

Consequencialismo e Controle Externo:

Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU

Guilherme Moreira da Silva

Orientador: Alexandre Sampaio Botta

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Análise Econômica do Direito (AED)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

Jhonatan de Jesus

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Rocha Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETOR-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo.

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

|

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação - NCOM/ISC

Consequencialismo e Controle Externo: Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU

Guilherme Moreira da Silva

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista.

Orientador(a):

Prof. Alexandre Sampaio Botta

Banca examinadora:

Prof. Carlos Henrique Caldeira Jardim

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SILVA, Guilherme Moreira da. **Consequencialismo e Controle Externo**: Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): Guilherme Moreira da Silva

TÍTULO: Consequencialismo e Controle Externo: Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU.

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Guilherme Moreira da Silva
guilhermems@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a SILVA, Guilherme Moreira da

Consequencialismo e Controle Externo: Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU / Guilherme Moreira da Silva. – Brasília: ISC/TCU, 2022.
(Monografia de Especialização)

1. Análise Econômica do Direito. 2. Consequencialismo. 3. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) 4. Jurisprudência do TCU. I. Título.

CDU 02
CDD 020

Consequencialismo e Controle Externo: Os artigos 20 e 21 da LINDB na jurisprudência do TCU

Guilherme Moreira da Silva

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise Econômica do Direito realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista.

Brasília, 28 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Alexandre Sampaio Botta
Orientador
Órgão TCU

Prof. Carlos Henrique Caldeira Jardim
Avaliador

Dedico este trabalho a todos os amigos e colegas do Tribunal de Contas da União.

Resumo

O trabalho tem como objetivo examinar e discutir o consequencialismo como base teórica com efeitos na seara judicial, controladora e administrativa, e também a perspectiva trazida pelos arts. 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) como fundamento para justificar decisões do Tribunal de Contas da União (TCU). O enfoque metodológico é caracterizado como qualitativo, descritivo, argumentativo e exploratório. Como resultado do estudo realizado, verificou-se que, na prática, o órgão de controle externo tem considerado as consequências práticas dos atos administrativos submetidos ao seu controle, bem como de suas próprias decisões. O estudo demonstrou ainda que a análise das consequências práticas das decisões é útil para que o TCU atue com mais eficiência no exercício de suas diversas competências e que a utilização do consequencialismo e das ferramentas de Análise Econômica do Direito (AED) pode auxiliar o operador do Direito a melhorar a qualidade de suas decisões.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Consequencialismo e Controle Externo; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); Jurisprudência do TCU.

Abstract

The work aims to examine and discuss consequentialism as a theoretical basis with effects in judicial, control and administrative fields and also the perspective provided with articles 20 and 21 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB) as fundamentals to justify decisions of the Brazilian Federal Audit Court (TCU). The methodological approach is characterized as qualitative, descriptive, argumentative and exploratory. As a result of the study carried out, it is noted that, in practice, the TCU has been considered the practical consequences of administrative acts submitted to its control, as well as its own decisions. The study also showed that the analysis of the practical consequences of decisions is useful to let TCU perform its competences in a better way and that the use of consequentialism and of Law and Economics tools can help the legal operator to improve the quality of his decisions.

Keywords: Law and Economics; Consequentialism and External Control; Introduction to Brazilian Law Statute (LINDB); TCU jurisprudence.

Lista de quadros

Quadro 1: Decisões e respectivos argumentos consequencialistas.....	56
---	----

Lista de abreviaturas e siglas

AED	Análise Econômica do Direito
BB	Banco do Brasil
BTS	Built to Suit
CBTU	Companhia Brasileira de Trens Urbanos
COVID-19	Coronavirus Disease
FIOCRUZ	Fundação Oswaldo Cruz
FBB	Fundação Banco do Brasil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PLR	Participação nos Lucros e Resultados
OMS	Organização Mundial de Saúde
RITCU	Regimento Interno do Tribunal de Contas da União
SAMU	Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
SEMAG	Secretaria de Macroavaliação Governamental
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TCU	Tribunal de Contas da União
TRF	Tribunal Regional Federal
UPAS	Unidades de Pronto Atendimento

Sumário

1.	Introdução	13
2.	Problema e justificativa.....	16
3.	Objetivos	17
3.1.	Objetivo geral	17
3.2.	Objetivos específicos.....	17
4.	Metodologia	18
5.	Desenvolvimento	19
5.1.	Consequencialismo	19
5.1.1.	Conceito e características.....	Erro! Indicador não definido.
5.1.2.	Evolução histórica.....	21
5.1.3.	Análise Econômica do Direito	24
5.1.4.	Neil Maccormick e sua teoria da argumentação jurídica	28
5.1.5.	Críticas ao consequencialismo	30
5.2.	Consequencialismo na LINDB.....	30
5.2.1.	O art. 20 da LINDB	34
5.2.2.	Tipologia das consequências práticas	38
5.2.3.	O art. 21 da LINDB	39
5.3.	Consequencialismo e Controle Externo.....	39
5.4.	Os arts. 20 e 21 da LINDB na Jurisprudência do TCU	42
5.4.1.	Acórdão 2.761/2022 – Plenário	42
5.4.2.	Acórdão 2.720/2022 - Plenário	43
5.4.3.	Acórdão 2.099/2022 - Plenário	45
5.4.4.	Acórdão 986/2022 - Plenário	46
5.4.5.	Acórdão 599/2022 - Plenário	48
5.4.6.	Acórdão 1.928/2021 - Plenário	49
5.4.7.	Acórdão 2.601/2020 - Plenário	50
5.4.8.	Acórdão 2.506/2020 - Plenário	52
5.4.9.	Acórdão 1.045/2020 - Plenário	53
5.4.10.	Acórdão 14.536/2019 - Primeira Câmara	54
5.4.11.	Consolidação dos precedentes selecionados	56
6.	Conclusão	57
	Referências bibliográficas.....	59

1. Introdução

Diante da crescente complexidade tecnológica das relações sociais, é certo que a Administração Pública tem a seu cargo um feixe cada vez maior de competências e atribuições e que suas decisões, de igual modo, geram efeitos e consequências que repercutem de maneira cada vez mais intensa por toda a coletividade.

Nesse contexto, não há campo para restringir a Administração apenas aos limites estreitos da lei. A realidade é demasiado dinâmica e o legislador não consegue, por óbvio, prever todas as hipóteses passíveis de ocorrer no mundo dos fatos muito menos as consequências delas decorrentes.

Assim, nesse cenário de instabilidade, as decisões administrativas serão tomadas com maior eficiência se os gestores públicos levarem em consideração as consequências que delas advirão. No limite, a estrita legalidade a que deve se submeter a Administração Pública pode inclusive ser afastada, a depender das peculiaridades do caso concreto.

Também a esfera de controle deve se mostrar sensível a esse novo paradigma, sob pena de inviabilizar a tomada de decisões pela Administração Pública (o chamado “apagão das canetas”). Assim como o processo decisório se tornou mais flexível, também o seu controle precisa acompanhar essa evolução e se mostrar diligente e atento aos diversos aspectos que levam o gestor público às escolhas por ele adotadas.

O estudo do consequentialismo necessariamente se insere nesse contexto, na medida em que essa corrente jurídico-filosófica propõe que o direito não se restrinja mais a fazer apenas uma análise do passado para subsidiar o processo decisório, mas principalmente a fazer uma análise dos possíveis cenários futuros, o que, conforme se verá no decorrer deste trabalho, tem o condão de aperfeiçoar a qualidade e a eficiência da tomada de decisões.

Com relação à eficiência, palavra-chave do pensamento econômico mas ainda pouco compreendida pelos juristas, é patente que deve ser avaliada a cada instante pelo gestor público. Dessa forma, a Administração Pública e o seu respectivo controle, para melhor compreender os diferentes cenários, têm à sua disposição as ferramentas advindas da Análise Econômica do Direito (AED) para ponderar e avaliar as diversas consequências das possíveis ações e omissões das diversas esferas do poder estatal.

Toda essa evolução hermenêutica, que começou na doutrina e se solidificou na jurisprudência dos nossos tribunais, acabou por ser positivada de forma sistemática com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42), especialmente a inclusão dos novos artigos 20 e 21 nesse diploma legislativo, os quais, em apertada síntese, dispõem que as consequências da decisão devem ser consideradas nas esferas administrativa, controladora e judicial.

O Tribunal de Contas da União, como órgão de controle externo da Administração Pública Federal, também foi impactado pelas referidas alterações legislativas. E de duas formas distintas, que se interrelacionam, como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho.

Por um lado, a utilização da abordagem consequencialista pela Administração Pública na tomada de decisões deve ser avaliada pelo TCU. De outra parte, as consequências práticas, jurídicas e administrativas passam a compor necessariamente o rol das fontes de justificação que fundamentam as decisões da Corte de Contas.

Do exposto, o primeiro tópico do desenvolvimento (5.1) abordará aspectos doutrinários referentes ao consequencialismo, seu conceito, suas características, assim como seu desenvolvimento histórico, inicialmente como corrente filosófica e posteriormente como vertente jurídica.

Também nesse tópico serão abordados conceitos básicos que informam a Análise Econômica do Direito e que podem subsidiar o processo de tomada de decisões baseado em consequências. Exploram-se, assim, as ideias de eficiência, custos de transação, externalidades, incentivos e teoria do agente-principal. Ainda no tópico, dedica-se especial atenção à argumentação baseada em consequências de Neil Maccormick.

No tópico seguinte (5.2), são analisadas a forma como o consequencialismo foi positivado nas novas disposições da LINDB e a perspectiva doutrinária sobre as inovações trazidas pelos arts. 20 e 21 da lei.

Em seguida, o terceiro tópico do desenvolvimento (5.3) analisa de que forma o controle externo foi impactado com a abordagem consequencialista e descreve as possíveis repercussões do consequencialismo na atividade de controle externo, em especial seus benefícios e limitações.

Por fim, no último tópico do desenvolvimento (5.4), sem a pretensão de uma pesquisa exaustiva, são colacionados diversos acórdãos da jurisprudência do Tribunal que utilizam expressamente como fundamento decisório os artigos 20 e 21 da LINDB. Compõem uma amostra bastante representativa da aplicação dos parâmetros consequencialistas na jurisprudência do TCU. Busca-se nesse tópico identificar padrões na utilização desses argumentos nos precedentes selecionados.

2. Problema e justificativa

Sob o enfoque do consequencialismo, as decisões do TCU têm observado com mais frequência o disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB? De que forma o TCU leva em conta as consequências práticas na análise das decisões administrativas submetidas ao controle externo e no processo de tomada de suas próprias decisões?

3. Objetivos

3.1. Objetivo geral

Verificar o modo pelo qual o TCU utiliza as disposições constantes dos artigos 20 e 21 da LINDB em suas decisões.

3.2. Objetivos específicos

1. Abordar o consequencialismo jurídico, perspectiva que tem ganhado cada vez mais relevo nas decisões das esferas administrativa, controladora e judicial;
2. Identificar as decisões relevantes do TCU que utilizaram os artigos 20 e 21 da LINDB, ao longo dos exercícios de 2019 a 2022;
3. Extrair, a partir da análise dos relatórios e votos que subsidiaram as referidas decisões, os fundamentos utilizados como razão de decidir e se tais fundamentos consideraram as consequências práticas ou repercussões das decisões adotadas; e
4. Utilizar referencial teórico da Análise Econômica do Direito como ferramental de análise crítica dos fundamentos das decisões investigadas e de suas consequências potenciais.

4. Metodologia

Para responder ao problema de pesquisa, foram selecionadas as principais decisões prolatadas pelo TCU entre os exercícios de 2019 a 2022 que utilizaram como razões de decidir os artigos 20 e 21 da LINDB.

A pesquisa foi realizada a partir de consulta à página da jurisprudência do Tribunal e análise documental qualitativa dos acórdãos, relatórios e votos. O critério norteador para análise das decisões foram os referidos dispositivos da LINDB e, como ferramentas de análise, foram utilizados conceitos próprios da Análise Econômica do Direito (AED).

5. Desenvolvimento

5.1. Consequencialismo

5.1.1 Conceito e características

A presença da abordagem consequencialista na interpretação jurídica é cada vez mais frequente. Em essência, trata-se de um movimento que introduz novas exigências argumentativas ao exercício da atividade decisória estatal.

