

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO**

VITÓRIA COSTA DAMASCENO

**REFORMA DA LINDB: CONSEQUENCIALISMO NO CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

**BRASÍLIA
2018**

VITÓRIA COSTA DAMASCENO

**REFORMA DA LINDB: CONSEQUENCIALISMO NO CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

BRASÍLIA
2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

VITÓRIA COSTA DAMASCENO

REFORMA DA LINDB: CONSEQUENCIALISMO NO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharela, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de novembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Membro)

Prof. Me. Daniel Vieira Bogéa Soares
(Membro)

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
(Suplente)

RESUMO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi recentemente modificada por meio da Lei nº 13.655/2018, que inseriu naquela dez artigos voltados à segurança jurídica no controle da Administração Pública. O presente trabalho tem como objetivo analisar se uma mudança em particular – a consideração das consequências para fins de tomada de decisão – representou a adoção de uma teoria consequencialista ou se, por outro lado, meramente reiterou o dever de fundamentação das decisões. Foram analisadas, nesta ordem, a própria Lei nº 13.655/2018, o consequencialismo como teoria de aplicação jurídica e, então, a eventual adoção deste por aquela, desde o seu processo de elaboração até as aplicações que de fato tem sido feitas.

Palavras-chave: LINDB. Consequencialismo. Pragmatismo. Controle da Administração Pública.

ABSTRACT

The Statute of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB) was recently modified by Law n. 13.655/2018, which inserted in it ten articles regarding legal certainty in the control over the Public Administration. The present work aims to analyze specifically whether one of the changes – to consider the consequences in order to make decisions – indicates the adoption of a consequentialist theory or, in the other hand, if it merely reinforces the duty to motivate decisions. The investigated aspects were, in this order, the Law n. 13.655/2018 itself, consequentialism as a theory to legal practice and, then, the potential adoption of the last by the first, since its editing process until the uses that are in fact occurring.

Keywords: “LINDB”. Consequentialism. Pragmatism. Control over public administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I. AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS NA LINDB PELA LEI Nº 13.655/2018	8
I.I A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO	9
I.II O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI Nº 13.655/2018	10
I.III RECEPÇÃO E CRÍTICAS.....	12
II. CONSEQUENCIALISMO E PRAGMATISMO.....	18
II.I PANORAMA GERAL E HISTÓRICO	19
II.II O PRAGMATISMO DE RICHARD A. POSNER.....	20
II.III PRAGMATISMO <i>VERSUS</i> CONSEQUENCIALISMO.....	23
II.IV A ESTRUTURA DO ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA.....	24
II.V CRÍTICAS E PREOCUPAÇÕES	24
III. CONSEQUENCIALISMO E A LEI Nº 13.655/2018.....	28
III.I OBJETIVO ORIGINAL DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB	28
III.II RECEPÇÃO DAS NOVAS DISPOSIÇÕES	32
III.II.I <i>RECEPÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE</i>	33
III.II.II <i>RECEPÇÃO PELA COMUNIDADE JURÍDICA</i>	36
III.III APLICAÇÕES DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LEI Nº 13.655/2018.....	40
III.III.I <i>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)</i>	40
III.III.II <i>TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)</i>	42
III.III.III <i>TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)</i>	43
III.III.IV <i>TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)</i>	44
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Para garantir que a Administração Pública cumpra com as suas finalidades e funcione da forma como deve, promovendo o interesse público, mecanismos de controle se fazem necessários. Nos últimos tempos, no entanto, foi observado por muitos a atuação crescente dos agentes encarregados por essa tarefa sem um aumento proporcional na segurança jurídica dos indivíduos controlados.

Com vistas a reverter esse quadro, ou pelo menos minimizá-lo, viu-se por bem acrescentar à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) diretrizes que buscam balizar a atuação dos controladores, estando entre essas a consideração das consequências práticas, jurídicas e administrativas para fins de tomada de decisão.

Trazer as consequências para o processo decisório, contudo, mostrou-se uma solução controversa, vez que levou muitos a relacionar o novo diploma legal ao consequencialismo, corrente de interpretação jurídica consistente no uso dos efeitos de uma decisão como critério para tomá-la ou não.

Por outro lado, é possível que a Lei nº 13.655/2018 – “nova LINDB”, Lei da Segurança Jurídica ou, ainda, Lei Anastasia –, que introduziu as referidas mudanças, tivesse apenas o intuito de reforçar ou qualificar o já existente dever de motivação das decisões judiciais e administrativas. Afinal, as consequências das decisões já estão, em alguma medida, englobadas pelo processo decisório tradicional.

O objetivo do presente trabalho, assim, foi buscar uma resposta acerca do que significou, de fato, a determinação, agora constante da LINDB, de se considerar as consequências no controle da Administração Pública.

Para isso, será, antes de mais nada, analisada a própria Lei nº 13.655/2018 e seu processo de elaboração, de modo a compreender em que conjuntura essa surgiu. Ressalta-se, desde já, que não se pretende aqui analisar o mérito da Lei em si, de modo que os dispositivos que não tratam especificamente das consequências, assim como as alterações que foram objeto de veto presidencial, serão mencionados eventualmente apenas a título de contextualização.

Em seguida, voltar-se-á o foco para o próprio consequencialismo, como teoria de interpretação e aplicação do direito. Nesse ponto, busca-se aferir o que de fato

tornaria consequencialista um processo decisório, à luz do pensamento de um autor específico – Richard A. Posner.

Finalmente, de posse de elementos sobre a nova lei e sobre a própria teoria consequencialista, analisar-se-á aquela sob a perspectiva desta, em três etapas: os objetivos originais de se inserir as disposições na LINDB, a interpretação dada a esses pelos órgãos de controle e pela comunidade jurídica e, na medida do possível, o uso que tem de fato sido feito dos mesmos.

Ao longo desse percurso, ainda, buscar-se-á expor as críticas e preocupações endereçadas à “nova LINDB” e ao consequencialismo, em oposição às virtudes e possibilidades trazidas por ambos.

Não se objetiva, por fim, determinar se foi ou não adequada a inserção, na LINDB, do dever de considerar as consequências no controle da Administração Pública. Busca-se, isso sim, oferecer subsídios acerca do real significado desse dever e, por conseguinte, propiciar uma reflexão fundamentada acerca de como esse pode ser utilizado para aprimorar o controle.

I. AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS NA LINDB PELA LEI Nº 13.655/2018

No dia 25 de abril de 2018, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 13.655/2018, que, nos termos de sua própria ementa, “inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (BRASIL, 2018).

Conforme trazido na justificativa que acompanhou o Projeto de Lei original – PLS 349/2015 –, a razão para incluir tais disposições seria o fato de que, nos últimos tempos, ter-se-ia observado grande progresso na legislação que disciplina o controle da Administração Pública, mas tal progresso teria, por outro lado, acarretado num correspondente regresso em termos de segurança jurídica (SENADO FEDERAL, 2015).

Entre as mudanças introduzidas, chama a atenção a determinação de se considerar, para fins de tomada de decisões, as consequências provenientes das mesmas. Nesse sentido, trazem os dois primeiros artigos do diploma (BRASIL, 2018):

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

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

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

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.”

Nos termos da justificativa do PLS 349/2015, essas novas normas “Consagram alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas” (art. 20), e “Disciplinam os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos” (atual art. 21, art. 26 no PLS). Foi trazido ainda, em Relatório Legislativo da Senadora Simone Tebet, de 9 de março de 2016, que esses artigos positivariam o “princípio da motivação concreta” (SENADO FEDERAL, 2015).

Tal preocupação com as consequências práticas das decisões levou, em mais de uma ocasião, à associação da “nova LINDB” com o consequencialismo, corrente de interpretação jurídica que será o objeto do capítulo seguinte e que se pauta pela seleção das melhores dentre as possíveis alternativas, sendo essa lógica aplicada à tomada de decisões.

Antes de analisar especificamente os referidos artigos e sua eventual relação com as teorias consequencialistas e pragmáticas, contudo, é importante estabelecer bem o contexto em que essas disposições surgiram, isto é, entender o que é o diploma legal em que estão inseridas e como se deu tal inserção, além de qual foi a resposta gerada por essa no meio jurídico brasileiro.

I.I A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

O Decreto-Lei nº 4.657/1942, modificado pela Lei nº 13.655/2018, foi editado, há mais de setenta anos, como “Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro”, contendo normas e orientações acerca de como se interpretar, integrar e aplicar toda

a lei brasileira, apesar do escopo mais restrito que constava de sua ementa (BRASIL, 1942).

O referido diploma substituiu a primeira Lei de Introdução ao Código Civil, elaborada por Clóvis Beviláqua em 1916, e contava originalmente com 19 artigos de “sobredireito”, sendo a primeira metade voltada à Teoria Geral do Direito e a segunda ao Direito Internacional Privado (RAMOS, GRAMSTRUP, 2016).

Em 2010, foi sancionada a Lei nº 12.376, que, apesar de não ter inserido qualquer mudança em termos de conteúdo, alterou a ementa do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que passou a ser conhecido como “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro” (“LINDB”) (BRASIL, 2010). É interessante notar que tal alteração, de acordo com os professores Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis, é sinal da perda da prevalência do direito privado sobre o direito público, que viria tomando cada vez mais espaço no mundo jurídico (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2016).

Para os fins deste trabalho, no entanto, as mudanças que de fato interessam são aquelas iniciadas a partir de 9 de junho de 2015, data em que o Senador Federal Antonio Anastasia, de Minas Gerais, protocolou o Projeto de Lei do Senado nº 349/2015 (PLS 349/2015), que foi então recebido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) (SENADO FEDERAL, 2015).

I.II O PROCESSO DE ELABORAÇÃO DA LEI Nº 13.655/2018

O Projeto que, quase três anos depois, daria origem à Lei nº 13.655/2018 foi elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, e objetivava inserir na LINDB “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público” (SENADO FEDERAL, 2015).

Apesar de sua história no Congresso Nacional ter iniciado em 2015, o “PL da Segurança Jurídica” (PALMA, 2018) tem raízes acadêmicas, tendo sido fruto de pesquisas desenvolvidas pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em conjunto com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP) (SENADO FEDERAL, 2015).

Juliana de Palma, professora da FGV Direito SP, explica que o Projeto de Lei resultou de uma série de pesquisas empíricas, conduzidas ao longo de anos em

diversas instituições em São Paulo, que evidenciaram uma “desarmonia institucional”, e uma conseqüente subversão da segurança jurídica. Assim, a proposta teria buscado adereçar três problemas do controle da Administração Pública: o uso de princípios e conceitos indeterminados, a insensibilidade às dificuldades vivenciadas pelos gestores e a ampla revisão das decisões de políticas públicas (PALMA, 2018).

Esse processo de pesquisa culminou na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, organizado por Sundfeld e publicado pela Editora Malheiros em 2013, que contribuiu para a proposição no Senado Federal, já em 2015, das mudanças na LINDB ora em análise (SENADO FEDERAL, 2015). Nas palavras de Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis, o direito público sentiria falta de uma Lei de Introdução (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2016).

Após tramitar por quase dois anos naquela casa legislativa, nos quais foram feitas algumas emendas ao texto original, o Projeto foi aprovado e enviado, em 19 de abril de 2017, à Câmara dos Deputados (SENADO FEDERAL, 2015).

Uma vez na Câmara, o PLS 349/2015 originou o Projeto de Lei nº 7.448/2017 (PL 7.448/2017), que foi designado à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Nos meses que se seguiram, foi oportunizada a apresentação de emendas, embora nenhuma tenha sido feita, e o Relator designado, Deputado Federal Paulo Abi-Ackel, também de Minas Gerais, apresentou em setembro parecer pela “constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação” do Projeto (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Houve, por fim, interposição de recurso pela Deputada Erika Kokay, do Distrito Federal, que foi, no entanto, retirado, de modo que, um ano após sua chegada à Câmara dos Deputados, o PL 7.448/2017 foi sancionado e transformado na Lei nº 13.655/2018, ora em análise (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Se no âmbito do Congresso Nacional, no entanto, o Projeto de Lei tramitou quase sem incidentes, fora dele gerou diversas controvérsias, especialmente a partir de seu envio à Câmara. Isso porque antes de sua decretação e posterior sanção pelo Presidente da República, uma série de instituições se manifestou contrariamente à proposta, emitindo pareceres e notas públicas a respeito.

