Uses%20and%20Abuses%20of%20Economics%20in%20Law.pdf.

solução legítima de litígios. Eles desempenham este último papel não apenas ao decidirem casos de acordo com normas preexistentes, mas também – em especial no sistema jurídico anglo-americano – ao elaborarem essas normas. Eles moldam o *common law* a partir de práticas costumeiras, de ideias tomadas de empréstimo às leis e a outros sistemas jurídicos (por exemplo, ao direito romano), bem como de suas próprias concepções de políticas públicas.⁴⁴

O foco na análise das consequências práticas da decisão também revela traços latentes da lógica utilitarista, porque oportuniza uma orientação hermenêutica voltada à implementação de uma racionalidade prática, orientada segundo a estimativa de uma utilidade da ação. Trata-se de uma racionalidade que encontra fundamento na lógica do mercado e na eficiência, como critérios justificadores do Direito, cujo campo de investigação situa-se na interdisciplinariedade proposta pela análise econômica do Direito.

A “racionalidade finalística”, ao ter-se especificado sobretudo nos pensamentos econômico e político como *racionalidade estratégica*, foi a base e mesmo o princípio regulativo das “teorias racionais da decisão” (*rational choice theories*, teorias do *decision making*) ou teorias empírico-analíticas da decisão prática.⁴⁵

Pois bem. A base moral da teoria utilitarista assenta-se na ideia de que a ação correta, ou seja, a ação racional, é aquela que, ao potencializar o bem ou a utilidade, oportunize o resultado excelente, priorizando, assim, as consequências práticas da ação humana. Sob o viés político, a concepção utilitarista preconiza que a sociedade, por meio das suas instituições básicas, deve atuar em prol da concretização do princípio da máxima felicidade ou do bem-estar do maior número possível de pessoas⁴⁶.

⁴⁴ POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 477.

⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 37-39.

⁴⁶ RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 27.

Nessa direção, o pressuposto básico da análise econômica do Direito sedimenta-se na ideia de eficiência, ou seja, no entendimento segundo o qual “as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações”⁴⁷.

A análise econômica do Direito é apresentada por Posner sob duas vertentes: uma positiva e outra normativa. Sob o aspecto positivo, “o Direito pode ser mais bem compreendido em termos de maximização da riqueza e busca de benefícios [*rent-seeking*], a primeira sendo o domínio do *common law*, a segunda o do direito legislado”⁴⁸. Sob a perspectiva normativa ou prescritiva, a análise econômica do Direito objetiva “fazer com que o Direito se ajuste o máximo possível aos ditames da maximização da riqueza”⁴⁹, viabilizando, assim, condições mercantis favoráveis à liberdade e à segurança⁵⁰.

Com claros contornos ideológicos, as duas perspectivas convergem na direção da “eficiência”. Nesse sentido, tanto a perspectiva positiva quanto a normativa oportunizam críticas ao valor “eficiência” como critério único para aferir a justiça de um determinado sistema jurídico, e ao tecnicismo, que camufla os elementos de desigualdade e os conflitos do direito, conferindo “ao poder uma aparência de neutralidade”. Assim, “a capacidade de traduzir um problema em termos quantitativos o convertesse em uma questão puramente técnica, para cuja solução não é necessário para nada que intervenham juízos de valor”⁵¹.

Método de investigação do Direito o qual propõe que as decisões sejam avaliadas pelo exame de seus efeitos práticos, o consequencialismo jurídico constitui um dos mais conhecidos vieses do pragmatismo. Ou seja, por meio desse programa teórico, o Direito é analisado sob a perspectiva de sua aplicação, levando em conta a permanente articulação entre teoria e prática e desconsiderando conceitualismos e generalizações. Segundo MacCormick, a argumentação consequencialista

⁴⁷ Idem, ref. 39, p. 473.

⁴⁸ Idem, ref. 39, p. 486.

⁴⁹ POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 486.

⁵⁰ ATIENZA, M. *O sentido do direito*. São Paulo: Escolar, 2014. p. 139.

⁵¹ ATIENZA, M. *O sentido do direito*. São Paulo: Escolar, 2014. p. 138-139.

envolve a elaboração da deliberação universalizada necessária para a decisão em pauta, examinando seu significado prático pela ponderação dos tipos de decisão que ela exigirá na faixa de casos possíveis que cobrir e avaliando esses tipos de decisão como consequências da deliberação. Essa avaliação não usa uma escala única de valores mensuráveis [...]. Ela envolve critérios múltiplos, que deve incluir no mínimo “justiça”, “senso comum”, “política de interesse público” e “conveniência jurídica”.⁵²

Ocorre que, ao fundamentar decisões com base em suas consequências, o julgador “abre um flanco para requerimentos de prestação de contas, cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação”. Trata-se da dimensão descritiva dos juízos consequencialistas⁵³.

No que diz respeito ao componente normativo dos referidos juízos, regidos que são por critérios valorativos, exige-se não mais que sua “consistência interna” e eventual adequação às normas e práticas sociais recepcionadas como obrigatórias por determinada comunidade jurídica. Isso porque “os valores aos quais se refere a dimensão normativa dos juízos consequencialistas estão localizados quase sempre em um espaço no qual convivem, de forma não hierarquizada, diversas preferências ético-políticas”⁵⁴.