Inicialmente cabe destacar que o argumento consequencialista é de justificação externa. Robert Alexy, ao tratar dos traços fundamentais da argumentação jurídica, distingue conceitualmente a justificação objeto dos discursos jurídicos em: (i) justificação interna; e (ii) justificação externa¹. A justificação interna diz respeito ao silogismo jurídico que leva à incidência da norma jurídica ao fato uma vez preenchidos os requisitos jurídicos previstos. A justificação externa diz respeito, tão somente, às premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo.

Com mais precisão, destaca Roberto Codorniz Leite Pereira:

*“O argumento utilitarista, por exemplo, segundo o qual uma prática é justificada em razão do bem comum gerado à sociedade, não diz respeito à interpretação de uma regra de direito positivo (sob a perspectiva da sua adequação com um determinado critério de validação sistêmico), tampouco de enunciados empíricos. Neste exemplo, o argumento é externo ao sistema jurídico. Imagine-se, ainda, uma situação hipotética em que determinada corte julgadora tenha deixado de proferir determinada decisão por receio de criar um precedente cujos efeitos futuros vislumbrou serem potencialmente indesejados. Novamente, o argumento apontado não diz respeito nem a regras do direito positivo nem a enunciados empíricos, sendo externo à regra jurídica objeto de interpretação, mas a ela retornando no tocante à ponderação quanto aos efeitos da interpretação a ser adotada para que, enfim, se construa a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto (i.e., evitar um precedente perigoso pode ser uma forma de se concretizar o princípio da segurança jurídica)”.*²

O consequencialismo jurídico é guiado pela ideia de que o processo de tomada de decisões não pode se limitar ao exame da legislação e da jurisprudência a partir de construções teóricas tipicamente jurídicas, como a hermenêutica dos princípios. Além dessas análises, deve acontecer a perquirição das consequências práticas da

¹ ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 219.

² PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O consequencialismo decisório e a sua relevância para o Direito Tributário. Revista Direito Tributário Atual 38-2017

decisão, inclusive com relação às alternativas possíveis, considerada uma perspectiva sistêmica e de longo prazo.

Por consequencialismo entende-se a adaptação das decisões às suas consequências na realidade para as quais são destinadas, com flexibilização do entendimento tecnológico das normas, na busca de uma justiça transcendente³.

Na conceituação de Brandão e Farah, “é um programa teórico que condiciona a adequação jurídica de uma decisão à valoração das consequências relacionadas a ela e às suas alternativas”⁴.

Nesse contexto, o consequencialismo jurídico é uma “postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito”, pelo qual a decisão que o acolher deverá fundamentadamente apresentar as respectivas consequências jurídicas. Estas, por sua vez, são estados imediatos ou imediatamente futuros e devem ser identificadas na respectiva decisão⁵.

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “o argumento de consequência [...] consiste na consideração das influências e das projeções da decisão judicial – boas ou más – no mundo fático” bem como em que “efeitos econômicos, sociais e culturais – prejudiciais ou favoráveis à sociedade – devem ser evitados ou potencializados pelo aplicador da norma, em certas circunstâncias”⁶.

Adequado também se mostra o conceito adotado por Heleno Taveira Tôrres segundo o qual o argumento consequencialista funda-se em um “modelo fundado no dirigismo da decisão segundo critérios baseados nas consequências práticas externas ao sistema jurídico, como justificativa para valorização dos fatos e normas aplicáveis”⁷.

A consequência inerente à ideia de consequencialismo, como parece evidente, traz em si um sentido de empirismo. Se o que se almeja é ter algum olhar para frente e, de algum modo, alcançar um resultado a partir de determinada decisão, não é concedido fazer esta operação sem um suporte com algum grau de segurança. Para se evitar que se confundam consequência e palpite, a decisão consequencialista deve pautar-se em uma “base, lógica ou empírica, de evidenciação”⁸.

³ GANDRA, Ives. O Supremo Tribunal Federal e o consequencialismo jurídico. Artigo publicado no jornal “O Estado de São Paulo”, Caderno Opinião em: 17/07/2020.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2020. p. 835.

⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018, p. 47-49

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito Tributário Atual vol. 24. São Paulo: Dialética e IBDT, 2009

⁷ TÔRRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica em matéria tributária e consequencialismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos. Op. Cit. p. 50

5.1.2. Evolução histórica

O consequencialismo surge, como instrumento para a tomada de decisão, na tradição da filosofia moral do século XVIII, especialmente nas obras de David Hume (Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral – 1748) e Jeremy Bentham (Uma introdução aos princípios da moral e legislação – 1789).

Sobre a diversidade do pensamento consequencialista, assim se manifesta Edilson Vitorelli:

*“O consequencialismo é uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir. As concepções consequencialistas se opõem à vertente filosófica deontológica, que defende, pelo contrário, que o valor ou desvalor das ações é inerente e independente das suas consequências”.*⁹

Nas palavras de Cristiano Carvalho, “para os consequencialistas, a ênfase deve ser dada aos possíveis resultados ou aos fins pretendidos pelo agente, isto é, um ato não é moral ou imoral a priori, mas será um ou outro, a depender das consequências dele resultantes”¹⁰

Dentre as teorias filosóficas que se propuseram a desvendar a lógica consequencialista, destaca-se a corrente do utilitarismo clássico, que, capitaneada por Jeremy Bentham, John Stuart Mill e Henry Sidgwick, elaborou a seguinte tese: uma consequência valiosa é aquela que é útil à sociedade, que preserva a felicidade da maioria.

Sobre essa teoria, Sidgwick observa:

*“Por Utilitarismo entende-se aqui a teoria ética, essa da conduta segundo a qual, sob quaisquer circunstâncias dadas, o que é objetivamente correto, é o que produzirá o maior montante de felicidade no todo, isto é, levando em consideração todos cuja felicidade é afetada pela conduta”*¹¹.

Especialmente acerca do consequencialismo jurídico, é importante ressaltar que a superação do modelo absolutista, no final do século 18, abriu espaço para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, que possui como característica central a distribuição das funções típicas de Estado entre distintos órgãos, independentes e harmônicos.

⁹ VITORELLI, Edilson. (2020). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. *Revista De Direito Administrativo*, 279(2), 79–112

¹⁰ CARVALHO, Cristiano. Teoria da decisão tributária. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

¹¹ SIDGWICK, H. (1874). *The Methods of Ethics*. London: Macmillan and Co., 1907, p. 411.

Essa divisão das funções de Estado mostrou-se favorável à ascensão do pensamento positivista, que reconhece no Poder Legislativo a autoridade típica para a definição dos caminhos políticos da sociedade, relegando aos demais poderes estreita margem de interpretação sobre a vontade da lei, teoricamente portadora da vontade popular.

O pensamento positivista desenvolveu-se ao longo do século 19 e encontrou o seu apogeu no século 20, tendo a lei como fonte jurídica por excelência. O Código Civil francês de 1804, com sua pretensão de completude, é um dos documentos históricos que melhor simbolizam o período marcado pelo domínio da lei.

Como ressalta José Maria Arruda de Andrade, o legalismo, ao vincular a interpretação do direito à “exegese literal da mensagem”, passa a ser a principal proteção das garantias fundamentais e, também, da própria separação de poderes.¹²

Junto com a codificação, veio a compreensão da época de que o foco principal do ensino e da aplicação do direito deveria ser o de excluir a incerteza e a arbitrariedade na aplicação jurídica. Isso implica a transformação do juiz em máquina com a função de reproduzir o conteúdo da lei, sem qualquer traço de criatividade.¹³ Dessa forma, “a atividade interpretativa se resumia a uma atividade lógica de subsunção, de verificar a ocorrência dos pressupostos normativos no mundo dos fatos e aplicar-lhes as consequências determinadas pelo Poder Legislativo”¹⁴.

A vinculação formal à lei serviria, segundo os teóricos da Escola da Exegese, como forma de diminuição da incerteza no processo jurídico-dogmático, contribuindo para a redução da indeterminação na escolha do intérprete. Acontece, contudo, que esse material legislativo não se encontra perfeitamente organizado e pronto para ser aplicado aos casos concretos. Muito pelo contrário: constatou-se que as disposições são, em geral, contrárias e contraditórias, e que devem ser sempre interpretadas pelo aplicador. Por isso, não há como se falar em reprodução automática da lei por um juiz que não interpreta.¹⁵

No entanto, as transformações culturais ocorridas ao longo do século 20, frutos da extrema complexificação das relações sociais, atingiram o núcleo do pensamento positivista. Rompeu-se a consagrada noção de que textos gerais e abstratos poderiam servir, independentemente da atividade interpretativa, para a concretização do ideal de justiça. Tem início, então, o movimento pós-positivista, que passou por grande desenvolvimento na segunda metade do século e influenciou de maneira determinante o pensamento jurídico contemporâneo.

¹² ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação da norma tributária. São Paulo: MP Editora. 2006. P. 36-37

¹³ KELLY, J. M. Uma breve história do direito Ocidental. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010. P. 411.

¹⁴ SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. A LINDB e a gestão pública eficiente: desafios da implementação do consequencialismo responsável. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021, p. 171

¹⁵ CARDOSO, Eduardo Monteiro. O consequencialismo jurídico no direito tributário e a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal para a fixação de teses com repercussão geral. PUC – SP. São Paulo. 2019. P. 37

Eduardo Monteiro Cardoso traça o seguinte panorama:

“O momento pelo qual passamos é de confiança na transformação social por meio do direito. Se o início do século 20 marcou o surgimento de um modelo de Estado disposto a intervir para solucionar problemas sociais, o período posterior à segunda guerra mundial foi marcado pela institucionalização desses direitos sociais em Constituições com perfil fortemente dirigente, como a brasileira de 1988. A previsão desses direitos no instrumento fundante da ordem jurídica estatal acabou por depositar esperanças num certo papel transformador do direito, como se por meio desse sistema fosse possível garantir a todos a inclusão social, econômica e política.

A crença num papel transformador do direito também levou ao fortalecimento de seus órgãos decisórios. De repente, o Judiciário se viu dotado de instrumentos para intervir mais fortemente na política, na economia e no próprio sistema social. E, com isso, assumiu um protagonismo que antes era exercido por Executivo e Legislativo.”¹⁶

Tercio Sampaio Ferraz Jr. descreve esse processo de alteração da função do Poder Judiciário do seguinte modo:

“Os direitos sociais, produto típico do Estado do Bem-Estar Social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um a priori formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isso altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados observados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).”¹⁷

O movimento pós-positivista promoveu uma importante reestruturação no arcabouço de fontes jurídicas. A lei se mantém como fonte formal por excelência, mas a sua interpretação passa a conviver com os princípios, que, reposicionados na hierarquia da atividade hermenêutica, passam a desempenhar a função de balizas valorativas para a concretização dos direitos, em especial no que diz respeito à interpretação constitucional.

Dworkin demonstrou, por meio do ponto de vista interno relativo à fundamentação das decisões judiciais, que a identificação do direito não se dá exclusivamente por meio de conceitos formais. Existem princípios morais e de políticas públicas que são considerados vinculantes pelos juízes e empregados na justificação das suas decisões.

¹⁶ CARDOSO, Eduardo Monteiro. Op. Cit. P. 46

¹⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Argumentação Jurídica. -. São Paulo: Manole, 2014. P. XVIII

Com a maior valoração dos princípios, que reaproxima o direito da moral, a argumentação jurídica experimentou o crescimento no uso de conceitos jurídicos indeterminados e de valores jurídicos abstratos. Trata-se de um fenômeno que tem como consequências o aumento da liberdade do intérprete e a redução da previsibilidade do direito¹⁸.

O problema se desloca, com isso, da identificação do direito para a justificação das decisões judiciais. Antes se aplicava o direito por meio do esquema regra/exceção, hoje a sua aplicação se pauta pela ponderação de objetivos e consequências¹⁹.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. descreve essa mudança de paradigma da seguinte forma:

*“Na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de vetor deixam de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi realizado, mas como ele se realizará. A civilização tecnológica, nestes termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de governo, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele fez, passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer”.*²⁰

É nesse contexto que emergem as doutrinas pragmatista e consequencialista, exigindo das autoridades julgadoras o enfrentamento da realidade prática e das consequências concretas do ato decisório. Tem-se, portanto, um incremento no ônus argumentativo do órgão julgador, que assume o dever de ponderar, na motivação de suas decisões, os aspectos práticos relacionados ao caso concreto e as variadas consequências do conteúdo decisório.