I.III RECEPÇÃO E CRÍTICAS

O PLS 349/2015 e, posteriormente, o PL 7.448/2017 foram mal recebidos, de modo geral, por diversas instituições de controle, especialmente após seu envio à Câmara, e com maior intensidade conforme a proximidade de sua sanção.

Entre as críticas feitas, estiveram o enfraquecimento dos órgãos de controle e o aumento da impunidade, a ausência de diálogo com a sociedade civil e as demais instituições no processo de elaboração, a promoção da insegurança – em vez da segurança – jurídica, a impertinência das matérias tratadas pelo Projeto na LINDB e, de modo geral, a inconstitucionalidade de diversas das disposições que se pretendia inserir.

O primeiro órgão a emitir um posicionamento oficial acerca do Projeto de Lei foi o Tribunal de Contas da União (TCU), cuja Consultoria Jurídica disponibilizou análise preliminar assim que a proposta foi enviada do Senado para a Câmara, em abril de 2017. Na oportunidade, criticou-se cada um dos artigos propostos pelo PL 7.448/2017, apontando inconstitucionalidades em diversos desses e buscando resguardar as competências da Corte de Contas (TCU, 2017).

Em resposta a essas críticas, foi redigido parecer por um conjunto de juristas defensores do Projeto de Lei – entre os quais seus patronos, Sundfeld e Marques Neto –, que trouxeram, de modo geral, que a nova lei teria meramente o objetivo de consolidar “parâmetros de interpretação e aplicação do direito público bastante consensuais, que na prática já vêm sendo observados e adotados no cotidiano das esferas administrativa, controladora e judicial”, e que as críticas emitidas pelo Tribunal seriam resultantes de uma “leitura incorreta dos dispositivos” (MARQUES NETO et al, 2018).

O Tribunal teve mais uma chance de se manifestar, no entanto, antes da conversão do Projeto em lei – embora apenas cinco dias antes –, o que fez em processo de Acompanhamento instaurado especialmente para esse fim – TC 012.028/2018-5 (TCU, 2018-C). O novo parecer reiterou as críticas anteriormente feitas, rebatendo os argumentos dos juristas, e defendeu que “segurança jurídica, ineficiência e paralisia são problemas cujas soluções, ao que tudo indica, estão dentro

da própria Administração Pública e não nos órgãos de controle, nem muito menos no afastamento do controle" (TCU, 2018-B).

Ainda no circuito dos tribunais de contas, posicionaram-se contra o PL 7.448/2017: o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas (CNPGC), em conjunto com a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON); a Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil (ANTC), em parceria com a Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (AUD-TCU); a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), juntamente à Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (AUDICON); e o Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas.

O CNPGC e a AMPCON, inicialmente, defenderam a necessidade de veto parcial do projeto, sendo que os dispositivos propostos não teriam cabimento na LINDB, além de enfraquecerem o controle dos gestores públicos (CNPGC, AMPCON, 2018). A ANTC e a AUD-TCU, também, enfatizaram a limitação à atuação dos órgãos de controle que a nova lei traria, além da suposta ausência de diálogo em seu processo de elaboração (ANTC, AUD-TCU, 2018).

A ATRICON e a AUDICON fizeram em grande parte essas mesmas críticas, acrescentando que o PL 7.448/2017 fragilizaria o próprio direito, significando um "retrocesso no Estado Democrático de Direito brasileiro, premiando o casuísmo, a ineficiência e a impunidade" (ATRICON, AUDICON, 2018).

O Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas, por sua vez, criticou a utilização de conceitos amplos e abstratos pelo Projeto, além de afirmar que, caso sancionado, esse subverteria "toda a lógica e os elementos basilares do controle da administração pública, além de premiar a ineficiência dos gestores públicos." (Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas, 2018).

Saindo do âmbito dos tribunais de contas, manifestação de peso foi a do Ministério Público Federal (MPF), por meio da Nota Técnica Conjunta nº 1/2018, assinada por sete Subprocuradores-Gerais da República e encaminhada ao Supremo Tribunal Federal (STF) e à Presidência da República pela Procuradora-Geral (MPF, 2018-A).

O documento defendeu que o Projeto de Lei teria um efeito negativo sobre o sistema de controle, em especial em relação à responsabilização por improbidade administrativa, de modo que recomendou o veto integral da lei. Chamou a atenção, ainda, para o uso de termos abertos pelo próprio PL 7.448, o que traria excessiva margem interpretativa (MPF, 2018-A).

Observa-se, aqui, que mesmo após a sanção parcial do Projeto o MPF manteria suas críticas, tendo-as reiterado mediante ofício enviado em junho ao Presidente do Senado, que requereu a manutenção dos vetos realizados pela Presidência (MPF, 2018-B).

Por fim, opinaram ainda sobre o Projeto de Lei, em conjunto, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), por meio de ofícios ao Ministério da Justiça, à Presidência da República e à Casa Civil.

As organizações acima solicitaram o veto ao PL 7.448/2017, uma vez que esse teria, na realidade, um resultado oposto ao pretendido. Ressaltaram que a proposta iria “atingir, como corolário, a própria esfera de cidadania dos administrados”, e que, caso sancionada, a lei poderia servir como “claro reduto para a impunidade.” (ANAMATRA et al, 2018).

Uma série de críticas específicas foi feita também aos artigos 20 e 21, que determinam o dever de se considerar, no processo de tomada de decisão, as consequências práticas supervenientes e a necessidade e a adequação das medidas impostas, além do de indicar, no ato de decidir, as respectivas consequências jurídicas e administrativas.

As entidades mencionadas acima trouxeram, em relação a esses pontos, que não se poderia aceitar que os juízes passassem a considerar elementos além dos constantes nos autos, como as possíveis alternativas da decisão a se tomar, sob pena de se ferir a tradicional máxima de que “o que não está nos autos não está no mundo” (TCU, 2017).

Foi demonstrada, também, a preocupação de que as novas disposições trariam uma inversão do ônus da prova, sendo que esse caberia ao administrador, que conheceria melhor e, inclusive, estaria mais apto a confrontar as possíveis consequências das decisões que toma. Assim, o Projeto de Lei permitiria uma violação do dever constitucional de prestar contas (TCU, 2018-B).

Outro ponto levantado foi o de que o dever de se considerar todas as possíveis alternativas consistiria em um ônus excessivo ao julgador, o que acarretaria em ineficácia da presente norma (CNPGC, AMPCON, 2018; MPF, 2018-A).

Questionou-se, ainda, que, apesar de buscar evitar as decisões baseadas em conceitos abstratos, o próprio PL 7.448/2018 traria uma abertura excessiva, fazendo uso de valores jurídicos abstratos (MPF, 2018-A; ANAMATRA *et al*, 2018).

Além disso, foi feita crítica no sentido de que não caberia ao julgador determinar as consequências de sua decisão, e sim à própria lei (CNPGC, AMPCON, 2018; MPF, 2018-A), de modo que a tentativa de o fazer constituiria um indevido “exercício de futurologia” por parte do julgador (TCU, 2018-B).

Em relação aos elementos disponíveis aos tomadores de decisão, alegou-se que permitir a esse que considerasse parâmetros subjetivos – no caso, ao avaliar as possíveis consequências – violaria o princípio da legalidade (Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas, 2018), e ainda que toda lide pressuporia, sempre, uma cognição parcial dos fatos em julgamento (ATRICON, AUDICON, 2018).

Em contraponto a esses argumentos, o parecer dos juristas mencionado anteriormente, feito em resposta aos comentários preliminares da Consultoria Jurídica do TCU, trouxe que as normas inseridas teriam como finalidade consolidar a responsabilidade do juiz ao decidir, vedando “motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos” (MARQUES NETO *et al*, 2018).

Além disso, o artigo 20 consistiria em “clara aplicação do conhecido princípio da proporcionalidade, que exige ao tomador de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito” (MARQUES NETO *et al*, 2018).

Novamente, conforme mencionado acima, a Consultoria Jurídica do TCU respondeu a tal parecer com um novo documento, sendo que, especificamente em

relação ao papel das consequências no processo de tomada de decisão, foram trazidas considerações interessantes, emitidas inicialmente por Fernando Leal em relação ao PLS 345/2015 (TCU, 2018-B; LEAL, 2016):

Trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incerteza. O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. Em tese, o que o PL sugere é que tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. Como torná-las confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?

O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. No caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 26), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação das suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais o PL pretende, no fundo, lidar. Finalmente, o projeto de lei não apresenta qualquer proposta para domesticar as incertezas que possam eclodir quando diferentes critérios de valoração de estados do mundo podem sustentar decisões opostas para o mesmo caso."

Percebe-se, assim, que entidades relacionadas aos órgãos de controle brasileiros manifestaram, antes da edição da Lei nº 13.655/2018, uma série de ressalvas acerca das normas introduzidas por essa, inclusive acerca das que tratam do uso de consequências no processo de tomada de decisão – objeto do presente trabalho.

Não foi só no nível institucional, no entanto, que o PL 7.448/2017 gerou controvérsias – posições contrárias e favoráveis à sua aprovação foram proferidas também por indivíduos provenientes das mais diversas carreiras, especialmente nos dias que antecederam a sanção do Projeto.

Nicolao Dino, Subprocurador-Geral da República, apontou que a proposta seria inconstitucional por impedir o uso de princípios. Trouxe que as decisões proferidas em sede de controle já considerariam a realidade prática, sendo que aprovar o PL 7.448/2017 poderia propiciar a preponderância do pragmatismo sobre a juridicidade (DINO, 2018).

De modo semelhante, Janaína Penalva – professora da Universidade de Brasília (UnB) – e Adriene Domingues defenderam que o PL 7.448/2017 tiraria o foco interpretativo dos princípios e o transferiria, indevidamente, às consequências das decisões, de modo que, ainda que se aumentasse a segurança jurídica, esse aumento poderia vir às custas dos direitos fundamentais (PENALVA, DOMINGUES, 2018).

Élida Graziane Pinto, Ingo Wolfgang Sarlet e Jessé Torres Pereira Junior – Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo e desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – afirmaram que a proposta, se aprovada, desequilibraria os custos e riscos da escolha pública, pois ampliaria a esfera de atuação do Executivo sem um correspondente aumento no lastro legal que deveria orientar as ações desse poder. Assim, o Projeto de Lei mitigaria os controles preventivo e concomitante numa tentativa de distribuir o ônus das decisões de política pública (PINTO, SARLET, PEREIRA JUNIOR, 2018).

Já Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador do Ministério Público junto ao TCU, manifestou que, ainda que houvesse um problema de insegurança jurídica, o PL 7.448/2017 não seria um remédio adequado. Criticou, na oportunidade, a falta de devido processo legislativo substantivo na elaboração da proposta, além de apontar que essa condiria com interesses privados – e não com públicos –, que protegeria atos e contratos celebrados de forma irregular, fomentando a impunidade, e que, de modo geral, inviabilizaria o controle (OLIVEIRA, 2018).

Por outro lado, Marçal Justen Filho e Maurício Portugal Ribeiro, advogados, defenderam a aprovação do Projeto de Lei, buscando afastar as críticas feitas à proposta e manifestando a importância que essa teria para o direito brasileiro (JUSTEN FILHO, 2018; RIBEIRO, 2018).

Também a favor do Projeto de Lei, Marco Aurélio de Barcelos Silva – professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – afirmou que esse fomentaria a empatia, dosando a atuação dos órgãos de controle (SILVA, 2018).

Todos esses posicionamentos divergentes puderam ser bem observados, ainda, em Diálogo Público promovido pelo TCU dois dias antes da sanção da Lei nº 13.655/2018. O evento contou com autoridades representantes de diversos órgãos, sendo que o Projeto de Lei e seu processo de tramitação foram criticados por membros do próprio Tribunal, da Procuradoria-Geral da República (PGR), da Controladoria-Geral da União (CGU), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Procuradoria da República em Campinas (TCU, 2018-D).

A proposta foi defendida, por outro lado, pelo doutrinador Marçal Justen Filho e por Francisco Gaetani, Presidente da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), enquanto a Advocacia-Geral da União trouxe posicionamento inconclusivo, pois ainda estaria avaliando os dispositivos (TCU, 2018-D).

Por fim, apesar das muitas objeções feitas, a nova LINDB foi sancionada e promulgada com vetos parciais – nenhum dos quais relativo aos artigos 20 ou 21 –, entrando, em sua maior parte, imediatamente em vigor. A sanção da lei, no entanto, não elidiu completamente as dúvidas existentes sobre ela, de modo que, se por um lado os novos dispositivos foram tidos como soluções promissoras para o controle da Administração Pública, por outro foram vistos com temor, pelo risco que poderiam significar para esse.