A hipercomplexidade das relações sociais repercute na gestão de políticas públicas, cuja concretização não se encontra necessariamente atada à *ratio* da legalidade, ou seja, à lógica do tudo ou nada, mas à interdisciplinariedade, isto é, a possibilidade de abertura cognitiva dos subsistemas sociais.

Por conseguinte, os impactos de natureza econômica e financeira das decisões que tenham por objeto solucionar problemas relacionados ao

⁵² MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 329.

⁵³ SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008, p. 131. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>.

⁵⁴ SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008, p. 132. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>.

cumprimento de políticas públicas repercutem no âmbito normativo dos juízos consequencialistas, os quais encontram, no espaço social da política, amplo campo de aplicação⁵⁵. Ao abrigo dessa perspectiva, dada a proibição do *non liquet*, o intérprete do Direito inclinar-se-á, invariavelmente, para uma concepção retórica do Direito, segundo a qual “o conhecimento é formado por acordos linguísticos, intersubjetivos, de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais, temporários, autorreferentes e assim passíveis de constante rompimentos”⁵⁶.

No processo de construção da norma do caso concreto, sob o viés retórico, a decisão é vista como a “própria linguagem, o meio de significações, contextual, em que vivem as sociedades humanas”, ou seja, “a descrição compreensiva dos eventos, a própria condição humana de significar por intermédio do discurso”⁵⁷, razão pela qual se submete à lógica jurídica, ganhando grande importância a demonstração da aceitabilidade das premissas⁵⁸.

Casos difíceis nem sempre encontram no silogismo clássico a necessária solução, dada a permanente possibilidade de “esgotar as normas sem que esgotemos nossa necessidade de decisões jurídicas”, tornando-se imperioso recorrer ao que MacCormick denomina “justificação de segunda ordem”, a qual pressupõe “escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro de um contexto específico de um sistema jurídico operante. Esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo”⁵⁹.

Ao criticar o pragmatismo jurídico, Dworkin propõe que “a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar em conta o impacto econômico de suas decisões”. Argumenta, ainda, “se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente”, ou “se

⁵⁵ SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008, p. 132. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>.

⁵⁶ ADEODATO, J. M. *Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 6.

⁵⁷ ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 332.

⁵⁸ PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 242.

⁵⁹ MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 127-128.

decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral⁶⁰.

Não obstante, quando o tema em debate se refere à concretização de políticas públicas, especialmente às relacionadas à educação e à saúde, considerações acerca dos impactos econômicos e financeiros poderão repercutir na eficiência da prestação do serviço público.

Ao chamar atenção para o problema da construção do direito com base em valores jurídicos abstratos e propor uma maior atenção às consequências práticas da decisão, o legislador brasileiro trouxe para o debate os óbices relacionados não somente ao tema do ativismo judicial, mas também, e com a mesma intensidade, aos entraves decorrentes do Direito sob a forma de legalismo. Isto é, do direito construído sob as vestes do estatismo⁶¹, que é o formalismo levado ao extremo, desconectado das circunstâncias práticas do caso concreto.

Modelar os efeitos práticos das decisões que tenham por objeto solucionar problemas relacionados ao cumprimento de políticas públicas, além de exigir do intérprete do Direito uma hermenêutica contrária ao legalismo, requer que ele construa a norma por meio de uma racionalidade não mecanicista, que leve em conta a necessária abertura do Direito aos demais subsistemas sociais. Referimo-nos a uma dialética que pressupõe a justificação não somente jurídica, mas também social, moral, econômica, política etc. Parte-se, assim, da compreensão de que o Direito tem uma função social a cumprir, o que pressupõe a sua aceitabilidade, e não a sua imposição.

Trata-se de medida vocacionada a potencializar o diálogo interdisciplinar, como instrumento consentâneo a viabilizar o cumprimento das exigências de segurança e eficiência na realização de direitos atrelados a políticas públicas constitucionalmente asseguradas. Esse diálogo, tão caro em um Estado Democrático de Direito, pressupõe um efetivo controle público da linguagem que, no âmbito das instituições estatais, conforme expressamente previsto no

⁶⁰ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 11.

⁶¹ SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 196.

caput do art. 20 da LINDB, encontra-se a cargo das instâncias administrativas, de controle e judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para melhor compreendermos a crise da legalidade, temos que perscrutar não somente as questões relacionadas ao fracasso da lei formal, enquanto projeto jurídico e político, mas também os problemas da legitimidade dos órgãos produtores de normas.

Com base nos valores ordem e segurança, nos séculos XVIII e XIX, as constituições escritas e as codificações conferiram *status* de autossuficiência formal ao Direito, reduzindo-o à lei e às formas positivas do Estado. Não obstante, após as traumáticas experiências da Segunda Guerra Mundial, sobreveio, na Europa Ocidental, uma mudança de paradigmas, com um relativo abandono do positivismo e a emergência da ideia de valor.