5.1.3 Análise Econômica do Direito

A AED se refere à aplicação de métodos econômicos a questões jurídicas. Nesse sentido, tendo em vista que o Direito tem a pretensão de regular o comportamento humano e que a Economia é a ciência que estuda a tomada de decisões em um mundo de recursos escassos e suas consequências, a AED emprega o referencial teórico da Economia para expandir a compreensão e o alcance do direito,

¹⁸ ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, set./dez. 2019. p. 120.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmatica jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 62.

²⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Op. Cit. P. XVIII

aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas e decisões jurídicas, especialmente com relação às suas consequências.

Sem prejuízo da utilização dos demais métodos hermenêuticos, a Análise Econômica do Direito é uma das lentes pelas quais se pode observar o Direito. Ressalta as consequências, implicações e incentivos provocados pela norma jurídica geral ou concreta. O Direito impescinde da realidade, pois é ela quem informará elementos essenciais à formação do convencimento do julgador.

Nesse particular, essa linha hermenêutica tem como aspecto fundamental o viés econômico da discricionariedade decisória dos magistrados. A esse respeito, Posner afirma:

*“(...) O positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional representam os dois extremos na antiga controvérsia sobre a discricionariedade judicial. A teoria econômica, tal como explico neste livro, representa uma posição intermediária. De acordo com ela, os juízes exercem e devem exercer a discricionariedade. Esta, porém, deve seguir os ditames de uma teoria econômica aplicada ao direito: a chamada “análise econômica do direito” ou “direito e economia” (law and economics)”.*²¹

Ainda de acordo com Richard Posner, considerado um dos pais fundadores da *Law and Economics*, na Escola Americana de Chicago, a partir da década de 1970, a análise econômica do direito corresponde ao mais importante desenvolvimento do pensamento jurídico do último quarto do século XX, tendo a Economia se espalhado para uma crescente gama de questões jurídicas a ela não vinculadas tradicionalmente.²²

A análise econômica oferece instrumentos úteis ao mundo jurídico, pois calcada em uma teoria sobre o comportamento humano que inexistente no Direito. Auxilia, assim, na compreensão dos fatos sociais, seja através de um diagnóstico da realidade objetiva (análise positiva), seja por meio uma prognose (análise normativa) de como os agentes responderão a determinados incentivos legais.²³

A novidade da AED é dar uma fundamentação econômica à teoria do direito e, neste sentido, mais que se centrar nos efeitos das normas, terá que se centrar na eficiência e, portanto, no princípio da maximização²⁴.

A análise econômica objetiva uma alocação eficiente dos recursos disponíveis. Desse modo, a eficiência constitui o âmago da AED. A eficiência almeja a

²¹ POSNER, Richard. “Perspectivas filosóficas e econômicas”. In: _____. Para além do direito. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2009

²² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3ª ed. Wolters Kluwel, 1986, p. 17

²³ GICO JÚNIOR, Ivo; Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. P. 18.

²⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações*. *Direito, Estado e Sociedade* - v.9 - n.29 - p 49 a 68 - jul/dez 2006

maximização da utilidade ou do bem-estar social e a minimização dos custos sociais envolvidos.

Existem basicamente dois tipos de análise de eficiência: a de Pareto e a de Kaldor-Hicks. Geralmente as análises de custos e benefícios das políticas públicas são baseadas nesses dois critérios de eficiência.

O critério de eficiência de Pareto estipula que uma determinada medida é eficiente somente quando melhora o nível de bem-estar de um agente sem piorar o nível de bem-estar de outro indivíduo. Por exemplo, se uma determinada medida pode gerar benefícios para um determinado cidadão ou grupo social sem gerar perdas para ninguém, diz-se que tal medida é eficiente no sentido de Pareto. O uso da eficiência de Pareto tem problemas práticos. Em determinadas medidas que atingem milhares de cidadãos, difícil afirmar com segurança que não haja cidadãos que fiquem em uma situação pior.

Uma alternativa mais fácil de ser monitorada na prática é o critério de eficiência de Kaldor-Hicks. Sob essa análise, uma solução é eficiente se produzir mais ganhos que custos. Nesse cenário, deve haver uma compensação por parte dos ganhadores em favor dos perdedores. Percebe-se que os benefícios auferidos pelos ganhadores devem superar as perdas dos seus oponentes, pois, caso contrário, não há possibilidade de pagar pela compensação. Assim, de acordo com Kaldor-Hicks, quando os ganhos são superiores às perdas, há acréscimo de riqueza e, portanto, a troca seria eficiente.

Desse modo, seja qual for o critério de eficiência adotado, em um panorama de escassez de recursos, uma norma ou uma decisão jurídica que gere desperdícios, perdas injustificadas e desatendimento às legítimas pretensões dos agentes, deve ser considerada ineficiente e, portanto, contrária ao direito, de acordo com a perspectiva da AED.

Nesse sentido a lição de Gico Junior:

“Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. Nesse sentido, a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta, e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos com uma dada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (...). Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição

necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.”²⁵

Outro importante conceito da AED que pode ser útil para análise das consequências práticas das decisões é o conceito de custo de transação. Não se refere apenas ao valor pago pelo bem ou serviço (custo monetário), mas sim a todos os custos necessários para que a transação se efetive.

Salama assim os define:

“[...] são os custos que cada indivíduo, firma ou organização incorre ao se relacionar com outros indivíduos, aí se incluindo os custos de procura de parceiros para negociar, os custos de negociação e os custos com a formação de acordos e monitoramento (inclusive judicial) dos intercâmbios após o acordo, e ainda os custos de oportunidade”²⁶

Englobam os custos *ex ante* decorrentes do levantamento de informações e também os custos *ex post* referentes à gestão do contrato, inclusive aqueles referentes ao custo de defesa no caso de descumprimento pela outra parte das cláusulas avençadas.

Os custos de transação se relacionam com o conceito de assimetria de informação, uma vez que os agentes tomadores de decisão não dispõem de todas as informações necessárias no momento da decisão, circunstância que inevitavelmente gera maiores custos.

De igual forma, o conceito de externalidades é fundamental para a avaliação das consequências das decisões. As externalidades são falhas de mercado que podem ser entendidas como custos ou benefícios que não são internalizados pelos agentes decisórios mas que são impostos diretamente a terceiros. O benefício que uma decisão trazer para outras pessoas é chamado de externalidade positiva; o custo que gerar sobre outras pessoas é chamado de externalidade negativa.

No âmbito governamental, também adquire especial relevância a teoria da agência da AED. Uma relação de agência é estabelecida entre um indivíduo ou organização (o principal) que transfere responsabilidade para outro (o agente) realizar determinada tarefa de interesse do principal. A relação agente-principal em organizações públicas ocorre porque os agentes públicos das organizações públicas podem valorizar mais seus interesses pessoais em detrimento do interesse público. O principal, na maior parte das ocasiões, não tem conhecimento pleno do caráter do agente e, além disso, as informações estão mais próximas do agente do que dele.

²⁵ GICO JÚNIOR, Ivo. Op. Cit. P. 27.

²⁶ SALAMA, B. M. (org). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

Carvalho Neto expõe o conflito de agência da seguinte forma:

“[...] os conflitos de agência aparecem quando o bem-estar de uma parte – o proprietário – denominada principal, depende das decisões tomadas por outra, responsável pela gestão do patrimônio do principal, denominada agente. Embora o agente deva tomar decisões em benefício do principal, muitas vezes ocorrem situações em que os interesses dos dois são conflitantes, dando margem a um comportamento oportunista por parte do agente”²⁷

Dessa forma, observa-se uma natural assimetria de informações entre principal e agente. O grau de assimetria pode ser maior ou menor a depender se as atividades de Estado forem, respectivamente, pouco ou muito transparentes e se houver baixa ou alta *accountability*.²⁸

Por fim, importante trazer à tona o conceito de incentivos da AED. Incentivos são fatores endógenos ou exógenos que conduzem o indivíduo ou a organização a um determinado comportamento. Essa ideia remete necessariamente à ideia de consequencialismo, uma vez que impor normas e decisões sem compreender o contexto dos efeitos gerados e das reações dos destinatários pode levar a soluções inadequadas.

5.1.4 Neil Maccormick e sua teoria da argumentação jurídica

Um autor consagrado na temática da análise econômica do direito e do consequencialismo é Neil MacCormick. Catedrático de Direito Público na Universidade de Edimburgo, na Escócia, MacCormick foi um atuante jurista na área de raciocínio jurídico e sobre relações entre direito, moral e política.

Alega o autor que o que distingue as teorias consequencialistas é a utilização, como critério máximo para a avaliação de uma ação ou de uma instituição, do valor das suas consequências globais – a subtração dos custos frente aos benefícios, considerando todos os afetados.²⁹

Um dos aspectos centrais de sua obra sobre argumentação baseada em consequências reside na sua preocupação com a influência das decisões no comportamento futuro dos indivíduos, que deve ser uma das consequências a serem avaliadas antes da decisão. O autor defende que uma decisão “não servirá de critério apenas para o caso em exame, mas para todos os outros análogos”³⁰.

²⁷ CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: Programa de Aprimoramento Profissional em Auditoria - PROAUDI, 2015. Instituto Serzedello Corrêa. TCU.

²⁸ SÁ, Luís Filipe Vellozo Nogueira de. DETONI, Robert Luther Salviato. A Nova LINDB e o Controle Externo: Uma breve reflexão sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Revista do MPC

²⁹ MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 58.

³⁰ ALVES, Francisco Sérgio Maia. Op. Cit. P. 126.

Maccormick reconhece o caráter argumentativo do direito, o que leva a uma mudança do conceito de fontes jurídicas, que passam a ser vistas como materiais passíveis de interpretação, cuja validade passa a ser reafirmada por meio do processo argumentativo. A argumentação jurídica produziu uma inovação na metodologia jurídica tradicional, uma vez que incorporou ao seu objeto a compreensão dos argumentos, possíveis e efetivos, utilizados para a justificação das decisões judiciais. Isso ganha particular relevância nos denominados *hard cases*, em que o ferramental teórico do positivismo normativista se mostrou insuficiente³¹.

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira assim descrevem o pensamento de MacCormick:

*“MacCormick rejeita o sistema de construção decisória puramente baseado em consequências, sob o fundamento de que ele exclui a possibilidade de justificação racional da decisão, já que o futuro é desconhecido e cadeias de consequências podem se desenvolver ao infinito. Mas ele tampouco entende plausível um sistema que não considere as consequências como fator relevante no processo decisório. Sugere uma visão intermediária; para ele, alguns casos exigem que sejam consideradas as consequências como parte do processo decisório: são os casos problemáticos, assim entendidos aqueles capazes de ensejar interpretações distintas e que admitem respostas conflitantes, todas elas legalmente admissíveis.”*³².

Nesse diapasão, sustenta MacCormick que a análise consequencialista não tem espaço se conflitar com a norma positiva vigente. Assim, o uso de fundamentos consequencialistas representaria um incremento na argumentação jurídica para a construção de soluções adequadas apenas em situações de lacunas ou ambiguidades normativas, ou em casos difíceis que coloquem o julgador diante de dissensos insuperáveis com as ferramentas da hermenêutica jurídica.

MacCormick propõe uma escala de construção argumentativa composta por três etapas distintas: (i) primeiramente, as decisões judiciais devem atender ao critério de consistência, ou seja, deve-se demonstrar que determinada decisão está em plena conformidade (i.e., não contraria) com todas as demais regras jurídicas do Direito; (ii) em segundo lugar, impõe-se o critério de coerência, segundo o qual a decisão deve estar ancorada em princípios jurídicos bem como estar em conformidade com outras regras jurídicas que estes princípios repute serem relevantes; e, por fim, (iii) tem-se o argumento consequencialista.³³

³¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 46.

³² DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019, p. 124-125.

³³ MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the rule of law – a theory of legal reasoning. Law, State and Practical Reasoning Series. Oxford University Press, 2009, p. 104.

Portanto, de acordo com Maccormick, o consequencialismo somente será legítimo quando a decisão judicial mantiver tanto a coerência como a coesão do sistema jurídico.