Nesse contexto, questiona-se se, ao determinar, por meio de seus artigos 20 e 21, a necessária consideração das consequências como parâmetros para tomada de decisões, a Lei nº 13.655/2018 teria adotado o consequencialismo como teoria interpretativa para o controle da Administração Pública, ou se, por outro lado, esses dispositivos meramente reforçariam e qualificariam o já existente dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas.

Antes de buscar responder tal pergunta, no entanto, é preciso entender no que consiste a referida teoria consequencialista, o que se objetiva com o capítulo seguinte.

II. CONSEQUENCIALISMO E PRAGMATISMO

Defender a consideração de consequências para o fim de tomada de decisões jurídicas é, na maioria dos casos, convidar o imediato enquadramento de tal postura

como consequencialista. Observa-se, no entanto, que essa associação automática pode levar a equívocos.

Nesse sentido, são eloquentes as palavras de Fernando Leal e José Vicente Santos de Mendonça (LEAL, MENDONÇA, 2016, p. 8):

O consequencialismo é um dos grandes assuntos do direito público contemporâneo. Por muito que se fale, há risco da consolidação de platitudes irrefletidas; de se estabelecer mais um mantra, mais um rótulo vazio para a pseudoerudição que tanto influencia o direito brasileiro.

Inicialmente, não se pode perder de vista que a interpretação, no campo do direito, está intrinsecamente ligada à ponderação de consequências, nem que sejam apenas as próprias consequências jurídicas. Enquanto isso, o consequencialismo é uma corrente doutrinária com premissas específicas, que devem ser compreendidas antes que se consolide qualquer classificação.

É preciso indagar, por exemplo, qual é a relação, se é que há uma, entre as teorias consequencialistas e pragmáticas, e também se há apenas uma linha de pensamento que pode ser identificada sob cada um desses títulos.

II.I PANORAMA GERAL E HISTÓRICO

Numa perspectiva histórica, geralmente se remete a origem da tradição pragmatista a Charles Sanders Peirce (POSNER, 2007), filósofo norte-americano que, por volta da transição do século XIX para o século XX, introduziu o conceito de que o significado de determinado objeto estaria completamente compreendido em suas consequências (HARTHSTONE, WEISS, 1974).

O pragmatismo filosófico teve então continuidade com nomes como William James, John Dewey, George Mead e F. S. C. Schiller, que tiveram grande influência no realismo jurídico. Com o advento da Segunda Guerra Mundial, no entanto, ambas as correntes perderam espaço, substituídas pelo positivismo lógico, pela filosofia analítica e pelo *establishment* jurídico (POSNER, 2007).

Foi a partir da década de 1960, apenas, com o subsequente declínio dessas correntes, que o pensamento pragmático voltou a ascender, manifestando-se com

Richard Rorty, com os Estudos Jurídicos Críticos e, finalmente, com os neopragmatistas (POSNER, 2007).

Num quadro mais amplo, no entanto, percebe-se que as teorias pragmatistas e consequencialistas se inserem no debate entre uma visão científica do mundo e outra romântica, isto é, entre o entendimento de que há uma única verdade a ser buscada, acessível à razão, e o de que a verdade é relativa, sujeita às interferências do ser humano (POSNER, 2007).

Para Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, o pragmatismo, na realidade, seria um rótulo genérico sob o qual se reuniriam diversas posições, sendo que de modo geral não seria mais que bom senso, além de não ter uma base filosófica relevante (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Independentemente do mérito desse entendimento, entre essas diversas posições encontra-se a que se escolheu para pautar o presente trabalho, de modo que é fundamental analisá-la mais a fundo: o pragmatismo de Richard A. Posner.

II.II O PRAGMATISMO DE RICHARD A. POSNER

Definir o pragmatismo conforme a teoria de Posner apresenta certo desafio, uma vez que o próprio autor, em mais de uma ocasião, ressaltou a dificuldade de traçar tal definição. Segundo o jurista, inicialmente, o termo “pragmatismo” conteria mais de um significado, além de ser mais uma tradição e uma atitude do que uma doutrina propriamente dita (POSNER, 2003).

De modo geral, Posner traz uma versão de pragmatismo consistente na consideração, para fins de tomada de decisão, das consequências das possíveis alternativas, sendo esse não um critério supletivo ou de desempate, mas uma das ponderações dentre outras a serem feitas (POSNER, 2003).

É interessante notar, contudo, que, antes de se dedicar ao desenvolvimento de sua teoria pragmática, Posner trabalhou com o critério da eficiência aplicado ao direito. Inicialmente, o autor buscou descrever o funcionamento do meio jurídico como um “mercado implícito”, a partir da aplicação da teoria microeconômica ao direito, sendo que as ações de cada agente seriam governadas pela maximização de valor, de riqueza ou de eficiência (SALAMA, 2012).

De uma mera descrição, tal teoria passou a fundamento ético, de modo que Posner passou a igualar eficiência e justiça, numa tentativa de unir o utilitarismo e o que chamou, à época, de “kantismo”. A teoria de justiça efficientista – como ficou conhecida –, no entanto, foi duramente criticada, o que levou o autor a reconsiderar sua posição (SALAMA, 2012).

Foi aí, então, que Posner se voltou com mais força para sua teoria pragmática, ou consequencialista (SALAMA, 2012). Para o autor, as demais correntes jurídicas se mostrariam insuficientes ou inadequadas, de modo que seria necessário romper com as formas de interpretação existentes e substituí-las por uma abordagem mais próxima à realidade (POSNER, 2007).

Em relação ao formalismo, inicialmente, que se preocupa com a racionalização do direito através da autonomia do raciocínio jurídico e da objetividade, Posner traz que esse teria um papel construtivo limitado. Assim, uma visão formalista do direito não seria capaz de, por si só, dar respostas convincentes a questões complicadas – para o autor, do ponto de vista do juiz, as regras jurídicas se assemelhariam “mais a diretrizes ou práticas do que a ordens” (POSNER, 2007, p. 608).

A hermenêutica, também, doutrina que trata as normas jurídicas como tentativas de comunicação, é cogitada por Posner como método de aplicação do direito. Ele entende, contudo, que essa teoria é igualmente insuficiente, pois com frequência “os canais de comunicação vêm-se obstruídos, e quando isso acontece o conceito de interpretação torna-se excessivamente vago e impreciso para disciplinar a investigação jurídica” (POSNER, 2007, p. 611).

O autor se volta ainda aos princípios, foco do neoconstitucionalismo, ponderando contudo que, numa sociedade moralmente heterogênea, não seriam uma ferramenta adequada para fornecer respostas claras a questões complexas (POSNER, 2007).

Posner conclui, assim, que não se poderia falar em um ‘raciocínio jurídico’, em uma única resposta correta, ou mesmo em um conceito aplicável de justiça, sendo que compreender essas barreiras seria uma das bases do pragmatismo (POSNER, 2007, p. 621):

(...) o pragmatismo significa olhar para os problemas concretamente, experimentalmente, sem ilusões, com plena consciência das limitações da razão humana, como consciência do “caráter local” do conhecimento

humano, da dificuldade das traduções entre culturas, da alcançabilidade da “verdade”, da conseqüente importância de manter abertos diferentes caminhos de investigação, do fato de esta última depender da cultura e das instituições sociais e, acima de tudo, da insistência em que o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instrumentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos.

Dessa forma, o pragmatismo posneriano traz a visão do direito como uma atividade, como algo funcional, sendo que as mudanças no âmbito jurídico muitas vezes não se dariam de forma racional ou lógica. Apesar disso, contudo, o direito viria se prendendo aos próprios dogmas, enquanto poderia se beneficiar substancialmente de uma maior interação com as demais áreas do conhecimento (POSNER, 2007).

Para o jurista, o pragmatista deveria substituir as abstrações, os princípios fixos, os sistemas fechados e os supostos absolutos por concretude, por fatos, e por ação (POSNER, 2003).

Arguelhes e Leal definem o pragmatismo de Posner por três elementos básicos: (i) os juízes devem decidir considerando as melhores conseqüências sistêmicas, isto é, as melhores conseqüências para o sistema judicial como um todo no longo prazo, e não, simplesmente, os melhores resultados imediatos, para aquele caso concreto; (ii) o foco do pragmatismo jurídico é necessariamente o futuro, só se voltando ao passado na medida em que isso permite adotar boas soluções para o caso concreto; e (iii) o pragmatismo jurídico determina uma postura empiricista, evitando discussões abstratas que não tenham relevância prática (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Os autores ressaltam, ainda, que Posner diferencia o pragmatismo filosófico do *pragmatist mood*, tendo em vista que o pragmatismo é mais que a mera aplicação da filosofia pragmática à atividade jurisdicional¹ (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Dessa forma, para Posner, a insuficiência do formalismo estrito, assim como a da hermenêutica e a das demais correntes interpretativas, faz necessária uma abordagem pragmática do direito, levando em conta que esse é uma prática social, no âmbito de uma sociedade heterogênea. No entendimento do autor, não haveria “verdade”, assim como não haveria uma resposta correta, sendo que na realidade dever-se-ia buscar a melhor dentre as alternativas existentes, considerando, entre

¹ Arguelhes e Leal explicam que o pragmatismo filosófico clássico seria uma concepção baseada em três fundamentos: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. Essa corrente traria um programa de trabalho, isto é, um método, mas não uma solução, sendo que o pragmatismo jurídico, por sua vez, seria independente dessas teses (ARGUELHES, LEAL, 2009, p. 176).

outros elementos, suas consequências sistêmicas e mantendo sempre aberta a possibilidade de mudar de entendimento (POSNER, 2007).

II.III PRAGMATISMO *VERSUS* CONSEQUENCIALISMO

Não se ignora que até o momento, contudo, falou-se pouco em “consequencialismo”, objeto de estudo inicial desse trabalho, e mais em “pragmatismo”, que é o termo utilizado por Posner para apresentar sua teoria. Indagou-se, assim, no decorrer desse estudo, qual seria a relação entre as duas correntes de pensamento, se é que são de fato duas, de modo que é importante nesse momento traçar um paralelo entre elas.

Nesse ponto, observa-se que ou não há uma diferença prática entre pragmatismo e consequencialismo ou há uma confusão teórica ampla na doutrina a respeito desses conceitos, de forma que o trabalho de os separar se reveste de pouca relevância.

O próprio Richard A. Posner expõe que o pragmatismo não engloba apenas aqueles que se consideram “pragmatistas”, e sim um grande rol de doutrinas que dão importância ao mundo empírico. Nas palavras do autor, “estamos lidando com uma tradição de enorme diversidade, e não com uma escola de pensamento única e coerente” (POSNER, 2007, p. 621).

Enquanto há aqueles, como Fábio Martins de Andrade, que usam indistintamente um termo ou outro, referindo-se à tomada de decisões pautada em consequências (ANDRADE, 2011), há outros, como Luis Fernando Schuartz e mesmo Posner, que parecem entender o consequencialismo como parte do pragmatismo – enquanto aquele seria toda e qualquer teoria que oriente a tomada de decisão com base na valoração de suas consequências, este seria uma postura mais ampla de persecução de interesses sociais, independentemente da dogmática ou de formas mais tradicionais de argumentação (POSNER, 2007; SCHUARTZ, 2011).

Além disso, a teoria consequencialista em si não encerraria apenas uma forma de pensamento. Schuartz explica que haveria pelo menos quatro diferentes níveis de consequencialismo, graduados a partir da hierarquia e da independência do critério

das consequências para ponderar a adequação jurídica das decisões (SCHUARTZ, 2011).

Seja qual for o caso, para os fins deste trabalho optou-se por considerar sinônimos o pragmatismo e o consequencialismo, uma vez que esse é, no mínimo, uma das facetas daquele. Assim, entende-se que ambos determinam a mesma atitude geral em relação ao direito, baseada em adotar determinadas decisões tendo em vista suas consequências, quando comparadas às das demais decisões disponíveis – o que é comumente referido como “consequencialismo” não é diferente, em substância, do pragmatismo posneriano.

II.IV A ESTRUTURA DO ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA

É produtivo, nesse momento, tendo definido o conceito de consequencialismo pertinente a esse trabalho, explicitar brevemente a estrutura do argumento consequencialista.