Em países como o Brasil, o fortalecimento da jurisdição constitucional, notadamente nos últimos dez anos, deflagrou uma nova etapa para o constitucionalismo. Em contrapartida, essas mudanças trouxeram consigo o fenômeno da judicialização, caracterizado pela penetração do Poder Judiciário no exame de questões não somente jurídicas, mas sociais, econômicas e, sobretudo, políticas, trazendo à tona o problema da legitimidade da função jurisdicional.

Nesse contexto, o anacronismo do juiz montesquieuniano revela-se insustentável frente à complexidade da sociedade contemporânea, especialmente quando o problema sob enfoque diz respeito ao controle das políticas públicas constitucionalmente asseguradas.

O grande desafio da Administração Pública tem sido conjugar padrões de eficiência e de legalidade na concretização das políticas públicas. Em razão disso, por meio da Lei nº 13.655/2018, o legislador brasileiro chamou atenção dos operadores do Direito, nas esferas administrativa, controladora e judicial, para uso desproporcional dos conceitos jurídicos abstratos e para as consequências práticas da decisão.

São entraves que dizem respeito não somente ao tema do ativismo, mas também às dificuldades decorrentes da construção da norma sob as vestes do legalismo, o qual obstaculiza a dinâmica de uma Administração comprometida

com a solução de fenômenos muito mais complexos, os quais transcendem o mero aspecto da legalidade.

A modelagem dos efeitos práticos das decisões que tenham por objeto o cumprimento de políticas públicas constitucionalmente asseguradas requer que a norma jurídica seja construída com base numa legalidade substancial. Por conseguinte, uma concepção consequencialista do fenômeno jurídico, a depender dos compromissos e impactos políticos circunstancialmente prevalentes, poderá oportunizar ao construtor da norma, ao contrapor-se aos parâmetros da estrita legalidade, rechaçar a exclusividade da lei como única fonte de criação do Direito.

Sob a inseparável perspectiva de teoria e prática, ampliam-se, assim, as possibilidades de construção da norma jurídica, não obstante o subjetivismo, oportunizando, em contrapartida, soluções que melhor espelhem as circunstâncias práticas do caso concreto. Trata-se de uma estratégia hermenêutica que pressupõe a necessária abertura do Direito aos demais subsistemas sociais, numa tentativa realista e factível de viabilizar as exigências constitucionais de segurança e eficiência no atual contexto social.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2007.

ADEODATO, J. M. *Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANSCOMBE, G. E. M. Modern Moral Philosophy. *Philosophy*, v. 33, n. 124, 1958. Disponível em: <https://www.pitt.edu/~mthomps/ readings/mmp.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2019.

ATIENZA, M. *O sentido do direito*. São Paulo: Escolar, 2014.

BARCELLOS, A. P. de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BARROSO, L. R. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, L. R. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. de A. (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, G. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BONAVIDES, P. O princípio da proporcionalidade e a Constituição de 1988. In: *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CASAGRANDE, N. dos S. A nova retórica: um olhar sobre a retórica clássica por Chaím Perelman. In: CORRÊA, L. (org.). *Direito e argumentação*. São Paulo: Manole, 2008. Disponível em: <file:///D:/CONSEQUENCIALISMO/Direito%20e%20Argumenta%C3%A7%C3%A3o%20-%20L%20C3%AAda%20Correa.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

CASTANHEIRA NEVES, A. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

COSTA, J. A. da. *Direito administrativo disciplinar*. Brasília: Brasília, 2004.

DIMOULIS, D. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JR., T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAZ, L.; GOUVEIA, J. B. Procedimento expropriatório e Administração Pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 113, 2016.

FERRAZ, L.; GOUVEIA, J. B. LINDB consagra controle consensual da Administração Pública. *Revista Consultor Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/interesse-publico-lindb-consagra-controle-consensual-administracao-publica?imprimir=1>. Acesso em: 24 jul. 2020.

GADAMER, H.-G. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARRARA, T. (org.). *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014.

NOBREGA, M. Análise econômica do direito administrativo. In: *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2018.

PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução: Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

POSNER, R. A. *Problemas de filosofia do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, R. A. *A economia da justiça*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, R. A. Some uses and abuses of economics in law. *University of Chicago Law Review* 281, v. 46, n. 2, 1979. Disponível em: <file:///D:/CONSEQUENCIALISMO/POSNER%20-%20Some%20Uses%20and%20Abuses%20of%20Economics%20in%20Law.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2020.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RIBEIRO JR., J. *O que é positivismo?* São Paulo: Brasiliense S.A., 1986.

SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

SAUSEN, D. *Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 3 jul. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531>.

SHINN, T. Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e a matriz de entrelaçamento. *Scientiae Studia*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 43-81, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662008000100003. Acesso em: 31 jul. 2019.

TEIXEIRA, J. P. A. Do positivismo ao pós-positivismo: notas sobre a recepção da principiologia no direito e seus efeitos no pensamento jurídico nacional. *In: GAVIÃO FILHO, A. P.; LEAL, R. G. (coord.). Coletânea do III Seminário Nacional Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, p. 71-80, 2017.

Submissão em: 24.05.2022

Avaliado em: 21.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.12.2022 (Avaliador B)

Aceito em: 27.12.2022