A partir desses critérios, será possível diferenciar o consequencialismo jurídico do ativismo judicial consequencialista, como faz Georges Abboud: “o ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete”.³⁴

5.1.6 Críticas ao consequencialismo

De acordo com Souza Neto, existem três críticas principais ao consequencialismo. A primeira se reflete na ponderação de consequências a ser realizada pelo Poder Judiciário, quando exerce uma função que é típica dos poderes Executivo e Legislativo. A segunda crítica diz respeito a uma possível politização da Justiça. E, por fim, o “caráter utilitarista”, que poderia, em nome de um pretense benefício coletivo, suprimir direitos individuais, atentando contra a Constituição, em especial o Princípio da Dignidade Pessoa Humana³⁵.

Já Streck afirma que, no pragmatismo jurídico, o direito é visto como essencialmente indeterminado, o que conduz a uma elevada possibilidade de discricionariedade na interpretação do direito. Seria uma teoria anti-hermenêutica, sendo uma dimensão absolutamente pragmática uma “inimiga mortal da coerência e integridade do direito”³⁶

Uma outra crítica que pode ser formulada é a de que a subjetividade na análise das consequências no processo de tomada de decisão pode tornar impossível a previsão do resultado judicial mesmo que o direito seja dado como certo, o que agravaria a insegurança jurídica e comprometeria a consistência do regramento do ordenamento jurídico.

5.2 Consequencialismo na LINDB

Atualmente, a análise de cunho consequencialista transbordou a mera proposição doutrinária e jurisprudencial para ser objeto de posituação, sobretudo com

³⁴ ABOUD, Georges. Consequencialismo Jurídico: O Lugar da Análise de Consequências em Direito e os Perigos do Ativismo Judicial Consequencialista. In: Revista dos Tribunais, vol. 1009/2019, Novembro/2019, p. 123-135.

³⁵ SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 8, n. 37, maio/jun. 2006, p. 11-12.

³⁶ STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, Letramento, 2017, p. 224-225.

o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Nas palavras de Flávio Guilherme Cavalcanti dos Santos:

“Com o consequencialismo positivado na LINDB, tem-se um processo decisório que incorpora também elementos do porvir, introduzindo um viés prospectivo à atuação da instância decisória. Quebra-se o paradigma temporal da orientação interpretativa vinculada ao passado, se assim podemos caracterizar a produção jurídica tradicional, ou a mais comum e abundante, para dar relevância normativa aos resultados que advirão da decisão, passando o futuro a ganhar legitimidade como fundamento decisório.”³⁷

No entanto, a análise consequencialista na LINDB não pode ser compreendida como algo totalmente inovador no direito pátrio. A esse respeito, Nobre Júnior, concordando com a compreensão de que não houve grandes novidades com a edição da Lei nº 13.655/2018, afirmou que o mérito da lei estava em imprimir uma cultura aos órgãos de controle que permitisse um desenvolvimento ágil da Administração na realização do interesse público.³⁸ Luís Roberto Barroso defendia, ainda em 2005, que, nas decisões proferidas em casos difíceis, que são os que comportam mais de uma solução possível e razoável, mediante processo de ponderação para solução de conflitos normativos, o intérprete deveria, visando assegurar a legitimidade e a racionalidade da interpretação, levar em consideração as consequências práticas que sua decisão produziria no mundo dos fatos.³⁹

Também Flávio Guilherme Cavalcanti dos Santos não endossa o caráter inovador da LINDB:

“Apesar de sua incontestável relevância para o direito público hodierno, a Lei nº 13.655/2018 ‘não inova’, sendo possível compreendê-la como um reforço imperativo a diversos comandos legais e constitucionais prévios que demandavam determinados comportamentos dos órgãos instituídos quando do exercício dos poderes juridicamente concedidos, além de dar força de lei a algumas tendências pragmatistas que já se observavam na dinâmica do direito, sobretudo o administrativo.”⁴⁰

De todo modo, a lei teve sua origem em anteprojeto de autoria dos juristas Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que tinham como objetivo prover força normativa a valores pragmáticos presentes na doutrina e na jurisprudência, mas até então não incorporados ao direito positivo de forma

³⁷ SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. Op. Cit. p. 137.

³⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019, p. 34.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005

⁴⁰ SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. Op. Cit. p. 171

consolidada. O anteprojeto surge com a finalidade declarada de estabelecer um ambiente de maior segurança jurídica e propiciar espaço para a inovação na gestão pública.

Em artigo que se tornou clássico para os estudiosos do tema, os renomados juristas assim resumiram as ideias do anteprojeto:

*“Fala-se em gestão pública, em políticas públicas, em consequências práticas das decisões, em obstáculos e dificuldades reais do gestor, em circunstâncias práticas e em alternativas de decisão. Tudo a ver com uma visão mais atual e pragmática do direito público. Garantem-se direitos e mecanismos para a transição jurídica adequada em caso de mudanças, para a estabilização de relações jurídicas, para a eliminação de incertezas jurídicas, para a solução consensual de dificuldades ou conflitos e para a participação da sociedade na produção de normas administrativas. São ganhos significativos para o direito público”*⁴¹

No mesmo artigo, os autores estabeleceram as seguintes diretrizes, que se consubstanciaram nos dispositivos da Lei nº 13.655/2018:

“Como é amplo e crescente o grau de indeterminação das normas, em especial as de direito público, é preciso impedir que as autoridades, ao delas extraírem consequências concretas – criando direitos, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, o façam de modo superficial. É possível combater a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre questões jurídico-políticas pela adoção do paradigma de que as autoridades não podem tomar decisões desconectadas do mundo real; de que elas têm o dever de medir consequências, de considerar alternativas, de analisar a necessidade e a adequação das soluções cogitadas, de pesar os obstáculos e circunstâncias da vida prática etc. Além disso, em nome da segurança jurídica, é preciso impedir que, por via de simples interpretação de normas totalmente indeterminadas, as autoridades públicas instituem, sem um regime adequado de transição, deveres e proibições específicas para sujeitos certos, modificando situações jurídicas com efeitos em relação ao passado”.⁴²

O projeto foi apresentado inicialmente no Senado Federal, encampado pelo então Senador Antônio Anastasia, tendo sido aprovado nas duas casas legislativas nas respectivas comissões de constituição e justiça.

Edilson Vitorelli tece crítica contundente sobre o trâmite do projeto de lei:

“O modo como essa alteração foi feita está longe de ter sido dos mais elogiáveis. Alterou-se aquela que é considerada a mais importante lei do direito brasileiro, a Lex Legum, em um cenário formalmente legal, mas democraticamente

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 277-285.

⁴² Ibidem, p. 279.

reprovável. O projeto de lei passou anos esquecido no Congresso Nacional, sem ser debatido nem por parlamentares, nem em audiências públicas, para ser, depois, aprovado às pressas, em uma votação terminativa na Câmara dos Deputados, sem ser sequer submetido à votação de plenário. Houve recurso dessa aprovação pela deputada Erika Kokai, o qual foi derrubado por acordo de líderes.

No recurso da deputada, constou expressamente a crítica à falta de debates durante a tramitação, que não se coaduna com a importância da norma: ‘A tramitação de forma terminativa não permitiu os necessários debates públicos sobre o tema que interessa não apenas à Administração Pública, mas também aos cidadãos como administrados, aos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas e as Controladorias, e ao Poder Judiciário. A proposta de alteração legislativa, no entanto, tem como destinatários não apenas representantes da Administração Pública, como, ainda, os órgãos de controle administrativo e o Poder Judiciário na tarefa de aplicação normativa, além de atingir, como corolário, a própria esfera de cidadania dos administrados’⁴³

De modo geral, as mudanças inseridas na LINDB buscaram “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”⁴⁴.

A LINDB é a norma geral orientadora da interpretação das demais e é equivocado considerar, de plano, que as recentes mudanças legislativas tenham incorporado ao texto legal a própria Análise Econômica do Direito, ou sequer que a ela correspondam. Em verdade, os novéis dispositivos vêm consignar o que seria dado a qualquer magistrado que tenha superado a Escola da Exegese: a necessidade de considerar as consequências práticas de suas decisões.⁴⁵

Pode-se vislumbrar, ainda, que a demanda legislativa por uma análise mais rigorosa do contexto prático seja uma reação ao abuso das argumentações abstratas, de superfície, com emprego indiscriminado de princípios jurídicos. Segundo Rückert, “demandas por leis claras costumam ser, ainda hoje, a primeira reação do povo e da política em relação a vários problemas”. E conclui: “Não por acaso, encontramos hoje asfixiados por uma onda de reação legislativa que dificilmente se deixa dominar e ordenar por princípios”⁴⁶.

A utilização de valores jurídicos abstratos na fundamentação de decisões se alastrou com a imperatividade dos princípios e a presença cada vez mais frequente

⁴³ Vitorelli, Edilson. Op. Cit. P. 79–112

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/ FGV-Rio, 2017, p. 22.

⁴⁵ CATÃO, Adualdo de Lima. CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. O que se entende por “Análise Econômica do Direito”? Uma necessária delimitação teórica. Revista Científica da FASETE 2019.1, p. 200.

⁴⁶ RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018, p. 242.

de conceitos jurídicos indeterminados em dispositivos normativos, sem que na mesma proporção fosse observado o cuidado do julgador com a construção de uma motivação racional e objetiva, na qual os interessados possam verificar os fundamentos jurídicos e fáticos que deram suporte à decisão. Justen Filho denuncia o emprego de fórmulas gerais e imprecisas com uma dimensão retórica, a fim de encobrir escolhas subjetivas potencialmente arbitrárias e impedir a crítica.⁴⁷

Nesse contexto de imprecisão, faz-se firme a convicção de que o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito (AED) poderá contribuir de forma decisiva na mensuração das consequências e na ponderação concreta das possíveis alternativas decisórias, pois parece existir, ainda que de forma intuitiva, uma estreita ligação entre o marco teórico da AED e as ferramentas que serão necessárias para que os agentes públicos apliquem a nova LINDB de forma adequada.

No entanto, Flávio Guilherme Cavalcanti dos Santos alerta para os riscos de um “consequencialismo festivo”, que desconsideraria os precedentes legais e jurisprudenciais para orientar-se exclusivamente pelas consequências, ao tempo em que, ao desprezar os efeitos sistêmicos das decisões, poderia promover insegurança jurídica, contrariando as próprias expectativas dos criadores da Lei nº 13.655/2018.⁴⁸

Conclui o autor:

“Uma decisão de segunda ordem que orienta o respeito às regras legais e aos precedentes jurisprudenciais também pode ser considerada uma decisão pragmática e que preza pela eficiência do sistema, tanto pela preservação da coerência sistêmica, protegendo a estrutura democrática com o respeito ao comando legislativo, quanto pela redução de custos informacionais e temporais necessários a uma deliberação baseada em consequências. Compreendemos que essa é a decisão contida na LINDB, haja vista que a decisão consequencialista deve se dar quando fundada em valores jurídicos abstratos, dada a característica ausência de densificação prévia por parte do legislador. Assim, chegamos a um consequencialismo responsável, que não despreza o valor da tradicional dogmática jurídica.”⁴⁹

5.2.1 O art. 20 da LINDB

O art. 20 da LINDB, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018, imputa ao órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle) o dever de observar “as consequências práticas” da sua decisão.

Segue o texto do dispositivo:

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, 23 nov. 2018. p. 23.

⁴⁸ SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. Op. Cit. p. 178-179.

⁴⁹ Ibidem, p. 179.

“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.”

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira apontam o ineditismo do dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro:

“O caput do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto.

Esse postulado não se aplica apenas à decisão judicial. Ele também se aplica às decisões administrativas e às decisões tomadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas e as agências reguladoras.”⁵⁰

Nesse mesmo sentido, lecionam Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis:

“[é] assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle.”⁵¹

O propósito do art. 20 da LINDB é o de garantir a segurança jurídica por meio da tomada de decisões mais fundamentadas, já que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”⁵².

Nesse contexto, assim destaca Fernando Leal:

“[e]m um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit. p. 122.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Op. Cit. p. 23.

⁵² SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: Direito administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225.

críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos quantitativos. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago”⁵³

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira entendem que a expressão “valores jurídicos abstratos” é utilizada no caput do art. 20 para designar princípios normativos menos densificados, que carecem de densificação diante do caso concreto, e desse modo entendem os autores pelas seguintes razões por eles enumeradas:

“Primeiro, porque, a considerar o motivo pelo qual o dispositivo foi inserido na LINDB – exigir maior esforço argumentativo do julgador, como forma de garantir a segurança jurídica pela melhora da qualidade da fundamentação –, é exatamente no campo dos princípios menos densificados que os fatores de preocupação e de insegurança se mostram mais presentes.