De modo geral, tal argumento possui uma estrutura dual, isto é, é formado por duas etapas, ou duas dimensões: uma dimensão descritiva e outra normativa (SCHUARTS, 2011). Assim, é preciso primeiro identificar e individualizar todas as decisões possíveis, assim como as consequências relacionadas a cada uma, para então valorá-las e classificá-las, elegendo a mais desejável (ARGUELHES, LEAL, 2009).

II.V CRÍTICAS E PREOCUPAÇÕES

Fundamentar a tomada de decisões a partir das consequências, no entanto, não é uma postura incontroversa ou amplamente aceita – muito pelo contrário, a teoria consequencialista suscita amplas críticas e preocupações, especialmente no sentido de sua operacionalidade.

Schultz, inicialmente, explica que, considerando as duas dimensões que formam os juízos consequencialistas, da dimensão normativa não se poderia exigir uma pretensão de validade universal, e sim, somente, a consistência interna de seus critérios de ordenação das consequências, ou ainda, no máximo, uma

compatibilização externa dessas com normas e práticas aceitas. Superada essa etapa, no entanto, qualquer escolha remanescente se daria no campo da política (SCHUARTZ, 2011).

O autor enumera ainda as críticas existentes ao consequencialismo na academia, com foco para o argumento dos “efeitos perversos” e para o argumento epistemológico (SCHUARTZ, 2011).

O argumento dos “efeitos perversos”, primeiramente, utilizaria ele mesmo uma lógica consequencialista, alegando que, a partir da decisão tomada, poder-se-ia promover justamente o estado de coisas oposto ao desejado. Enquanto isso, o argumento epistemológico, puramente negativo, consistiria em desconfiar da “capacidade do decisor de prestar contas acerca das razões que justificam a parte consequencialista da decisão” (SCHUARTZ, p. 390), ou seja, em criticar os limites cognitivos do julgador (SCHUARTZ, 2011).

Neil MacCormick, por exemplo, ao desenvolver sua teoria da argumentação jurídica, faz uma ressalva de cunho epistemológico ao uso de argumentos pautados em consequências: “Nós simplesmente não podemos especular sobre todas as coisas que irão ou poderão eventualmente ocorrer se as pessoas reagirem de uma forma ou de outra a uma nova decisão” (MACCORMICK, 2008, p. 149).

Tendo em vista esses argumentos, Schuartz busca formas de operacionalizar o uso de argumentos consequencialistas, entendendo que, para haver racionalidade jurídica, deveria haver critérios de adequação especificamente para as partes consequencialistas das decisões (SCHUARTZ, 2011).

Para o autor, esses critérios passariam por dois pontos: (i) ter um objetivo compartilhável, que permita valorar adequadamente as consequências, e (ii) colocar a dogmática jurídica como elemento central, para determinar as relações entre as possíveis decisões e suas consequências. Para ele, “Na falta de disciplina discursiva imposta pela dogmática jurídica, virtualmente qualquer coisa é aproveitável como premissa em um argumento destinado a bancar uma decisão judicial” (SCHUARTZ, 2011, p. 402), o que logicamente ocasionaria certa insegurança jurídica.

Haveria, contudo, uma tensão entre o consequencialismo e a dogmática jurídica, sendo que diante desse conflito, conforme conclui Schuartz, a melhor opção

seria assegurar a objetividade e a previsibilidade das decisões, ainda que isso venha às custas das próprias consequências (SCHUARTZ, 2011).

O autor traz, ainda, três tipos ideais de consequencialismo que seriam observáveis na realidade brasileira – consequencialismos “festivo”, “militante” e “malandro”, em cujos conceitos não cabe aprofundar neste trabalho –, defendendo, contudo, que, embora esses perfis não sejam essencialmente negativos, deveriam ser tidos com uma presunção de ilegitimidade. Entende, portanto, que o consequencialismo não disporia, de modo geral, de elementos suficientes de racionalidade e objetividade que o fundamentassem (SCHUARTZ, 2011).

Outro que manifesta preocupações acerca do uso de argumentos consequencialistas é Fábio Martins de Andrade. O autor entende, de modo geral, que esses são argumentos perfeitamente adequados à tomada de decisão política, mas que, por outro lado, jamais deveriam ser utilizados de maneira isolada na seara judicial, e mesmo quando fossem considerados isso deveria ser feito de forma explícita, corroborando argumentos jurídicos e tendo por base a Constituição. (ANDRADE, 2011).

Andrade expõe que o Judiciário, atualmente, acaba suprimindo de forma política um déficit do Legislativo, mas que essa não seria uma situação adequada, sob risco de aquele passar a ser uma “segunda instância do governo” (ANDRADE, 2011).

O problema, no caso, é que a tomada de decisões no âmbito jurídico e no âmbito político seriam intrinsecamente diferentes, com diferentes lógicas, diferentes focos temporais e diferentes objetos. Assim, enquanto a decisão judicial é pautada na vinculatividade, volta-se para o passado e tem por base casos concretos e específicos, a política passa por juízos de oportunidade e conveniência, volta-se para o futuro e é dotada de abstração e generalidade (ANDRADE, 2011).

Andrade conclui, assim, que na seara judicial é necessário que os argumentos predominantes sejam jurídicos, sob pena de ilegitimidade da decisão tomada. A partir desse entendimento, o autor desenvolve um método para utilizar o argumento pragmático ou consequencialista, consistente em (i) não o utilizar isoladamente e (ii) aplicá-lo sempre de forma explícita, fundamentando-o na Constituição, jamais de modo implícito ou dissimulado (ANDRADE, 2011).

Arguelhes e Leal, também, manifestaram críticas em relação ao pragmatismo. Para os autores, embora as consequências sejam importantes no processo de tomada de decisão, essa corrente interpretativa fracassaria inteiramente como estratégia decisória de primeira-ordem, isto é, como método de decisão em casos concretos, de modo que o compromisso com as consequências deveria ocorrer no nível da meta-teoria (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Assim, entendem que, embora o consequencialismo se mostre como uma teoria inviável para tomar decisões caso a caso (de primeira-ordem), seria adequado para decidir sobre como decidir (decisões de segunda-ordem), podendo, inclusive, justificar a adoção de teorias formalistas. Isso seria possível, segundo os autores, porque o formalismo seria a teoria capaz de garantir a maior estabilidade possível ao sistema jurídico, sendo essa uma consequência social e normativamente desejável (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Arguelhes e Leal problematizam ainda o consequencialismo na medida em que sua adoção implicaria em altos custos de decisão e de erro, o que reforçaria sua inadequação para decidir caso a caso. Isso ocorreria porque juízos prospectivos complexos ocasionariam um elevado grau de incerteza, sendo que seria inviável nos casos concretos buscar sempre a melhor solução possível (ARGUELHES, LEAL, 2009).

Outra crítica passível de ser feita, por fim, considerando a etapa eficientista da obra de Posner – que à sua própria maneira pautava a tomada de decisões nas consequências advindas dessas –, é que, se um julgamento se restringe ao critério das consequências, surge o risco de se produzir mais injustiça (SALAMA, 2012).

Não se pode perder de vista, no entanto, que o pragmatismo aqui considerado – isto é, aquele desenvolvido por Richard A. Posner – não pressupõe a consideração isolada das consequências das decisões, e sim a necessidade de fazê-la como parte de um entendimento de que o direito é uma prática social, no âmbito de uma sociedade heterogênea, de modo que certa interdisciplinaridade seria recomendada (POSNER, 2007).

De todo modo, apesar das diversas críticas e ressalvas no que tange à utilização das consequências como critério de tomada de decisão, como bem coloca Schuartz “a renúncia à correspondente atitude é normativamente questionável e

praticamente inviável”, uma vez que “Por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, decisões judiciais têm consequências, reconhecidamente” (SCHUARTZ, p. 396).

Assim, feitas essas ponderações, é possível novamente voltar o foco para a Lei nº 13.655/2018 e, nesse cenário, indagar o que significam, para o meio jurídico brasileiro, as novas determinações, contidas no diploma, de se considerar as consequências práticas, jurídicas e administrativas para fins de tomada de decisões.

III. CONSEQUENCIALISMO E A LEI Nº 13.655/2018

Uma vez compreendido o panorama geral relativo à Lei nº 13.655/2018 e estabelecido um conceito de consequencialismo, é possível voltar o foco para o problema central desse trabalho e analisar se houve, de fato, a adoção de uma teoria consequencialista ou pragmática por meio das mudanças introduzidas na LINDB.

Para buscar responder a essa pergunta, será feito um exame em três etapas: (i) quais foram as intenções do Congresso Nacional e dos juristas que idealizaram a nova lei ao determinar a consideração, na tomada de decisões, de consequências práticas; (ii) o que compreenderam os órgãos oficiais e a sociedade civil nesse aspecto, antes e depois da publicação da lei; e (iii) como as disposições em questão de fato têm sido aplicadas pelos principais tribunais do país.

III.I OBJETIVO ORIGINAL DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB

Conforme tratado no primeiro capítulo, o Projeto de Lei que daria origem à Lei nº 13.655/2018 foi elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, tendo sido apresentado pelo Senador Antonio Anastasia em 2015 (SENADO FEDERAL, 2015).

Assim, a fim de compreender qual foi o objetivo original de se determinar a consideração de consequências práticas, jurídicas e administrativas no processo decisório, buscou-se, antes de mais nada, a Justificativa do PLS 349/2015 (SENADO FEDERAL, 2015).

Da leitura do documento, extrai-se que o Projeto de Lei buscou adereçar, especificamente com os artigos 20 e 21 (originalmente 20 e 26), os seguintes problemas (SENADO FEDERAL, 2015):

- O alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- A relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;
- A tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;

Nesse ensejo, a finalidade das referidas disposições restou exposta conforme abaixo (SENADO FEDERAL, 2015):

- Consagram alguns novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21);
- Disciplinam os efeitos da invalidação de atos em geral, para torná-los mais justos (art. 26);

Da mera leitura do PLS 349/2015, portanto, não é possível aferir com certeza o que se objetivava com o acréscimo dos artigos 20 e 21 à LINDB, e sim, apenas, que ambas as disposições foram tentativas de lidar com a indeterminação, com a incerteza e com a superficialidade no controle da Administração Pública. Para determinar, no entanto, se o remédio escolhido foi o consequencialismo ou simplesmente um reforço ao dever de fundamentação, é preciso buscar outras fontes.

Em 2016, Sundfeld, em conjunto com o também professor da FGV Direito SP Guilherme Jardim Jurksaitis, lançou artigo no qual discorreu acerca do Projeto de Lei que então tramitava no Senado. Na oportunidade, trouxe que o PLS propunha uma solução à crítica de que os controladores estariam assumindo o papel de gestores públicos, tomando decisões de efeitos concretos com base em valores jurídicos abstratos (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2016).

Tendo isso como base, os autores defenderam o seguinte (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2016):

Não basta dizer qual é o direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas (art. 20 da Lei de Introdução, na redação do Projeto de Lei).

Parte-se, assim, da ideia de que, já que estariam tomando decisões de gestores, os controladores deveriam respeitar os mesmos parâmetros que aqueles respeitam, inclusive considerando e expondo as possíveis alternativas (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2016).

Nesse ponto, já se vê um posicionamento de cunho consequencialista ou pragmático, que inclusive engloba uma etapa descritiva e outra normativa. Observa-se, contudo, que esse vem inserido numa regra maior de motivar adequadamente as decisões tomadas, não parecendo ser o objetivo primário o de pautar as escolhas por suas consequências.

De volta ao âmbito do Congresso Nacional, o Voto proferido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) em relação ao PLS 349/2015, em 15 de setembro de 2017, é bastante elucidativo em termos dos efeitos pretendidos pela inserção dos artigos 20 e 21 na LINDB (SENADO FEDERAL, 2015).

A Comissão traz, primeiramente, que se estaria buscando "tornar expressos alguns princípios e regras de interpretação e decisão que, segundo a doutrina atual, devem ser observados pelas autoridades administrativas ao aplicar a lei" (SENADO FEDERAL, 2015), o que leva a entender que a nova lei não introduziria nada que já não fosse adotado, em alguma medida, no controle da Administração Pública.

Mais à frente, no entanto, é trazido no Voto (SENADO FEDERAL, 2015):

Em relação ao mérito, o projeto, em seus arts. 20 e 21, confere maior concretude ao princípio da motivação, pois determina que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial sejam tomadas não apenas com fundamentos principiológicos, mas considerando suas consequências práticas e, sobretudo, ponderando as alternativas possíveis. Exige, ainda, a prolação de decisões razoáveis e proporcionais, de forma que os danos delas decorrentes sejam de extensão e intensidade adequadas ao caso concreto. Com essas disposições, caminhamos para ter decisões devidamente motivadas, com o detalhamento e a especificidade necessárias, de modo a não restarem dúvidas do respeito do seu conteúdo à legalidade e à proporcionalidade.

Novamente, a consideração das consequências vem atrelada ao princípio da motivação, mas com uma intensidade maior, vez que a Comissão defende que, *sobretudo*, as decisões deveriam ser tomadas tendo em vista as demais opções disponíveis. Nesse ponto, já é possível vislumbrar um entendimento de que normas vagas, especialmente as constitucionais, gerariam insegurança jurídica, de modo que seria necessário ir além das normas em si a fim de aplicá-las corretamente.

Ninguém, no entanto, abordou de forma tão explícita o objetivo dos artigos 20 e 21 quanto o professor Floriano Marques Neto, em artigo escrito em coautoria com Rafael Vêras de Freitas, professor da FGV Direito Rio, e publicado quase um mês após a Lei nº 13.655/2018 (MARQUES NETO, FREITAS, 2018).

O patrono da “nova LINDB”, na ocasião, reforçou o objetivo de colocar um fim na tomada de decisões pautada exclusivamente em elementos abstratos, trazendo expressamente que “os quadrantes de um Estado regulador (...) impõem a observância de matizes outrora consideradas como exógenas ao sistema jurídico” (MARQUES NETO, FREITAS, 2018).

Os autores abordaram diretamente, ainda, a questão do consequencialismo, da seguinte maneira (MARQUES NETO, FREITAS, 2018):

Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.

A questão se mostra, portanto, mais complexa do que parece a princípio, pois não se trataria de mero reforço ao princípio da motivação ou de simples adoção de uma postura consequencialista. Pelo que trazem os autores, a nova lei determina uma qualificação do já existente dever de motivação por meio da ponderação das consequências (MARQUES NETO, FREITAS, 2018).

Marques Neto e Freitas procedem, então, a explicar como isso se operacionalizaria (MARQUES NETO, FREITAS, 2018):

A prescrição é um tanto mais sofisticada. Estabelece um devido processo legal decisório, mais interessado nos fatos, por intermédio do qual os decisores terão de explicitar se: (i) dispõem de capacidade institucional para tanto, ou se, excepcionalmente, estão exercendo uma função que lhe é atípica, mas por uma necessidade pragmática, porém controlável; (ii) a decisão que será proferida é a mais adequada, considerando as possíveis alternativas e o seu viés intrusivo; e (iii) se as consequenciais de suas decisões são predadoras de medidas compensadoras, ou de um regime transição. Cuida-se de uma motivação para além da exigida pelo disposto no artigo 50 da Lei 9.784/1999. Não se trata de um dever de utilização de uma “retórica das consequências”, como já se cogitou, nem, tampouco, tem o propósito de tornar o controle mais lasso. Quem exerce o controle não pode descurar o seu autocontrole.

Dessa maneira, o entendimento dos autores – que, ressalta-se, está sendo considerado nessa etapa de análise por ser um deles patrono da Lei nº 13.655/2018 –, é o de que as consequências passam a integrar o dever de motivação no âmbito do controle da Administração Pública, sendo tal prescrição compatível com o ordenamento jurídico atual. Assim, a “nova LINDB” iria além do dever de motivação já existente, estabelecendo um “devido processo legal decisório” que, sim, estaria pautado na consideração das consequências (MARQUES NETO, FREITAS, 2018).

Entende-se, assim, que a intenção dos legisladores e juristas diretamente envolvidos na elaboração da Lei nº 13.655/2018, por meio de seus artigos 20 e 21, foi, ainda que sem adotar esse termo, a de aderir a uma teoria consequencialista. Talvez, na realidade, esse não fosse o objetivo original, mas um que tomou força com o tempo, como se depreende da análise dos documentos referidos acima em ordem cronológica.

É notável, ainda, que os novos artigos buscaram exigir dos juízes uma responsabilidade decisória tal qual a demandada dos gestores, sendo que, nesse aspecto, é coerente o dever de se considerar as consequências. Isso porque, como se viu no capítulo anterior, o pragmatismo ou consequencialismo é um critério tido como adequado para a tomada de decisões políticas (ANDRADE, 2011).

Observa-se, portanto, que, ao adereçar o problema da falta de motivação das decisões de controle da Administração Pública, optou-se pela consideração das consequências como forma de reforçar e ir além do já existente dever de fundamentação.

III.II RECEPÇÃO DAS NOVAS DISPOSIÇÕES

Analisada a intenção por trás dos artigos 20 e 21 da LINDB, faz-se necessário verificar como esses foram de fato percebidos pela sociedade, tanto por órgãos públicos quanto pelos demais agentes do mundo jurídico. Nesse ponto, serão retomados alguns dos posicionamentos abordados no primeiro capítulo e considerados outros novos, sempre com foco no aspecto das consequências.

III.II.I. RECEPÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Inicialmente, na esfera dos próprios órgãos de controle e entidades relacionadas, observa-se novamente que o novo diploma foi visto com grande receio, antes e depois de sua aprovação.

O CNPGC e a AMPCON, primeiramente, defenderam, em sua Nota Técnica, o veto integral do artigo 20, que, em seu entendimento, imporá ao controlador ônus impraticável ao demandar a consideração de toda e qualquer alternativa antes de se tomar uma decisão. Além disso, a regra seria contrária ao princípio da legalidade, visto que todas as consequências relacionadas a uma norma estariam previstas na própria lei (CNPGC, AMPCON, 2018). Críticas semelhantes foram feitas pelo Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas (Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas, 2018).

A ATRICON e a AUDICON, também, criticaram a suposta transferência do ônus de administrar aos juízes, compreendendo que a nova lei adotaria de fato um posicionamento consequencialista. Trouxeram as associações (ATRICON, AUDICON, 2018):

O dispositivo subverte a lógica de que cabe ao julgador apreciar os litígios tão somente nos contornos originalmente deduzidos, além de colocar o consequencialismo no centro da investigação judicial, cerceando sua dimensão axiológica.

As entidades ressaltaram, ainda, que o dever de fundamentação previsto no Código de Processo Civil seria suficiente, e que ao interferir nessa questão o Projeto de Lei poderia “comprometer a eficiência na aplicação do direito público” (ATRICON, AUDICON, 2018).

O MPF, por sua vez, apesar de reiterar algumas das críticas acima, acrescentou uma preocupação com a própria decisão judicial, afirmando, sobre o artigo 20, que esse “claramente desprestigia a prolação de decisão, inclusive judicial, com base em princípios” (MPF, 2018-A), e, sobre a consideração de consequências

práticas, que "Resultado dessa situação esdrúxula seria o desvirtuamento da função judicial, por exemplo, para atividade de consultoria do administrador, perscrutando alternativas e consequências em seu benefício." (MPF, 2018-A).

Já o TCU, no parecer emitido por sua Consultoria Jurídica, trouxe o seguinte (TCU, 2018-B):

A diferença, no entanto, entre a proposta do PL 7448/2017 e o que atualmente já nos oferecem as mencionadas leis reside na desproporcional ênfase dada às consequências práticas e, pior, com ônus sobre o julgador acerca de informações que não constam dos autos do processo

A Corte de Contas fez, ainda, reflexões interessantes acerca da consideração da realidade fática e das consequências para a tomada de decisões, embora direcionadas ao artigo 22 da nova lei², e não aos dois nos quais a presente análise se foca (TCU, 2018-B):

(...) circunstâncias particularizadas, embora possam ser consideradas para fins de isenção de responsabilidade, não podem ser instrumento de interpretação das normas, principalmente as que envolvem a efetivação de direitos fundamentais.

(...)

Como se vê, não se advoga, nesta análise, a interpretação puramente formal ou mecanicista. Admite-se, como o fez, Juarez Freitas e também o faz a doutrina majoritária, assim como a jurisprudência tanto do STF quanto do próprio TCU (conforme aliás, no caso do TCU, tem sido reconhecido pelos autores do PL, tanto no parecer-resposta quanto em artigos e entrevistas), que uma certa dose de consequencialismo é, em certas circunstâncias, recomendada.

(...)

Importante esclarecer que, não obstante se admita o uso do consequencialismo, como bem ficou ressaltado acima, seu uso deve ocorrer apenas em alguns casos, quando, de fato, for necessário.

Assim, o TCU, apesar de concordar em certa medida com a consideração das consequências pelo controlador, entendeu que o Projeto de Lei o faria de modo desproporcional e excessivo (TCU, 2018-B).

Por fim, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS), em Nota Técnica liberada após a sanção presidencial da Lei nº 13.655/2018, fez análise extensa acerca da lei tendo em vista o pragmatismo e o consequencialismo, de modo que nesse ponto é interessante uma análise mais aprofundada (TCE-RS, 2018).

² Lei nº 13.655/2018, 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.

Inicialmente, trouxe que o artigo 20 teria sua aplicação limitada às decisões baseadas em valores abstratos, sendo redundante exceto nos casos em que essas não sejam devidamente fundamentadas. Nas demais situações, explicou, o alcance do valor aplicado já estaria limitado pela própria argumentação jurídica (TCE-RS, 2018).

Reconhece, então, que alguns enquadrariam o artigo como alinhado ao pragmatismo – o que poderia ser nocivo à própria segurança jurídica –, mas entende que, na realidade, o perfil adotado pela lei seria puramente consequencialista (TCE-RS, 2018). A título de observação, é evidente que o órgão adotou conceitos separados de pragmatismo e consequencialismo, divergentes, portanto, dos considerados neste trabalho.

Segundo o Tribunal, para tomar decisões seria necessária uma ponderação de princípios e valores, sendo que a nova lei desequilibraria essa lógica ao colocar um valor – “a realidade como valor supremo” (TCE-RS, 2018, p. 8) – acima de todos os outros, gerando inclusive um efeito sistêmico do consequencialismo, retroalimentável (TCE-RS, 2018).

A Corte concluiu, sobre o artigo 20, o seguinte (TCE-RS, 2018, p. 8):

Todas essas questões demonstram que a postura consequencialista é possível, talvez mesmo indicada em muitos casos. No entanto, considerar o ‘resultado’ da decisão como princípio geral de interpretação – que significa ao cabo o juízo de prognose imediato – pode resultar em decisões que se mostrem equivocadas a curto, médio e longo prazo, gerar prejuízos não estimáveis, ser excessivamente custosa ou mesmo revelar alto grau de subjetividade nas decisões – situações que produzirão a necessidade de nova tomada de decisão. A aplicação do postulado contido no *caput*, portanto, está a exigir, nesse momento, um exercício dialético da gestão, do controle e dos demais aplicadores do direito.

Em relação ao artigo 21, as críticas do Tribunal foram mais brandas. Nos termos da Nota Técnica, “por maior perplexidade que o dispositivo possa produzir, é certo que ele não afastou do sistema jurídico os princípios informadores do ato de decidir ou os limites a que se submete o julgador na condução do processo” (TCE-RS, 2018, p. 8).

De modo geral, assim, a determinação à consideração das consequências práticas, administrativas e jurídicas, introduzida pela Lei nº 13.655/2018, não foi bem

recebida pelos órgãos de controle, que viram nela um potencial de sobrepujamento da legalidade e subversão do controle da Administração Pública.

Portanto, a interpretação desses sobre as novas disposições, em sua maior parte, condiz com uma adoção do consequencialismo, ou pragmatismo, pela “nova LINDB”. Observa-se, contudo, que, provavelmente por receio em relação às possíveis aplicações futuras, o peso atribuído às consequências, nas manifestações proferidas, foi maior do que o originalmente pretendido com a elaboração da lei.

III.II.II. RECEPÇÃO PELA COMUNIDADE JURÍDICA

Saindo da esfera dos órgãos de controle, já não há tanta homogeneidade nas opiniões acerca da Lei nº 13.655/2018 e de sua eventual relação com o consequencialismo.

Os juristas defensores do Projeto de Lei, inicialmente, no parecer contraposto aos comentários iniciais do TCU, manifestaram que a nova lei traria mais um reforço ao dever de fundamentação, com foco na responsabilidade do controlador, do que um novo fundamento para as decisões (MARQUES NETO *et al*, 2018).