Segundo, porque a diferença básica entre regras e princípios é que o princípio estabelece uma finalidade a ser alcançada sem necessariamente especificar a forma de alcançá-la, enquanto a regra determina a consequência (faculdade, obrigação ou proibição) da ocorrência, no plano fenomenológico, de certo fato ou conjunto de fatos.

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma. (...)

Terceiro, porque exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com qualquer conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira.

É inconcebível pensar que, ao se deparar com conceitos indeterminados como “erro grosseiro”, “verdade”, “interesse público”, entre tantos outros, o julgador deve, obrigatoriamente, fazer um juízo preditivo das consequências práticas da sua opção por um ou por outro sentido.”⁵⁴

Cabe ainda destacar que o art. 20 contém, no seu parágrafo único, regra que impõe ao julgador dever específico de motivação. Torna-se necessário que o julgador discrimine quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e as respectivas

⁵³ LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit. p. 118-120.

consequências práticas de cada um deles, justificando a solução decisória à luz do princípio da proporcionalidade (subprincípios da necessidade e adequação).

Conforme ensina Gilmar Mendes, o subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. Do subprincípio da necessidade decorre que não se vislumbra nenhum meio menos gravoso para o indivíduo que se revela eficaz na consecução dos mesmos objetivos.⁵⁵

Sobre o dever de motivação:

“(…) o grande elo entre a atuação administrativa escorreita e seu necessário controle judicial ocorre pelas vias da adequada motivação e fundamentação do ato administrativo. Apenas com a demonstração objetiva sobre o que se fez, como se fez e quais os objetivos fitados a alcançar-se, na expressão clara dos motivos que consubstanciam o ato administrativo, e a corresponde justificação, haverá possibilidade de se cumprir os respectivos ditames constitucionais que determinam a atuação administrativa harmônica e plenamente sindicável inclusive pelo Estado-juiz”⁵⁶

Fredie Didier Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira assim descrevem as etapas a serem percorridas pelo julgador com vistas à correta aplicação do art. 20 da LINDB:

“Depois de apurar o princípio normativo que regula o caso e seus possíveis sentidos, e depois de considerar as consequências práticas decorrentes da adoção desses possíveis sentidos, cabe ao julgador adotar a solução que, em comparação com as outras soluções possíveis para o caso, demonstre ser a medida necessária e adequada – ou, em outras palavras, a medida mais proporcional. Isso vale para qualquer solução a que se chegue: imposição de prestação (fazer, não fazer ou pagar quantia), tutela declaratória ou tutela constitutiva (como a invalidação de ato jurídico, por exemplo).

Para anular um contrato de parceria público-privada de gestão de um hospital público, com base no princípio da economicidade, por exemplo, o juiz precisa avaliar as consequências dessa decisão e verificar se a solução dada ao caso é necessária e adequada se comparada, por exemplo, à revisão do contrato, com manutenção da parceria.”⁵⁷

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva Educação, 2018., p. 333.

⁵⁶ FRANÇA, Philip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo, 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 175.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit. p. 123.

5.2.2 Tipologia das consequências práticas

Edilson Vitorelli sugere que, para a aplicação do art. 20 da LINDB no processo de tomada de decisão, o administrador deve levar em conta consequências práticas em termos, pelo menos, de:

“1) Microconsequências: relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão;

2) Macroconsequências: relativas ao grupo social que será impactado pela adoção da medida, sem ser dela destinatário. Isso inclui as pessoas que são excluídas da política pública e aquelas que arcam com os custos da sua implementação;

3) Distribuição temporal: consequências de curto, médio e longo prazo, na medida em que forem previsíveis (...);

4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: maneira pela qual o ato promove o bem-estar do grupo social e dos indivíduos afetados, em comparação com outros atos que poderiam ser praticados;

5) Representatividade: em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado;

6) Distribuição social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;

7) Economicidade: ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não adoção da decisão, em face das alternativas disponíveis e dos direitos materiais (sobretudo, aqueles que têm status constitucional) do grupo social afetado pelo ato, bem como do orçamento disponível para aplicação.”⁵⁸

De acordo com o autor, essas sete esferas de consequências parecem compor um esquema compatível com uma interpretação da LINDB, à luz das disposições constitucionais, que, embora seja razoavelmente complexo, traz questões facilmente motiváveis e verificáveis na maioria dos atos administrativos.

Nos casos mais complexos, em que as respostas a alguns dos itens indicarem consequências positivas e a outras, negativas, a tarefa do administrador será motivar, expressamente, por quais fundamentos as consequências positivas prevalecem sobre as negativas.

Importante repisar que a indicação das consequências da decisão deve, por força do parágrafo único do art. 20 da LINDB, constar da motivação dos atos administrativos. A não indicação das consequências equivale à deficiência de motivação, a qual pode acarretar a invalidade do ato administrativo.

⁵⁸ VITORELLI, Edilson. Op. Cit. p. 93-94.

5.2.3 O art. 21 da LINDB

O art. 21 da LINDB, acrescentado pela Lei n.º 13.655/2018, apresenta o seguinte teor:

“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 expresse 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.”

O dispositivo também carrega um valor consequencialista à LINDB, na medida em que as consequências também devem ser necessariamente abordadas na decisão que estabelecer invalidação de ato administrativo.

Flávio Guilherme Cavalcanti dos Santos, ao ponderar sobre a exigência da observância do princípio da proporcionalidade, implícita no parágrafo único do art. 21 da LINDB, destaca:

“Não se pode entender como jurídico qualquer ato, de qualquer autoridade representando quaisquer dos poderes constituídos que, visando resguardar a ordem jurídica, protege direitos sem avaliar a extensão dos prejuízos que são causados a outros direitos salvaguardados pelo ordenamento, direta ou indiretamente pela decisão.”⁵⁹

O autor comenta sobre as implicações do novo texto:

“Como o dispositivo trata de anulação de atos já editados e cujos efeitos, em boa parte, já são sentidos no mundo real, é juridicamente exigível que o órgão prolator do ato tenha realizado tais ponderações consequencialistas e a tenham inserido no bojo do processo decisório, sendo passível inclusive de infirmação aqueles atos fulcrados em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados que não façam constar tais elementos na sua motivação. É um claro limite ao exercício da discricionariedade pela Administração, ou do voluntarismo pelo controle externo e judicial.”⁶⁰

5.3 Consequencialismo e Controle Externo

A ampliação da atuação repressiva do controle gerou um efeito perverso na gestão pública brasileira: a “redução da discricionariedade do gestor a níveis

⁵⁹ SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. Op. Cit. p. 157.

⁶⁰ Ibidem, p. 160-161.

alarmantes, provocando uma verdadeira paralisia administrativa e, o que é pior, em situações cada vez mais correntes, a substituição do gestor pelo controlador público”.⁶¹

Sobre esse fenômeno, que se convencionou chamar de “apagão das canetas”, Matheus Pereira tece as seguintes considerações:

“De acordo com a doutrina que já se debruçou sobre a matéria, o tal ‘apagão’ seria resultado de um empoderamento desmedido que se atribuiu aos órgãos de controle externo, sobretudo com a Constituição de 1988 e os instrumentos legislativos de combate à corrupção que lhe sucederam. Criou-se, assim, um ambiente institucional propício para o fortalecimento da atividade controladora do Estado, reconhecidamente fundamental para o regime republicano e democrático, mas que, com o decorrer dos anos, teria passado a ser exercida de modo disfuncional, desproporcional e atentatória à separação dos poderes. Sob essa perspectiva, portanto, o controle externo, a pretexto de combater a corrupção e de exigir a estrita observância da legalidade, ainda que bem-intencionado, tem sido fonte de verdadeira paralisia e ineficiência administrativa”⁶².

Esse excesso de preocupação em operacionalizar um regime jurídico repressivo acaba por não prestigiar o caráter pedagógico do controle na melhoria de qualidade da gestão pública, que perde a oportunidade de formular propostas de aperfeiçoamento do ambiente normativo e procedimental, as quais, em última análise, poderiam valorizar a autonomia decisória do administrador público.

Nesse contexto, faz-se necessário romper esse paradigma na relação controle externo/gestão pública, de modo que a discricionariedade do gestor possa voltar a ser prestigiada e que os órgãos de controle possam realizar as intervenções estritamente necessárias, especialmente as de caráter indutivo, sem que sua atuação possa significar atividade substitutiva à do administrador público.

Desse modo, no âmbito do processo de controle externo, externalidades positivas e negativas podem ser geradas a partir de deliberações da Corte de Contas. Serão positivas se gerarem benefícios para a sociedade ao induzir o administrador público a adotar boas práticas administrativas, com impacto nos resultados das políticas públicas.

Como tentativas recentes de aperfeiçoar o paradigma de controle, de um lado foram fortalecidas a governança e as políticas de integridade no setor público, e de

⁶¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18.

⁶² PEREIRA, Sandro Rafael Matheus. "Apagão das canetas", inovação e controle externo: o que os gestores têm a dizer?. Revista Consultor Jurídico, julho de 2022.

outra parte foram estabelecidos novos critérios decisórios e interpretativos, especialmente com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB.

Nesse diapasão, o art. 20 da LINDB determina que também as esferas “controladora e judicial” considerem as consequências práticas da decisão, quando decidam com base em valores abstratos.

Esse é um imperativo para que juízes, membros do Ministério Público e órgãos de controle (tribunais de contas e controles internos dos Poderes) pautem suas próprias decisões e sua análise dos atos praticados pelos gestores públicos não apenas pela legalidade estrita, mas também pelas consequências práticas da decisão a ser adotada.

Nesse contexto, os tribunais de contas devem considerar, em seu exame de legalidade dos atos administrativos, também as consequências práticas da decisão tomada pelo gestor. E, a depender das circunstâncias do caso concreto, deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem àqueles gerados pelo cumprimento da legalidade estrita da norma.

Nesse diapasão, caso seja apurado pelo Tribunal de Contas que as alternativas disponíveis tinham potencial para gerar consequências piores do que aquelas decorrentes da decisão adotada pelo gestor público, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. Assim, as consequências também passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos pelos órgãos de controle externo.

Deve-se ressaltar, contudo, que cabe ao administrador responsável pelo ato o ônus argumentativo da demonstração dessas circunstâncias. O gestor deve demonstrar que, no momento em que o ato foi praticado, as possíveis alternativas foram avaliadas e que, dentre elas, foi escolhida aquela que, de acordo com as informações então disponíveis, acarretaria os melhores resultados.

Edilson Vitorelli destaca o papel preventivo dos órgãos de controle na adequada aplicação da LINDB pelos gestores:

“(...) a norma impõe uma profunda mudança de cultura para a gestão pública brasileira e, mais do que punir aqueles administradores que não se atentem para a mudança, o importante é esclarecer-lhes e alertar-lhes, a fim de que se obtenham a produção de atos mais qualificados, a adequada consideração das consequências e, ao final, a construção de uma gestão pública mais qualificada, que produza resultados sociais mais proveitosos ao cidadão.”⁶³

⁶³ VITORELLI, Edilson. Op. Cit. p. 106.

5.4 Os artigos 20 e 21 da LINDB na Jurisprudência do TCU

Desde a edição da Lei n.º 13.655/18, o TCU tem aumentado a utilização de argumentos consequencialistas em suas decisões, de forma a promover a atualização de sua jurisprudência. Neste tópico, sem a pretensão de uma pesquisa exaustiva, são analisados diversos acórdãos do TCU que utilizaram os arts. 20 e 21 da LINDB como razões de decidir, para que sejam identificados padrões na utilização desses argumentos pragmáticos no âmbito do controle externo.

5.4.1 Acórdão 2.761/2022, do Plenário. Aquisição de imunoglobulina pelo Ministério da Saúde.

Sumário do caso concreto

O Tribunal examinou representação formulada por empresa licitante inabilitada em pregão eletrônico conduzido pelo Ministério da Saúde para a aquisição de imunoglobulina humana injetável.