Segundo os autores, os artigos 20 e 21 não trariam qualquer necessidade de conhecimento extraprocessual por parte dos julgadores, ou de realização de ilações, e sim positivariam o princípio da proporcionalidade, além de determinar a explicitação das consequências legais (MARQUES NETO *et al*, 2018).

Uma análise semelhante foi feita por Juliana de Palma, que trouxe que um dos problemas do controle da Administração Pública seria o de que “A motivação tende a não considerar as consequências concretas da decisão controladora” (PALMA, 2018, p. 4), sendo que uma das diretrizes do Projeto de Lei seria “impedir que consequências concretas sejam extraídas a partir de normas de alta indeterminação jurídica, de modo superficial e sem mensurar os efeitos decorrentes” (PALMA, 2018, p. 5).

Segundo a autora, os artigos 20 e 21 deveriam ser lidos como testes de deferência, de modo que “Não podendo o controlador cumprir com os ônus

argumentativos, a interpretação administrativa merece deferência e a ação administrativa deve ser preservada” (PALMA, 2018, p. 11).

Acrescentou, ainda, que diversos fatores contribuiriam para a insegurança jurídica observada no controle da Administração Pública, adotando, curiosamente, uma justificativa consequencialista para a adoção das novas disposições legais (PALMA, 2018, pp. 22/23):

(...) tudo isso torna o sistema imprevisível, instável, incalculável e de consequências incertas. Porém, a pior consequência é a impossibilidade de se fazer planos de articulação institucional – qualquer tentativa legal de se estabelecer o espaço do administrador será, ao final do dia, frustrada.

Dessas duas análises, portanto, não seria possível aferir uma adoção da teoria consequencialista pela nova lei, e sim, somente, uma qualificação do dever de motivação das decisões. Outros autores, no entanto, receberam com maiores ressalvas os acréscimos à LINDB.

Fernando Leal, por exemplo, embora concorde com o diagnóstico que deu origem ao Projeto de Lei, questiona o remédio adotado. Segundo o professor da FGV Direito Rio, o objetivo das disposições seria nobre, por determinar a melhor justificação das decisões tomadas, mas resultaria numa redundância, vez que, por serem os princípios normas teleológicas, sua aplicação já estaria intrinsecamente ligada à consideração das consequências (LEAL, 2016).

O autor traz, ainda, que “do aumento quantitativo de referências de argumentação não se infere o aumento da qualidade da justificação” (LEAL, 2016, p. 28), visto que haveria dificuldades tanto na dimensão descritiva do raciocínio – isto é, em como se fazer juízos confiáveis sobre o futuro – quanto na normativa (LEAL, 2016).

Sobre a dimensão normativa, explica que os critérios de valoração correspondentes aos artigos 20 e 21 não estariam claros, de modo que esses poderiam incorrer no mesmo problema que buscam combater. Nas palavras do acadêmico, o Projeto de Lei não apresentaria “qualquer proposta para domesticar as incertezas que possam eclodir quando diferentes critérios de valoração de estados do mundo podem sustentar decisões opostas para o mesmo caso” (LEAL, 2016, p. 29).

Outro que encarou com cautela as mudanças propostas, ainda em 2016, foi José Vicente Santos de Mendonça, segundo o qual o artigo 20 do Projeto de Lei seria “ilustrativo dos méritos e impossibilidades da proposta” (MENDONÇA, 2016, p. 31).

O professor da Faculdade de Direito da UERJ alegou que haveria três futuros possíveis ao PLS 345/2015: (i) uma efetiva mudança no controle da Administração Pública – possibilidade em relação à qual o autor se mostrou cético, tendo em vista as dificuldades metodológicas e culturais; (ii) uma mera alteração no estilo das decisões, pela adoção de um consequencialismo genérico não diferente do já aplicado pelos tribunais; ou, num meio termo, (iii) uma importante transformação simbólica e cultural, se não efetiva (MENDONÇA, 2016).

Leal e Mendonça, portanto, apesar de reconhecerem os problemas que o Projeto de Lei buscou adereçar, compartilharam certo ceticismo em relação às soluções adotadas. Ambos os autores, ressalta-se, interpretam as novas disposições como tendo, de fato, um caráter consequencialista, mas duvidam de sua efetiva aplicação dessa maneira ou, então, de sua eficácia.

Há, no entanto, quem tenha lido os dois primeiros artigos da Lei nº 13.655/2018 como adoção efetiva da teoria consequencialista. Dentre esse grupo, houve principalmente posicionamentos em tom semelhante aos proferidos pelos órgãos de controle, isto é, que receberam com certo receio as mudanças introduzidas, especialmente vindos de indivíduos que integram esses entes.

Como trazido no primeiro capítulo, por exemplo, o Subprocurador-Geral da República Nicolao Dino concluiu que a aprovação do Projeto de Lei, em especial em relação aos dois primeiros artigos, poderia ocasionar uma indevida superação de elementos jurídicos pela postura pragmática (DINO, 2018):

Não é só. O projeto, nesse ponto, e também no art. 21, sinaliza em direção à possível preponderância de um fator de pragmatismo sobre um vetor de juridicidade, sugerindo a ideia de que consequências práticas podem prevalecer, a despeito da contrariedade a valores jurídicos. Isso põe em sério xeque o sistema de freios e contrapesos, essencial para a observância de garantias fundamentais alicerçadas na Constituição.

Entendeu, assim, que haveria a adoção de uma forma de pragmatismo ou consequencialismo pela nova lei, mas que essa adoção poderia minar o equilíbrio entre os três poderes e levar à violação de normas jurídicas (DINO, 2018).

Já Júlio Marcelo de Oliveira, Procurador do Ministério Público junto ao TCU, demonstrou preocupação acerca do enfraquecimento do controle da Administração pelo que chamou de “a armadilha do fato consumado”, no sentido de que a consideração das consequências poderia servir como um artifício para perpetuar irregularidades já ocorridas (OLIVEIRA, 2018):

No vasto campo da análise da necessidade, adequação, consequências e alternativas possíveis, sempre se poderá argumentar que o contrato já foi assinado, que a empresa já contratou alguém, gastou, investiu, que uma redução de preço ou tarifa poderia ser aplicada etc. Isso vai deixar o país preso na armadilha do fato consumado. Vamos continuar sendo um país cartorial, onde feudos são mantidos e descumprir a lei valerá muito a pena.

Nota-se, assim, certo receio de que os artigos 20 e 21 trouxessem uma subversão das normas em prol das consequências. Portanto, embora não se fale, aqui, de um consequencialismo estruturado, composto de duas dimensões e inserido num contexto maior de se ver o direito como prática social, ambos os autores consideraram que a Lei nº 13.655/2018 representaria, sim, a adoção dessa teoria.

Por fim, a título de nota, o advogado e professor Cristiano Carvalho faz uma breve reflexão sobre a adoção ou não, pela “nova LINDB”, da análise econômica do direito – teoria que, embora distinta do consequencialismo, é considerada pelo autor como consequencialista. Nesse sentido, conclui (CARVALHO, 2018):

Portanto, a nova LINDB não é, em si, Análise Econômica do Direito, mas sem dúvida, a AED é o melhor instrumento, se não o único, que pode justamente controlar os possíveis excessos e orientar a boa aplicação desta lei.

Carvalho chega a essa conclusão considerando os diversos instrumentos de investigação que a “AED” ofereceria, que seriam capazes, ao seu ver, de balizar a aplicação das novas disposições. Entende, assim, que a nova lei não seria por si só de cunho consequencialista, mas que uma análise dessa natureza poderia, na realidade, ser benéfica, ao obstar aplicações indevidas do diploma (CARVALHO, 2018).

Percebe-se, assim, que não há consenso, antes ou após a publicação da Lei nº 13.655/2018, acerca da adoção ou não de uma postura consequencialista pelos seus artigos 20 e 21, sendo que as interpretações acerca das novas normas vão desde um mero reforço ao dever de fundamentação das decisões até uma superação dos valores jurídicos pela consideração das consequências práticas.

Essas conclusões, no entanto, são as extraídas de análises teóricas, isto é, especulativas, acerca das mudanças introduzidas na LINDB, considerando a letra da lei e o contexto em que essa surgiu. Considerando, no entanto, que essas estão em vigor, agora, há meses, é fundamental buscar investigar de que forma têm sido efetivamente aplicadas pelos órgãos de controle – se é que têm sido.

III.III APLICAÇÕES DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LEI Nº 13.655/2018

Ainda que a Lei nº 13.655/2018 tenha sido publicada há apenas meses, entende-se importante analisar como foram aplicadas até o momento as disposições que determinaram a consideração das consequências práticas, administrativas e jurídicas no momento de tomada de decisões.

Nesse sentido, foi conduzida pesquisa jurisprudencial no âmbito dos principais tribunais do país – Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal Superior Eleitoral (TSE), Superior Tribunal Militar (STM) e, ainda, Tribunal de Contas da União (TCU) – a fim de detectar decisões que houvessem aplicado o artigo 20 ou o artigo 21 da LINDB, cujo resultado se passa a expor³.

Observa-se desde já, contudo, que, pelo menos até o momento, e conforme seria de se esperar, não foram detectadas quaisquer aplicações dos dispositivos pelo STF ou pelo STM, certamente por conta do escopo diferenciado de atuação dessas Cortes, cada qual à sua maneira.

III.III.I. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

A primeira aplicação detectada de um dos artigos investigados por um dos grandes tribunais brasileiros se deu no STJ, poucos dias após a publicação da Lei nº 13.655/2018. Tratou-se de Voto-Vista proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da Primeira Turma, em 3 de maio de 2018 (STJ, 2018-A).

³ Observa-se que o referido levantamento foi realizado em outubro de 2018, não englobando, logicamente, eventuais aplicações posteriores da Lei nº 13.655/2018 pelos tribunais mencionados.

Na oportunidade, o Tribunal julgou Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.374.234/RN, que versava sobre a remoção, em decorrência da alteração do número de vagas a serem providas, de servidores do MPU que, após aprovação em concurso público, tiveram sua posse concedida por liminar judicial (STJ, 2018-A).

O referido Ministro considerou, frente a essa situação, que o tempo significativo decorrido desde a posse impediria a modificação da situação, e para fundamentar tal entendimento invocou o artigo 20 da LINDB (STJ, 2018-A):

14. Ademais, há a solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre a liminar concedida e os dias atuais, de maneira que a reversão desse quadro implicaria inexoravelmente em danos desnecessários e irreparáveis aos agravados, é o que ocorre no caso dos autos, onde os autores estão no cargo há mais de 9 anos. Aplica-se, no caso, a Lei Anastasia, que em seu art. 20 dispõe que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

15. Conforme salientado pelo ilustre Ministro GURGEL DE FARIA, na assentada de 17.10.2017, os autores estão no cargo há nove anos, ambos já eram detentores de cargos públicos antes de assumirem o cargo no Ministério Público da União, sobre o qual recai a controvérsia, e depois de todo esse lapso temporal estão prestes a perder o cargo, se deparando, talvez, com uma situação de desemprego, ocasionada pela demora na solução judicial da controvérsia.

16. Sendo assim, se está diante de um caso excepcional, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada.

Ressalta-se que, embora o Voto do Ministro tenha sido vencido, isso não se deu por razões de mérito e, sim, processuais, de modo que os argumentos levantados acima restaram incontestados (STJ, 2018-A).

Situação extremamente semelhante foi apresentada à Corte de Justiça em 14 de agosto de 2018, dessa vez sob relatoria do próprio Napoleão Nunes Maia Filho (STJ, 2018-B).

Tratou-se de Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.207.490/RJ, sendo que, na oportunidade, o julgamento da Primeira Turma se deu conforme o Voto do Relator, incorporando os fundamentos apresentados acima, no primeiro processo. Abaixo, fragmento da ementa da decisão (STJ, 2018-B):

3. Contudo, há a solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre a liminar concedida e os dias atuais, de maneira que a reversão desse quadro implicaria, inexoravelmente, em danos

desnecessários e irreparáveis ao agravado; é o que ocorre no caso dos autos, onde o autor está no cargo há mais de 20 anos.

4. Sendo assim, se está diante de um caso excepcional, em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada.

Assim, nas duas ocasiões, foram consideradas as consequências práticas negativas de se remover gestores cuja posse, ainda que irregular, havia se dado muito tempo antes – respectivamente, 9 e 20 anos antes.

Observa-se, contudo, que, embora em ambos os casos as consequências de uma decisão tenham justificado uma exceção à lei – ou uma tentativa de exceção, primeiramente –, o Tribunal não fez nada além do que já era sua prática, conforme se extrai dos precedentes elencados como fundamento adicional ao posicionamento adotado (STJ, 2018-A; STJ, 2018-B).

Além disso, não se vê uma efetiva consideração das diferentes alternativas e das consequências relacionadas a cada uma delas, isto é, não há a estruturação de um argumento consequencialista propriamente dito.

A aplicação detectada do artigo 20 pelo STJ, portanto, não serviu para inovar a jurisprudência do Tribunal, e sim para robustecer uma tese pré-existente pautada na razoabilidade e na proporcionalidade, assim como na teoria dos fatos consumados.

III.III.II. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST)

No TST, ainda que não em sede de controle da Administração Pública, foi localizada uma decisão que aplicou expressamente os artigos 20 e 21 da LINDB, proferida pela 7ª Turma em 29 de agosto de 2018 (TST, 2018).

Tratou-se do julgamento de Agravo de Instrumento da Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região em Recurso de Revista, cuja controvérsia versava sobre o enquadramento ou não dos participantes do Programa de Voluntários da Copa do Mundo FIFA 2014 à situação de trabalho voluntário (TST, 2018).

No caso, os artigos 20 e 21 da LINDB foram usados como justificativa para manter a improcedência dos pedidos, da seguinte maneira (TST, 2018):

Em arremate, necessária a menção da recentíssima alteração na LINDB, introduzida pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, no sentido de que “não

se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, bem assim que a decisão deverá ser proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais (artigos 20 e 21 da LINDB) – destaquei.

Sendo assim, conquanto legítima e louvável a iniciativa do Ministério Público do Trabalho, inclusive, respaldada pelo então “MANIFESTO CONTRA O TRABALHO ‘VOLUNTÁRIO’ NA COPA” (assinado por mais de 200 renomados representantes da comunidade jurídica), em trazer ao debate desta Corte Superior tema de magna importância, principalmente em razão da polêmica instaurada, conclui-se pela manutenção de improcedência dos pedidos iniciais formulados.

Entende-se que o que houve na oportunidade, no entanto, foi mera invocação dos novos dispositivos para se falar de razoabilidade e adequação da decisão tomada, sem em nenhum momento considerar de fato as consequências atreladas a essa.

No âmbito do TST, portanto, não se poderia dizer que ocorreu aplicação das mudanças introduzidas na LINDB segundo uma lógica consequencialista.

III.III.III. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE)

Um quadro semelhante ao do TST foi observado em relação ao TSE, em julgamento ocorrido em 7 de junho de 2018 sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso (TSE, 2018).

O referido julgamento se deu sobre Embargos de Declaração opostos contra decisão que julgou irregulares despesas com hospedagem pagas com recursos do Fundo Partidário, visto que o serviço não teria sido efetivamente utilizado. Estaria configurado, assim, ato de gestão contrário ao princípio da economicidade (TSE, 2018).

A aplicação da “nova LINDB”, no caso, se deu em Voto vencido do Ministro Admar Gonzaga, que apontou a inexistência de parâmetros objetivos que permitiriam aferir a economicidade dos atos. Nesse contexto, foram invocados, em bloco, três dos novos dispositivos (artigos 20, 23 e 24) para ressaltar a importância da segurança jurídica na aplicação do direito público (TSE, 2018):

A esse respeito, inegável a pertinência do que preconizado na recente Lei 13.655, de 26.4.2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro para acrescentar disposições, entre outras, sobre a segurança jurídica na aplicação do direito público.

Nesse sentido, estabelece o art. 20, à guisa de exemplo, que "nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores

jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".

De igual modo, o art. 23 do citado diploma dispõe que "a decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais".

Por sua vez, o art. 24 do citado diploma legal igualmente aduz que "a revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas".

Novamente, portanto, o artigo 20 da LINDB foi mencionado apenas a título argumentativo, para reforçar fundamentos jurídicos que já seriam utilizados, não trazendo de fato uma mudança na forma de decidir da Corte.

III.III.IV. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

Apesar de não ser, como os anteriores, um órgão integrante do Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União foi englobado na presente pesquisa por estar abrangido pelas disposições da Lei nº 13.665/2018 e, ainda, pela participação ativa que teve no debate público durante seu processo de elaboração. Além disso, foi no âmbito da Corte de Contas que se detectou a maior incidência, até o momento, de decisões que aplicaram os artigos 20 e 21 do novo diploma.

Em 5 de junho de 2018, inicialmente, a Segunda Câmara do Tribunal julgou o TC 009.150/2015-3, Tomada de Contas Especial relativa à execução parcial de Termo de Compromisso celebrado com a Funasa. O artigo 20 da LINDB foi utilizado, na ocasião, para ponderar a necessidade ou não de aplicação de multa aos responsáveis (TCU, 2018-E):

33. Oportuno, ainda, aplicar aos responsáveis, diante da gravidade dos fatos narrados, a multa pecuniária insculpida no art. 57 da Lei 8.443/1992, sanção para a qual não há óbice nos termos do Acórdão 1.441/2016 – Plenário (Incidente de Uniformização de Jurisprudência).

(...)

35. Nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), acrescido pela novel Lei 13.655/2018, que dispõe sobre a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público, a necessidade de aplicação da multa se justifica em função do efeito inibitório para a prática futura da irregularidade consubstanciada na não

comprovação da boa e regular aplicação de recurso federal, sendo insuficiente e inadequado deixar de sancionar os responsáveis, porquanto tal agir não surtiria o almejado intuito de evitar a reincidência da conduta irregular.

Assim, decidiu-se pela penalização dos responsáveis mediante multa a fim de evitar eventuais reincidências. Observa-se que, embora a determinação em si não tenha trazido algo novo, essa foi a primeira vez, no escopo da pesquisa realizada, em que um tribunal de fato considerou, para fins de decisão, uma possível alternativa e sua respectiva consequência, ainda que para fundamentar algo que já tinha sido, de certa forma, decidido.

O TCU voltou a examinar as consequências práticas de uma decisão no julgamento do TC 030.098/2017-1, Relatório de Acompanhamento acerca das alterações normativas introduzidas no Decreto dos Portos em 2017. O processo, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, foi julgado em 26 de junho de 2018.

Nesse caso, o artigo 20 da LINDB foi suscitado por associações do setor portuário em pedido de ingresso como *amici curiae*, sendo que, posteriormente, o Relator dedicou uma sessão inteira de seu Voto a detalhar as consequências práticas das determinações feitas, ainda que sem citar expressamente o diploma legal (TCU, 2018-F).

Embora não caiba, aqui, detalhar as reflexões trazidas no Acórdão, observa-se que o exame das consequências, nessa oportunidade, foi utilizado após a tomada de decisão, como forma de justificar as alternativas escolhidas e explicar a não adoção de outras (TCU, 2018-F). Vê-se, na realidade, que tal aplicação se aproximou muito de um teste de deferência, como trazido por Juliana de Palma (PALMA, 2018).

Por fim, sem a intenção de exaurir a matéria, uma vez que houve outras aplicações dos dispositivos em questão pelo TCU – pelo menos duas outras, de acordo com a pesquisa realizada, nos Acórdãos nº 1870/2018-Plenário e nº 2142/2018-Plenário –, a Corte de Contas fez uso de ambos ao julgar o TC 023.784/2018-0, em 1º de agosto de 2018 (TCU, 2018-G).

Tratou-se de Representação, com pedido de cautelar, acerca de irregularidades em licitação para execução de obras no Metrô de Fortaleza, sendo que o Tribunal ponderou as consequências práticas, jurídicas e administrativas de se conceder a medida de urgência pleiteada (TCU, 2018-G):

Os arts. 20 e 21 do Decreto-Lei 4.657/1942, modificados recentemente pela Lei 13.655/2018, determinam que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão; e que a decisão que decretara a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Embora eventual provimento acautelatório não caracterize a anulação definitiva do contrato, muito há que cogitar a respeito das informações de uma série de irregularidades que gravitam no entorno dessa obra, havendo que se observar os dispositivos legais também no caso dessa medida administrativa.

Há risco de dano ao Erário, no montante referente à participação do Orçamento Geral da União no financiamento da eventual contratação do Consórcio FTS Linha Leste, e de prejuízo ao interesse público, tendo em vista a relevância da obra para a mobilidade urbana na cidade de Fortaleza/CE, e de novas paralizações em razão de eventual contratação mal sucedida.

Quanto ao perigo da demora, conforme já mencionado, há notícias na mídia de que o contrato com o Consórcio FTS Linha Leste está na iminência de ser assinado.

Tendo em vista que a avença ainda não foi firmada, o perigo da demora ao reverso é superado pela materialidade de eventual dano ao Erário e prejuízo ao interesse público que a contratação do Consórcio FTS Linha Leste pode ocasionar, e pelo risco de ineficiência de decisão final de mérito desfavorável à contratação.

Por todo o exposto, em razão dos justificados *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, bem como do fato de que a contratação do Consórcio FTS Linha Leste será parcialmente financiada com recursos federais, determino a suspensão da Concorrência Pública 20180001/Seinfra/CCC, no estado em que estiver, e dos atos dela decorrentes até a análise do mérito destes autos, nos termos do art. 276 do RI/TCU.

Desse modo, o TCU considerou as consequências negativas de eventual deferimento da medida cautelar, entendendo, ainda assim, que o mais adequado seria concedê-la (TCU, 2018-G). Novamente, contudo, o apelo às consequências ocorre muito mais como reforço a uma decisão tomada por outros fundamentos – de forma bastante clara, no caso, o perigo da demora e a fumaça do bom direito – ou como teste de deferência da decisão, não como razão de decidir.

Também no Tribunal de Contas da União, portanto, os artigos 20 e 21 da LINDB não parecem ter sido recebidos como adoção do consequencialismo, e sim como ônus adicionais ao já existente dever de motivação das decisões.

De modo geral, é certo que a Lei nº 13.655/2018 é nova, e, por isso mesmo, foi até o momento aplicada poucas vezes – pelo menos pelas principais Cortes do país – para se traçar conclusões certas. Isso não impede, no entanto, que se faça um diagnóstico prévio, no sentido de que, independentemente das intenções do legislador

ou das diversas opiniões emitidas sobre a “nova LINDB”, a aplicação do diploma não tem se dado, nesses primeiros meses de vigência, numa lógica pragmática ou consequencialista.

Não é surpreendente, na realidade, que esse tenha sido o cenário encontrado, tendo em vista as diversas manifestações, proferidas por entes da Administração Pública e analisadas nas seções anteriores, de cautela e receio em relação às modificações introduzidas.

CONCLUSÃO

Diante de um diagnóstico de decrescente segurança jurídica no controle da Administração Pública, com decisões pouco fundamentadas e dissociadas da realidade prática, surgiu no Congresso Nacional, em liga com a academia, o projeto que em última instância originou a Lei nº 13.655/2018, acrescentando dez artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Buscou-se, ao longo deste trabalho, analisar especificamente um dos remédios adotados pela “nova LINDB” para fazer frente a esse cenário: a determinação, por meio dos artigos 20 e 21 do diploma, à consideração das consequências práticas, jurídicas e administrativas.

Já durante a tramitação do Projeto de Lei nas casas do Congresso, no entanto, críticas severas foram feitas a essa solução, em especial vindas dos próprios órgãos que deveriam aplicá-la. Havia – e ainda há, de certa forma – o forte receio de que as mudanças resultassem em um enfraquecimento do controle da Administração Pública, assim como em um sobrepujamento das leis pelas consequências.

Nesse cenário, não foram poucas as manifestações feitas no sentido de que a Lei nº 13.655/2018 adotaria o consequencialismo, isto é, a corrente teórica que estabelece a tomada de decisões pautada pelas consequências dessas. Foi essa, assim, a pergunta que se buscou responder por meio do presente trabalho: teria a nova lei, de fato, trazido uma lógica decisória consequencialista para o controle da Administração?

Antes de traçar quaisquer conclusões, buscou-se entender no que exatamente consistiria o consequencialismo, ou, como se percebeu ao longo da análise realizada, o pragmatismo.