De acordo com a representante, ela teria sido inabilitada indevidamente em razão de o seu produto não ter atendido às exigências de qualificação técnica para empresas estrangeiras estabelecidos no edital: documentos que atestassem a pré-qualificação do medicamento pela Organização Mundial de Saúde ou registro válido do medicamento em país cuja autoridade regulatória competente fosse membro do Conselho Internacional para Harmonização de Requisitos Técnicos de Produtos Farmacêuticos de Uso Humano.

Por meio do Acórdão 2.438/2021 – Plenário, o Tribunal referendou cautelar concedida pelo Ministro Bruno Dantas, no sentido de suspender as aquisições decorrentes do referido certame licitatório e realizar oitivas.

Posteriormente, em 9/12/2021, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar suspendendo os efeitos da cautelar adotada pelo TCU, autorizando o Ministério da Saúde a contratar os insumos em questão pelo prazo de sessenta dias. Ante a manutenção da situação de risco de desabastecimento, o Ministro Relator Bruno Dantas, expirados os efeitos da liminar concedida pelo Supremo, atribuiu efeitos suspensivos a agravo interposto nos autos.

Por fim, por meio do Acórdão 2.761/2022 - Plenário, o Tribunal revogou a cautelar anteriormente concedida, permitindo a continuidade das aquisições do medicamento com suporte no mencionado registro de preços.

Argumentação consequencialista

O Ministro Relator Bruno Dantas ponderou em seu Voto que o Ministério da Saúde poderia ter adotado alguma providência no sentido de realizar contratação com exigências menos gravosas, uma vez que houve detecção de diferença de valores da

ordem de R\$ 160 milhões entre a proposta vencedora e aquela desclassificada em razão de exigências editalícias supostamente desnecessárias.

Destacou que, considerando a incapacidade das empresas fornecedoras e vencedoras de entregar os medicamentos nas quantidades adequadas, considerando a essencialidade dos fármacos e prejuízos à sociedade como um todo, e tendo em conta o **art. 20 da LINDB**, o qual apregoa a consideração dos efeitos práticos de cada decisão, inclusive, a do gestor público, a flexibilização da regra editalícia seria medida proporcional no caso concreto.

Análise crítica

Interessante observar que, nesse caso, ambas as posições jurídicas se basearam em certa medida em argumentos consequentialistas.

Por um lado, o Ministro Relator Bruno Dantas, ao conceder inicialmente a cautelar para a suspensão das aquisições, assim o fez com fundamento na eventual economia de R\$ 160 milhões que seria obtida pelo Ministério da Saúde, caso fosse habilitada a empresa representante.

De outra parte, a revogação da cautelar para permitir a continuidade das aquisições de imunoglobulina foi providência que se impôs em razão do reconhecimento da situação de risco de desabastecimento do medicamento, o que também pode ser considerado um argumento consequentialista, mais especificamente uma externalidade negativa a ser evitada.

Ao final, prevaleceu a tese da regularidade na atuação do Ministério da Saúde, com a permissão para a continuidade das aquisições, em que pese o Ministro Relator ter defendido que a flexibilização das regras editalícias seria a medida mais proporcional no caso concreto.

Com relação à escala de construção argumentativa, foram atendidas as etapas propostas por MacCormick: i) consistência, pois a decisão que prevaleceu não contrariou as demais regras jurídicas; ii) coerência, pois a decisão se ancorou em princípios jurídicos, em especial o da vinculação ao instrumento convocatório; e iii) argumento consequentialista, uma vez que o risco de desabastecimento do medicamento no mercado foi decisivo para a tomada de decisão pela continuidade das aquisições.

5.4.2 Acórdão 2.720/2022, do Plenário. Fornecimento de gases medicinais ao SUS em João Pessoa/PB.

Sumário do caso concreto

Nesse caso, o Tribunal considerou improcedente representação oferecida pela empresa White Martins em face de supostas irregularidades ocorridas em pregão

eletrônico realizado pela Secretaria Municipal de Saúde de João Pessoa - PB para a contratação de prestação de serviços de locação, instalação e fornecimento de gases medicinais para atendimento de ambulâncias de resgate do SAMU, da rede hospitalar e das unidades de pronto atendimento (UPAS), bem como das demais unidades da rede municipal de saúde, com emprego de recursos federais.

A representante requereu a anulação da habilitação da empresa vencedora do pregão por supostamente ter descumprido cláusulas editalícias e a consequente reabertura do certame para análise dos documentos da segunda colocada.

O Ministro Relator Antônio Anastasia entendeu que a medida cautelar não deveria ser adotada, pois, apesar da verificação dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, existiria o perigo da demora reverso devido ao risco da descontinuidade de contrato já formalizado e restabelecimento da situação jurídica precária ocorrida na municipalidade, com o fornecimento dos gases medicinais ao SUS local realizado pela empresa White Martins, sem fundamento em contrato e pago mediante reconhecimento de dívida.

Argumentação consequencialista

A proposta da Unidade Técnica, nesse ponto acolhida pelo Relator, defendeu que, considerando o disposto no artigo 20 da LINDB, se o contrato já formalizado viesse a ser rescindido, a situação precária no fornecimento dos gases medicinais voltaria a ocorrer, o que não seria desejável ao interesse público.

Análise crítica

No caso concreto, houve ponderação entre o exato cumprimento da lei (que levaria à rescisão do contrato) e a consequência prática de uma eventual decisão anulatória (possível precariedade no fornecimento de gases medicinais).

Nesse tipo de situação, geralmente o Tribunal fixa prazo razoável para a anulação da licitação ou do contrato dela decorrente que esteja eivado de vícios e para a realização de novo certame licitatório.

Nesse caso, no entanto, o Tribunal decidiu não determinar a rescisão do contrato, mas tão-somente dar ciência à Secretaria Municipal de Saúde sobre a necessidade de que seus editais de licitação fossem claros e precisos no que tange aos requisitos de qualificação técnica.

Ao que tudo indica, tendo em vista a essencialidade do insumo para a rede de saúde local e o risco da precariedade no seu fornecimento (externalidade negativa), o Tribunal adotou linha mais permissiva, de modo a manter incólume o contrato já firmado, sem prejuízo aos interesses gerais, na linha do disposto no parágrafo único do artigo 21 da LINDB.

5.4.3 Acórdão 2099/2022, do Plenário. Contratação de serviços de perícia médica.

Sumário do caso concreto

Nesse caso o Tribunal examinou representação que versava sobre supostas irregularidades em contratação de empresa para prestação de serviços de perícia médica pela Superintendência da Diretoria de Administração e Logística do Ministério da Economia no Estado de São Paulo.

A suposta irregularidade suscitada dizia respeito à infração ao art. 9º, III, da Lei 8.666/1993, uma vez que o sócio administrador da empresa contratada era detentor do cargo de perito médico federal, que integrava o quadro de pessoal do Ministério da Economia, órgão contratante.

Considerando que, durante o período de suposta ocorrência da ilegalidade, o sócio administrador esteve vinculado à Secretaria Especial de Previdência e Trabalho, unidade administrativa completamente distinta da que promoveu a licitação e geriu o contrato, o Ministro Relator Benjamin Zymler concluiu em seu voto que não tinha restado configurada a vedação catalogada no art. 9º, caput c/c o inciso III, da Lei 8.666/1993.

Dessa forma, a representação foi julgada improcedente pelo Tribunal.

Argumentação consequencialista

Ponderou o Ministro Relator que, ainda que fosse adotada outra exegese do art. 9º, caput c/c o inciso III, da Lei 8.666/1993, no sentido de que estaria vedada a participação indireta de qualquer servidor do Ministério da Economia na contratação em exame, por força do § 3º do mesmo artigo, a eventual anulação do contrato ou a proibição de sua prorrogação iria ensejar custos administrativos ao Ministério da Economia para promover uma nova licitação, em um contexto em que a situação de irregularidade não mais persistia.

Desse modo, apontou que no caso concreto não havia situação de conflito de interesses e que não mais ocorreria infração à lei, sendo que o desfazimento do contrato não constituiria medida necessária para restituir o estado de legalidade, somente implicando a realização de gastos adicionais, o que seria medida contrária ao interesse público, não cabendo a sua adoção.

Por fim, mencionou que essa conclusão era compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e com o disposto no art. 21 da LINDB, que apregoa a consideração das consequências administrativas de eventual decisão da esfera controladora pela invalidação de contratos.

Análise crítica

Nesse caso, vale destacar que foi utilizado um argumento consequencialista para reforçar a opção hermenêutica no sentido de que não mais remanesca a permanência da ilegalidade, prestigiando a continuidade da contratação. Uma outra possível interpretação jurídica foi descartada porque levaria a consequências práticas indesejadas: anulação do contrato e custo para promoção de nova licitação (custos de transação).

Também nesse caso foram cumpridas as três etapas da escala de construção argumentativa de MacCormick: i) consistência, uma vez que adotou a linha que não tinha restado configurada a vedação catalogada no art. 9º, caput c/c o inciso III, da Lei 8.666/1993; ii) coerência, uma vez que a decisão atendia a princípios jurídicos, em especial o da preservação dos contratos; e iii) argumento consequencialista, pois foram considerados os custos administrativos que seriam necessários para o lançamento de um novo certame.

5.4.4 Acórdão 986/2022, do Plenário. Pagamento de Participação nos Lucros e Resultados aos funcionários do BB alocados à Fundação Banco do Brasil

Sumário do caso concreto

Em processo de monitoramento de determinações ao Banco do Brasil, o TCU tornou insubsistente a determinação para supressão do pagamento de PLR (Participação nos Lucros e Resultados) aos funcionários do BB alocados à Fundação Banco do Brasil.

O teor da determinação endereçada ao Banco do Brasil S/A era o seguinte (Acórdão 2.763/2020 – Plenário):

“9.3 nos termos do art. 250, inciso II, do RITCU, c/c art. 7º, §3º, inciso I e §4º, da Resolução TCU 315/2020, determinar ao Banco do Brasil que elabore e apresente a este Tribunal, no prazo de 90 (noventa dias), a contar da ciência, os seguintes planos de ação, indicando as ações necessárias, os respectivos responsáveis e os prazos de implementação, para, de forma gradual:

(...)

9.3.2 regularizar a distribuição de Participação dos Lucros ou Resultados (PLR) , de modo a não beneficiar os empregados cedidos à Fundação Banco do Brasil, que não contribuem para os "índices de produtividade, qualidade ou lucratividade" do Banco do Brasil, conforme exige o inciso II do §1º do art. 2º da Lei 10.101/2000, sopesando as peculiaridades jurídicas do acordo vigente negociado entre o Banco do Brasil e seus empregados nos termos do art. 2º da Lei 1.101/2000, e promovendo, se necessário, os devidos ajustes nos próximos acordos;”

Nesse mesmo acórdão, o Tribunal já prevê possível dificuldade na implementação da determinação, assinalando prazo ao gestor para informar eventuais obstáculos jurídicos e operacionais, com menção inclusive ao artigo 21 da LINDB:

“9.4 dar ciência ao Banco do Brasil de que a implementação dos objetivos alvejados nos planos de ação referidos nos subitens 9.3.1 e 9.3.2 deve guardar consonância com as disposições do parágrafo único do art. 21 e no art. 22 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) , razão por que os eventuais obstáculos jurídicos e operacionais identificados na sua implementação deverão informados a este Tribunal, com as devidas justificativas, no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da ciência deste acórdão;”

Argumentação consequencialista

No voto condutor do julgado do processo de monitoramento, o Ministro Relator Antônio Anastasia fez a seguinte ponderação:

“No tocante ao pagamento da PLR, além das condicionantes jurídicas que obriga estendê-lo a todos os funcionários do Banco, incluindo os alocados à FBB, é bem verossímil a alegação de que sua eventual interrupção acarretaria demandas judiciais ou o pedido de retorno à estatal dos funcionários alocados na Fundação, com prejuízo às suas funções críticas de gerência e de tecnologia da informação, tudo culminando com risco de colapso operacional da FBB.”

Desse modo, o Ministro Relator considerou presentes no caso concreto as condicionantes previstas nos arts. 21 e 22 da LINDB, para, sopesando as consequências jurídicas e administrativas da determinação monitorada, evitar que sua implementação dê ensejo a "ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos", ponderando-se, ainda, os "obstáculos e as dificuldades reais" que impõem modulações às decisões dos órgãos de controle ou podem até obstá-las.

Análise crítica

Na solução hermenêutica do caso, foi utilizado o princípio da proporcionalidade, que inspira fortemente o art. 21 da LINDB, combinado com o primado da realidade, opção adotada pelo legislador no art. 22 da mesma lei.

Interessante observar que a própria decisão recorrida já antevia dificuldades na implementação da determinação fixada pelo TCU, estabelecendo prazo para que o gestor informasse ao Tribunal sobre os obstáculos que eventualmente enfrentaria no seu cumprimento.

Nesse cenário, foram analisadas as consequências práticas do adimplemento da determinação exarada pelo Tribunal, que poderiam prejudicar a governança da instituição jurisdicionada e gerar risco de demandas judiciais desfavoráveis (externalidades negativas).

5.4.5 Acórdão 599/2022, do Plenário. Pagamento de paridade para beneficiários de plano de previdência complementar.

Sumário do caso concreto

Em sede de embargos de declaração opostos pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar, o Tribunal tornou insubsistente determinação constante do Acórdão 1866/2014 – Plenário, endereçada à Companhia das Docas do Estado da Bahia, para a cessação de pagamento de paridade para beneficiários de plano de previdência complementar administrado pelo Portus Instituto de Seguridade Social.

Argumentação consequentialista

O Ministro Relator Vital do Rêgo ponderou que a decisão embargada trouxe consequências atuariais e financeiras, com impacto no equilíbrio do plano de previdência complementar Portus 1. A interrupção dos aportes paritários das patrocinadoras com relação aos pensionistas já teria ocasionado um déficit financeiro de R\$ 28 milhões e o passivo atuarial teria aumentado em R\$ 58,7 milhões.

Ademais, as consequências da decisão anteriormente prolatada pelo TCU poderiam trazer grave impacto na manutenção da subsistência de mais de 3.000 beneficiários, cujo benefício médio era de R\$ 1.081,09, situação agravada pela grave crise sanitária e de saúde pública vivenciada pela população brasileira em decorrência da pandemia de Covid-19.

Diante dessas consequências práticas, concluiu o Relator que a determinação outrora prolatada pelo Tribunal mereceria ser revista, haja vista o disposto no art. 20 da LINDB.

Análise crítica

No caso concreto, não obstante o pagamento de paridade ter sido feito com afronta a disposições constitucionais e legais⁶⁴, o Tribunal reconsiderou sua decisão de determinar sua suspensão valendo-se do exame de suas consequências práticas, aptas a inviabilizar financeiramente o pagamento dos benefícios do plano de previdência complementar (externalidade negativa).

Procurou-se não impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, fossem anormais ou excessivos, na esteira do que prescreve o parágrafo único do art. 21 da LINDB.

⁶⁴ art. 202, § 3º, da Constituição Federal; art. 6º, § 1º, da Lei Complementar nº 108/2001 c/c o art. 8º da Lei Complementar nº 109/2001

5.4.6 Acórdão 1.928/2021, do Plenário. Avaliação da modelagem built to suit (BTS) para execução do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos - RJ

Sumário do caso concreto

Em relatório de auditoria para avaliar a adequação da modelagem built to suit (BTS) para execução do Novo Centro de Processamento Final de Imunobiológicos de Bio-Manguinhos RJ, o Tribunal, considerando as especificidades do objeto da contratação em exame e as dúvidas suscitadas a respeito do regime jurídico aplicável ao BTS, decidiu não adotar nenhuma medida obstativa da continuidade do certame licitatório.

Argumentação consequencialista

No voto condutor da deliberação, o Ministro Relator Benjamin Zymler tece as seguintes considerações:

“Desse modo, entendo que há relevantes ponderações que conduzem à plausibilidade da conclusão oposta à da Semag, no sentido de que o BTS (...) pode ser considerado um contrato administrativo autônomo não enquadrado como operação de crédito.

Diante dessa zona de incerteza, deve-se levar em conta o objeto da contratação em exame e as consequências negativas que adviriam da interrupção da presente licitação.

No presente caso, a Fiocruz/Bio-Manguinhos visa o desenvolvimento, a construção e a implantação de novas instalações industriais para as atividades de processamento final (formulação, envase, liofilização, recravação, revisão, rotulagem e embalagem), controle e garantia da qualidade, armazenagem de matérias primas e de produtos acabados, construção de áreas de suporte técnico e administrativo e a urbanização do novo Campus de Santa Cruz.

Segundo a entidade, a decisão para implantação desse projeto decorreu da necessidade de atender a exigências regulatórias da Anvisa, mais especificamente da RDC 17, “[...] que em uma primeira análise colocava em risco toda produção de vacinas e biofármacos do Instituto e provocaria risco de desabastecimento a nível nacional colocando em xeque o Programa de vacinação do país.

Além de possibilitar a adaptação das linhas produtivas de Bio-Manguinhos às condições impostas pela Anvisa, o NCPFI também tem como objetivo, segundo a descrição contida na minuta do edital do RDC Presencial 01/2021-BM, suportar a demanda crescente do SUS por vacinas e biofármacos. Ademais, ela também servirá ao suprimento de vacinas ao resto do mundo, principalmente aquelas que a Fiocruz tem a liderança Mundial na produção, como é o caso da vacina contra a Febre Amarela.

Vê-se, portanto, que a contratação em exame envolve a realização de relevante interesse público. Em verdade, a necessidade de sua consecução se tornou ainda mais evidente após a epidemia do novo coronavírus. É possível afirmar que a construção de uma fábrica de vacinas se enquadra dentro de uma estratégia nacional de segurança sanitária, já que viabiliza o enfrentamento de eventuais futuras pandemias.

Aplica-se, aqui, os arts. 21, 22 e 24 da LINDB (...)”.

Análise crítica

Diante de duas interpretações válidas sobre a aplicabilidade ou não da modelagem built to suit (BTS) na licitação para execução do empreendimento, a opção adotada pelo Tribunal de permitir a continuidade do certame teve fundamentação eminentemente consequencialista, ao considerar que eventual interrupção da licitação poderia retardar a construção da fábrica de vacinas, com relevante prejuízo ao interesse da coletividade (externalidade negativa).

Observa-se que nesse caso foram cumpridas as etapas da escala de construção argumentativa de MacCormick: i) consistência, uma vez que observou as demais regras do ordenamento jurídico; ii) coerência, uma vez que a decisão atendeu aos demais princípios jurídicos, em especial o da presunção de legitimidade dos atos da administração; e iii) argumento consequencialista, pois a suspensão do certame poderia causar relevante prejuízo aos interesses gerais.

5.4.7 Acórdão 2.601/2020, do Plenário. Contratação pela Fiocruz de serviços especializados na área de atenção à saúde do trabalhador.

Sumário do caso concreto

Nessa decisão o Tribunal julgou embargos de declaração opostos em face de decisão que considerou improcedente representação acerca de possíveis irregularidades na contratação pela Fiocruz de serviços especializados na área de atenção à saúde do trabalhador.

Embora tenha constatado descumprimento do princípio da vinculação ao edital, o Tribunal decidiu, diante das circunstâncias do caso concreto, não anular o julgamento realizado no certame nem expedir determinação impeditiva da prorrogação do contrato em andamento.

Argumentação consequencialista

No voto condutor da deliberação, o Ministro Relator Benjamin Zymler faz as seguintes ponderações:

“16. Sendo assim, concluo que a aceitação das convenções coletivas de trabalho apresentadas pela empresa vencedora, as quais se referiam a sua atividade econômica preponderante, não às categorias profissionais que iriam executar o serviço, atendeu a jurisprudência do TCU, mas descumpriu o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

17. Não obstante, compreendo que não cabe a anulação do julgamento proferido no certame nem a expedição de determinação impedindo a prorrogação do contrato em andamento, uma vez que a licitação foi competitiva, em face da participação de nove licitantes na sessão pública; a empresa contratada apresentou a menor proposta, após a desclassificação das quatro primeiras colocadas por motivos alheios ao subitem 5.6.2 do edital; e não há notícias de que os serviços estejam sendo prestados de modo inadequado ou que a contratada não se encontre apta a prestá-los.

18. A propósito do assunto, cabe lembrar que o art. 21 da LINDB impõe que "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".

19. Tal disposição também se aplica à deliberação que vedar a prorrogação de contrato, pois, a rigor, estaria sendo reconhecida a anulabilidade dos atos jurídicos que deram causa à contratação.

20. Assim, considerando que a anulação do contrato ou a proibição de sua prorrogação implicará a antecipação de despesas administrativas relacionadas à realização de nova licitação, em um cenário em que não foi comprovada a lesividade do ajuste, acolho a proposta da unidade técnica de manter a contratação, sem prejuízo de dar ciência da irregularidade à Fiocruz, a fim de evitar ocorrências semelhantes.”

Análise crítica

Embora tenha reconhecido que a licitação continha ilegalidade no seu julgamento, com descumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o Tribunal utilizou argumentação consequencialista como justificativa para não anular o contrato decorrente ou mesmo vedar a sua prorrogação. Foram consideradas as consequências práticas que essas providências poderiam gerar, em especial o acréscimo de despesas administrativas para o lançamento de novo certame (custos de transação).

Também nesse caso foram cumpridas as três etapas da escala de construção argumentativa de MacCormick: i) consistência, uma vez que a decisão adotada observou as demais regras do ordenamento jurídico; ii) coerência, uma vez que a decisão atendia a princípios jurídicos, em especial o da preservação dos contratos e o da continuidade dos serviços públicos; e iii) argumento consequencialista, pois

foram considerados os custos administrativos que seriam necessários para o lançamento de um novo certame.

5.4.8 Acórdão 2506/2020, do Plenário. Contratação pela Justiça Federal de empresa para a prestação de serviços diversos.

Sumário do caso concreto

Nesse caso o Tribunal examinou representação formulada por empresa licitante em face de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Justiça Federal para a prestação de serviços de limpeza e conservação, jardinagem, copeiragem, auxiliar de almoxarifado, ascensorista e recepcionista de perícia médica.

O Tribunal decidiu dar ciência ao órgão sobre a falha encontrada mas, diante das circunstâncias do caso concreto, optou por não deferir medida cautelar para a anulação do certame e do contrato dele decorrente.

Argumentação consequencialista

Cabe transcrever trecho da fundamentação do acórdão, cujo processo foi julgado em relação sob a relatoria do Ministro Benjamin Zymler:

“(...) Considerando que, diante do choque dos princípios da vinculação do instrumento convocatório e da busca da melhor proposta, o qual tem como pressuposto a competitividade, deve-se levar em conta as consequências práticas da decisão;

Considerando que, segundo o art. 21 da LINDB, "a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas"; e

Considerando que a manutenção da presente contratação evita a realização de despesas administrativas relacionadas à promoção de nova licitação e a interrupção na prestação de serviços importantes para o Justiça Federal/Seção Judiciária-RJ/TRF-2, além de ir ao encontro dos princípios da economicidade e do interesse público (...).”

Análise crítica

Nesse caso, de forma semelhante ao caso tratado no tópico anterior, o Tribunal, embora reconhecendo o descumprimento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ponderou que as consequências práticas desaconselhariam a interrupção do contrato, especialmente em razão das despesas adicionais que seriam necessárias para a realização de nova licitação (custos de transação).

Do mesmo modo, foram cumpridas as etapas da escala de construção argumentativa: i) consistência, uma vez que a decisão adotada observou as demais regras do ordenamento jurídico; ii) coerência, uma vez que a decisão atendia a princípios jurídicos, em especial o da preservação dos contratos e o da continuidade dos serviços públicos; e iii) argumento consequencialista, pois foram considerados os custos administrativos que seriam necessários para o lançamento de um novo certame.

5.4.9 Acórdão 1.045/2020, do Plenário. Desvio de objeto na utilização de recursos do SUS.

Sumário do caso concreto

O Tribunal examinou tomada de contas especial instaurada em razão da não comprovação da regular aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde ao Município de Floresta do Araguaia/PA para pagamento de procedimentos oftalmológicos no exercício de 2010.

A irregularidade consistiu na aplicação dos recursos em pagamento de ações e serviços de saúde vinculados à atenção básica da saúde (despesas de custeio, serviços de terceiros e outros serviços e encargos), o que configurou desvio de objeto na aplicação das verbas.

O Tribunal julgou irregulares as contas do ex-Prefeito e lhe aplicou multa. No entanto, acolheu as alegações de defesa apresentadas pelo Município, dispensando-o da devolução dos recursos indevidamente aplicados.