Ocorre, contudo, que não há uma corrente teórica clara ou uniforme quando se fala de consequencialismo. Esse é, isto sim, o título atribuído a uma série de pensamentos diversos que, de uma forma ou de outra, colocam as consequências como critério de decisão, de maneira isolada ou não.

Nesse contexto, para realizar o exame pretendido elegeu-se o pragmatismo do jurista americano Richard A. Posner. Esse, julgando insuficientes as correntes interpretativas existentes no âmbito jurídico, traz como solução a compreensão do direito como prática social, de modo que, para decidir, seria necessário considerar, entre outros fatores, as consequências das decisões, com vistas a produzir os melhores resultados possíveis, de um ponto de vista sistêmico.

Na prática, o critério consequencialista é aplicado segundo uma lógica bidimensional: é preciso identificar e expor as alternativas disponíveis para, então, valorá-las e selecionar a mais adequada. Não se trata, portanto, de meramente invocar a título argumentativo os efeitos práticos de uma decisão já tomada por outros fundamentos.

O consequencialismo, contudo, também foi, e é, alvo de diversas críticas, muitas das quais convergem com as feitas aos artigos 20 e 21 da LINDB. Sustenta-se, de modo geral, que essa seria uma teoria inviável, ou extremamente difícil de operacionalizar, tendo em vista a cognição limitada dos julgadores. Por outro lado, alega-se que, caso adotado, o consequencialismo teria “efeitos perversos”, ou acarretaria em violações às normas postas no sistema.

Analisou-se, assim, a Lei nº 13.655/2018 sob o prisma do pragmatismo posneriano, e tal análise se deu em três etapas: (i) qual era a intenção quando da edição do diploma legal, (ii) como os novos dispositivos foram interpretados em abstrato e, por fim, (iii) de que maneira eles têm de fato sido aplicados.

A pesquisa empreendida revelou, em primeiro lugar, que o intuito de se inserir os artigos 20 e 21 na LINDB foi, realmente, introduzir uma lógica decisória consequencialista, ou pragmática, ao controle da Administração Pública, mas como

forma de robustecer o dever de motivação e fomentar a responsabilidade decisória dos controladores.

Por outro lado, uma vez sob o crivo da comunidade jurídica, a “nova LINDB” recebeu as mais diversas interpretações, de modo que a determinação à consideração das consequências foi vista desde como mero reforço ao dever de fundamentar – chegando inclusive a ser considerada redundante – até como efetiva superação dos elementos jurídicos pela realidade fática.

Finalmente, investigou-se como o diploma tem sido aplicado nesses primeiros meses de vigência. Nesse ponto, o quadro encontrado não foi a aplicação irresponsável das consequências que tantos receavam, mas sim um uso pontual e dosado, para reforçar decisões construídas por meio da razoabilidade. Não se viu, assim, aplicações da nova lei como forma de inovar as antigas decisões, ou de, como se temia, contornar as leis postas.

Percebe-se, na realidade, que as aplicações mais arrojadas – na falta de termo melhor – dos artigos 20 e 21 se deram no Tribunal de Contas da União, que os usou por vezes como teste de deferência, agregando, ao menos em aparência, certo grau de responsabilidade decisória à atuação daquela Corte.

Tendo percorrido todo esse caminho, o que se vê é que a Lei nº 13.655/2018 traz, de fato, certo risco ao controle da Administração Pública, mas o faz como forma de combater um problema maior, isto é, a tomada de decisões sem a devida consideração da realidade que será alterada a partir dessas.

O receio de que os novos dispositivos signifiquem um abandono da legalidade, aliás, mostra-se hoje muito distante da realidade, uma vez que os próprios aplicadores da lei foram as principais fontes dessas ressalvas. Assim, os principais tribunais brasileiros têm feito uso dos novos artigos mais como reforço ao pré-existente dever de fundamentação, não restando concretizado, até o momento, o risco de um consequencialismo desmedido.

É fato, por fim, que talvez houvesse outras soluções, mas diante do quadro encontrado não se vê a alternativa adotada como inviável ou inadequada – é uma tentativa, e mais vale nesse momento trabalhar para sua aplicação responsável do que para desconstruir o trabalho feito e retornar à situação anterior.

Um risco real que se vê, por outro lado, é o de que, por receio ou por apego a uma velha cultura, os artigos 20 e 21 se tornem letra morta, servindo apenas para acrescentar um ou dois parágrafos às decisões sem de fato determinar uma mudança.

Em suma, não se vê na “nova LINDB” uma adoção efetiva do consequencialismo, ou mesmo a inserção de normas que já não estivessem, em algum nível, contempladas pelo dever de fundamentação das decisões judiciais e administrativas.

Se isso faz dos novos artigos redundantes, contudo, entende-se que essa é uma redundância necessária. É preciso responsabilidade no trato da Administração Pública, inclusive por parte de seu controle, e, se não é isso o que a realidade vinha mostrando, pode ser que tal dever não estivesse suficientemente claro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em Matéria Tributária: O Argumento Pragmático ou Consequencialista de Cunho Econômico e as Decisões do STF*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 125-212.

ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON; Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas – AUDICON. *Nota Técnica nº 01/2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>>. Acesso em 9 set. 2018.

Associação Nacional dos Auditores de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil – ANTC; Associação da Auditoria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União – AUD-TCU. *Carta Aberta ao Presidente da República*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/af1900_a4a6d4073fef475c812c65907ea7698c.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT; Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR; Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT. *Ofício ANAMATRA nº 217/2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <[https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20\(1\).pdf](https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20(1).pdf)>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. *Ofício ANAMATRA nº 218/2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <[https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20\(2\).pdf](https://www.sinait.org.br/docs/Of%C3%ADcio_ANAMATRA_n217_sugest%C3%A3o_de_veto_ao_PL%207448_2017_MJ%20(2).pdf)>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. *Ofício ANAMATRA nº 219/2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/notas_publicas/2018/Of%C3%ADcio_veto_PL%207448_2017.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 1 set. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Página Inicial / Atividade Legislativa / Projetos de Lei e Outras Proposições / PL 7448/2017*. 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>>. Acesso em: 1 set. 2018.

CARVALHO, Cristiano. *A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?*. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-05062018>>. Acesso em: 21 out. 2018.

Colégio Nacional de Presidentes de Tribunais de Contas. *Nota Técnica nº 01/2018*. 2018. Disponível em: <https://docs.wixstatic.com/ugd/af1900_84efb9b940d0458598360403439897da.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas – CNPGC; Associação Nacional do Ministério Público de Contas – AMPCON. *Nota Técnica Conjunta CNPGC-AMPCON Nº 01/2018*. 2018. Disponível em: <http://mpc.rn.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/CNPGC-Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017-para-deliberacao-do-CNPGC-_2_.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

COSTA, Rafael de Oliveira. *Breves comentários à Lei nº 13.655/18*. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36545569/Breves_comentarios_à_Lei_n_13.655_18>. Acesso em: 18 out. 2018.

DINO, Nicolao. *PL 7448/2017: freios e contrapesos em xeque*. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pl-7448-2017-freios-e-contrapesos-em-xeque-24042018>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

HARTHSTONE, Charles; WEISS, Paul. *A definition of pragmatic and pragmatism*. In: *Collected papers of Charles Sanders Peirce – Volume V, Pragmatism and pragmatism, and Volume VI, Scientific Metaphysics*. Cambridge: Harvard University Press, 1974, pp. 1-3.

LEAL, Fernando. *Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15*. In: LEAL, Fernando (org.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformação do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito – Uma teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 4 set. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu; MARTINS, Ives Gandra da Silva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MEDAUAR, Odete; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; JUSTEN FILHO, Marçal; CARRAZZA, Roque; BINENBOJM, Gustavo; ALMEIDA, Fernando Menezes de; ARAGÃO, Alexandre Santos de; SCAFF, Fernando Facury; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera Cristina Caspari; MOREIRA, Egon Bockmann; MENDONÇA, José Vicente Santos de; PEREZ, Marcos Augusto; PIOVESAN, Flavia; MODESTO, Paulo; ROSILHO, André Janjácomo; JORDÃO, Eduardo Ferreira; SCHIRATO, Vitor Rhein; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n ° 7.448/2017*. 2018. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari*. In: LEAL, Fernando (org.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformação do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

Ministério Público Federal – MPF. Ofício nº 330/2018 – SUBGDP/SGJ/GAB/PGR. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Oficio_NotaTecnica_130418_PGR00192069_2018.pdf>. Acesso em: 9 set. 2018.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. *Por uma administração pública eficiente com respeito à lei*. 2018. Disponível em : <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/por-uma-administracao-publica-eficiente-com-respeito-a-lei/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

PALMA, Juliana. *O PL da Segurança Jurídica e as Pesquisas Acadêmicas*. 2018. Acesso em: 07/09/2018. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/2018/04/23/a-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica-na-gestao-e-do-controle-publicos-e-as-pesquisas-academicas/>>. Acesso em 4 set. 2018.

PENALVA, Janaína; DOMINGUES, Adriene. *O PL 7448/2017 e o fim dos princípios*. 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-pl-7448-2017-e-o-fim-dos-principios-17042018>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *PL 7.448 desequilibra equação entre custos e riscos da escolha pública*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/contas-vista-pl-7448-desequilibra-equacao-entre-custos-riscos-escolha-publica#author>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

POSNER, Richard A.. *Law, pragmatismo and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A.. *Um manifesto pragmático*. In: *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 607-627.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Propedêutica: natureza e conteúdo da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. In: *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. 2012. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-História-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2018

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto, BARBIERI, Catarina Helena Cortada.

Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, pp. 383-418

SENADO FEDERAL. *Atividade Legislativa / Projetos e Matérias / Pesquisas / Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015*. 2015. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em 1 set. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle*. In: LEAL, Fernando (org.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (org.). *Transformação do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. *EDcl no AgInt no REsp 1374234/RN*. Relator: Sérgio Kukina. DJ: 11/05/2018. 2018-A. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300733360&dt_publicacao=11/05/2018>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. *AgRg no REsp 1207490/RJ*. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. DJ: 14/08/2018. 2018-B. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001490592&dt_publicacao=22/08/2018>. Acesso em: 21 out. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. *Análise Preliminar do PL 7448/2017*. 2017. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjK19m25K7dAhXKIZAKHRZbDecQFjABegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Fportal.tcu.gov.br%2Fflumis%2Fportal%2Ffile%2FfileDownload.jsp%3FfileId%3D8A81881F62B15ED20162D40B8CB632CC%26inline%3D1&usg=AOvVaw3A4ux4vDzsl5NHCgdrhCtD>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. *Comunicação da Presidência*. Brasília, 2018-A. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162BA34D80A1B3F&inline=1>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. *Parecer do Projeto de Lei no 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado*. Brasília, 2018-B. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162F95CC94B5BA4&inline=1>>. Acesso em: 9 set. 2018.

_____. *Processo: TC 012.028/2018-5*. 2018-C. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=12028&p2=2018&p3=5>>. Acesso em: 7 set. 2018.

_____. *Dialogo público do TCU debate projeto de lei que pode fragilizar o controle*. 2018-D. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/dialogo-publico-do-tcu-debate-projeto-de-lei-que-pode-fragilizar-o-controle.htm>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. *Acórdão 4506/2018 – SEGUNDA CÂMARA*. Relator: Marcos Bemquerer. DJ: 18/06/2018. 2018-E. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/915020153.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. *Acórdão 1446/2018 – PLENÁRIO*. Relator: Bruno Dantas. DJ: 11/07/2018. 2018-F. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/3009820173.PROC/%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *Acórdão 1746/2018 – PLENÁRIO*. Relator: Walton Alencar Rodrigues. DJ: 13/08/2018. 2018-G. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMA>>

CORDAO%253A1746%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 22 out. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – TCE-RS. *Nota Técnica Nº 001/2018*. Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Decisooes/NT%20001%20Lei%20n%BA%2013.655-2018.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. *AIRR – 10704-52.2014.5.01.0059*. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. DJ: 03/09/2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=214284&anoInt=2017>>. Acesso em: 21 out. 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE. *Embargos de Declaração na Prestação de Contas nº 247-55.2012.6.00.0000*. Relator: Luís Roberto Barroso. DJ: 02/08/2018. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/sadpPush/ExibirDadosProcessoJurisprudencia.do?nproc=24755&sgcla=PC&comboTribunal=tse&dataDecisao=07/06/2018>>. Acesso em: 21 out. 2018.