Argumentação consequencialista

O Ministro Relator Benjamin Zymler entendeu que se o Tribunal determinasse que o município realocasse recursos para um objeto atrelado a necessidades de dez anos atrás poderia interferir de forma inadequada no uso efetivo dos recursos então disponíveis para tão importante área e afetar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual de saúde.

No voto condutor da deliberação, deixou consignado que a ocorrência de desvio de objeto no exercício de 2010 provocou que as ações de saúde naquele exercício não tenham acontecido como o planejado. Ou seja, não ocorreram os procedimentos oftalmológicos então previstos. Entretanto, não há garantia de que, transcorridos dez anos, tais procedimentos ainda sejam necessários ou se encaixem como prioritários. É possível que essa demanda já tenha sido suprida nos exercícios seguintes e não se faça mais necessária. É igualmente possível que essa demanda ainda seja necessária e já estejam contemplados recursos no plano de saúde atual para supri-la. Ainda é possível que a demanda ainda exista, mas haja outras

prioridades para a saúde mais relevantes e que se colocam como prioritárias na destinação dos recursos.

Em outras palavras, a transferência dos recursos federais ora questionados teve como fim a prestação de serviços definidos por condições particulares da realidade daquele período. Remanejar recursos do município agora representaria obrigação dissociada da análise das reais necessidades da população local, com impacto no planejamento das ações de saúde, que, por sua vez, também seguem ditames legais específicos.

Desse modo, considerando a aludida consequência prática de uma decisão que determinasse ao município a recomposição dos próprios cofres municipais, entendeu o Relator, considerando o disposto no art. 20 da LINDB, que, no caso concreto, seria mais razoável que essa providência não fosse adotada.

Outra consequência que o Ministro Relator buscou evitar foi o efeito contrário que essa determinação poderia causar: servir de estímulo para que o gestor praticasse o desvio de objeto. Argumentou que, ciente de que a determinação para a devolução dos recursos, de acordo com os necessários trâmites processuais, não ocorreria durante o seu mandato, o gestor poderia se sentir estimulado a praticar o ilícito de forma a prejudicar o seu sucessor, eventual adversário político. O prefeito antecessor praticaria o ato ilícito para atender interesses próprios de sua gestão e ainda prejudicaria o seu sucessor.

Análise crítica

Nesse caso, o TCU, ao ponderar que a condenação do município à devolução dos recursos aos próprios cofres municipais implicaria em última análise numa interferência do controle externo nas escolhas das prioridades da área de saúde a cargo do ente federado (externalidade negativa), optou por uma ação de controle menos interventiva e mais pedagógica, ao limitar sua atuação à sanção do agente responsável pela irregularidade.

Em outros termos, ao antever que a consequência prática de sua decisão poderia ser danosa e contrária ao interesse público, pode-se afirmar que, no caso concreto, o Tribunal promoveu a autocontenção do controle externo.

5.4.10 Acórdão 14.536/2019, da Primeira Câmara. Reenquadramento funcional de empregados públicos da CBTU.

Sumário do caso concreto

Essa decisão foi proferida em representação acerca de possíveis irregularidades no reenquadramento funcional de empregados públicos da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU.

O Tribunal autorizou a CBTU a, excepcionalmente, desde que previamente comprovada a necessidade para a continuidade da prestação dos serviços públicos, postergar os efeitos dos atos de reenquadramento tidos como nulos, até que houvesse o preenchimento das vagas criadas pelo Plano de Empregos e Salários/2010 por meio da realização de concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988.

Argumentação consequencialista

No voto condutor, o Ministro Revisor Benjamin Zymler destacou que a anulação dos atos de reenquadramento tidos por irregulares seria uma imposição constitucional, cujo cumprimento o Tribunal não poderia deixar de exigir.

No seu entendimento, nada obstaría, todavia, que fossem estabelecidas regras de transição para que houvesse a anulação dos atos inconstitucionais de reenquadramento, levando em consideração as circunstâncias fáticas vivenciadas pela CBTU, com vistas a se conferir eficácia ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, assim como ao disposto no art. 21 da LINDB.

Análise crítica

Interessante precedente em que o Tribunal, em razão das consequências práticas deletérias que a anulação imediata de atos inconstitucionais poderia gerar, com prejuízo às atividades da entidade jurisdicionada (externalidade negativa), modula no tempo os efeitos da deliberação adotada, de modo a mitigar os seus efeitos e prestigiar o princípio da continuidade da prestação do serviço público.

5.4.11 Consolidação dos precedentes selecionados

Quadro 1 – Decisões e respectivos argumentos consequentialistas

Acórdão	Objeto da decisão	Principal argumento consequentialista	Conceito da AED envolvido
2.761/2022 - Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Risco de desabastecimento de insumo essencial	Externalidade negativa
2.720/2022 - Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Risco de desabastecimento de insumo essencial	Externalidade negativa
2.099/2022 - Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Custos adicionais para promoção de novo certame	Custos de transação
986/2022 – Plenário	Interrupção de pagamento de vantagem a empregados de estatal	Ônus anormais ou excessivos, riscos de demandas judiciais, prejuízo à governança	Externalidade negativa
599/2022 - Plenário	Cessaçã de pagamento de paridade para beneficiários de plano de previdência	Impacto no equilíbrio do plano de previdência e na manutenção da subsistência num cenário de pandemia	Externalidade negativa
1.928/2021 - Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Risco de desabastecimento de insumo essencial	Externalidade negativa
2.601/2020 – Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Custos adicionais para promoção de novo certame	Custos de transação
2.506/2020 – Plenário	Regularidade de licitação/contratação	Custos adicionais para promoção de novo certame	Custos de transação
1.045/2020 - Plenário	Determinação para correção do desvio de objeto na aplicação de verbas da saúde	Interferência intempestiva do controle na alocação dos recursos	Externalidade negativa
14.536/2019 – 1. ^a Câmara	Irregularidade em reenquadramento funcional de empregados públicos	Continuidade dos serviços públicos	Externalidade negativa

Fonte: Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

6. Conclusão

Ao se analisar acórdãos do TCU prolatados entre 2019 e 2022, que utilizaram como fundamento decisório os arts. 20 e 21 da LINDB, verificou-se que a argumentação consequencialista tem sido cada vez mais empregada pela Corte de Contas em suas diversas esferas de atuação. Prova disso é que, em 2019, apenas um precedente relevante foi detectado, enquanto que, em 2022, verificou-se a ocorrência dessa fundamentação decisória em um número muito mais significativo de casos, tendo sido selecionados 5 (cinco) acórdãos para compor a amostra de decisões analisadas neste trabalho.

Ao se analisar o conteúdo dos diversos relatórios, votos e acórdãos, foi possível constatar que o TCU tem procurado analisar as consequências potenciais ou efetivas das decisões tomadas pelo gestor público, inclusive levando em consideração o contexto presente à época em que foram tomadas, a fim de avaliar a razoabilidade dos atos praticados, assim como tem buscado avaliar as consequências de suas próprias decisões.

Observou-se também que a maioria das decisões analisadas se referem a dúvidas suscitadas sobre a regularidade de certames licitatórios ou de contratos celebrados pela Administração Pública (seis dos dez acórdãos selecionados). Nessas situações, o TCU fez uma ponderação sobre as consequências práticas de uma eventual anulação do certame ou rescisão contratual antes da tomada de decisão.

Nos casos estudados, embora isso não tenha sido expressamente mencionado nas decisões, foram frequentemente levados em consideração conceitos oriundos da AED, em especial as externalidades e os custos de transação.

Nos casos de decisões sobre a regularidade de licitações/contratos, por exemplo, verificou-se que geralmente o TCU decide pela continuidade dos certames ou ajustes, tendo em vista principalmente o risco do desabastecimento do insumo (externalidade negativa), situação que ocorreu em três dos precedentes selecionados, ou a probabilidade de ocorrência de despesas adicionais para o lançamento de novos certames (custos de transação), situação que ocorreu em outras três decisões analisadas.

Além disso, verificou-se que a prática de ponderar as consequências dos atos administrativos e das decisões tomadas é comum tanto para situações nas quais a discricionariedade do gestor é mais acentuada quanto para decisões relacionadas a atos administrativos de legalidade estrita.

O estudo observou ainda que as análises consequencialistas realizadas pelo TCU foram úteis mesmo nos casos de decisões relacionadas a atos administrativos de legalidade estrita, uma vez que serviram para robustecer a tomada de decisão.

Ante todo o exposto, verificou-se que o ferramental teórico da Análise Econômica do Direito pode ser útil para o TCU na realização de uma análise mais eficiente das questões jurídicas colocadas sob sua jurisdição, integrando a análise consequencialista no processo decisório.

6 Referências

ABBOUD, Georges. Consequencialismo Jurídico: O Lugar da Análise de Consequências em Direito e os Perigos do Ativismo Judicial Consequencialista. In: Revista dos Tribunais, vol. 1009/2019, Novembro/2019.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade. Jul/Dez 2006.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, set./dez. 2019.

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação da norma tributária. São Paulo: MP Editora. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005.

BORBA, Rogério. MÔNACO, Rafael de Oliveira. Uma introdução à análise econômica do direito. Revista Meritum, Belo Horizonte, vol. 15, n. 1, p. 215-225, jan./abr. 2020.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. – Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 46.

CARDOSO, Eduardo Monteiro. O consequencialismo jurídico no direito tributário e a sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal para a fixação de teses com repercussão geral. PUC – SP. São Paulo. 2019.

CARVALHO, Cristiano. Teoria da decisão tributária. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO NETO, A. A. de (coord.). Auditoria governamental. In: Programa de Aprimoramento Profissional em Auditoria – PROAUDI. Instituto Serzedello Corrêa. TCU. 2015.

CATÃO, Adrualdo de Lima. CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. O que se entende por “Análise Econômica do Direito”? Uma necessária delimitação teórica. Revista Científica da FASETE 2019.1.

DIDIER JR., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 73, jul./set. 2019.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Argumentação Jurídica. -. São Paulo: Manole, 2014.

FRANÇA, Philip Gil. Ato Administrativo e Interesse Público: gestão pública, controle judicial e consequentialismo administrativo, 3ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GANDRA, Ives. O Supremo Tribunal Federal e o consequentialismo jurídico. Artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo", Caderno Opinião em: 17/07/2020.

GICO JÚNIOR, Ivo; Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, 23 nov. 2018.

KELLY, J. M. Uma breve história do direito Ocidental. São Paulo. Editora Martins Fontes, 2010.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

LUHMANN, Niklas. Sistema jurídico y dogmatica jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 13ª Ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. As Normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo, Editora Contracorrente, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O hiperativismo do controle externo da gestão pública pós-lei federal nº 13.655/18.

PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O consequentialismo decisório e a sua relevância para o Direito Tributário. Revista Direito Tributário Atual 38-2017.

PEREIRA, Sandro Rafael Matheus. "Apagão das canetas", inovação e controle externo: o que os gestores têm a dizer?. Revista Consultor Jurídico, julho de 2022.

POSNER, Richard. Economic Analysis of Law. 3ª ed. Wolters Kluwer, 1986.

POSNER, Richard. "Perspectivas filosóficas e econômicas". In: _____. Para além do direito. São Paulo: WMF/Martins Fontes, 2009.

RÜCKERT, Joachim. Ponderação – a carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução de Thiago Reis. São Paulo: Revista Direito GV, V. 14 N. 1, p. 240-267, Jan-Abril 2018.

SÁ, Luís Filipe Vellozo Nogueira de. DETONI, Robert Luther Salviato. A Nova LINDB e o Controle Externo: Uma breve reflexão sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Revista do MPC.

SALAMA, B. M. (org). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Flávio Guilherme Cavalcanti. A LINDB e a gestão pública eficiente: desafios da implementação do consequencialismo responsável. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2021.

SCHUARTZ, L. F. (2008). Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista De Direito Administrativo*, 248, 2008.

SIDGWICK, H. (1874). The Methods of Ethics. London: McMillan and Co., 1907.

SOUZA NETO. Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, ano 8, n. 37, maio/jun. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte, Letramento, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: Direito administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle in SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito Tributário Atual, vol. 24. São Paulo: Dialética e IBDT, 2009.

TÔRRES, Heleno Taveira. Segurança jurídica em matéria tributária e consequencialismo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do direito tributário. São Paulo: Dialética, 2011.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. Revista De Direito Administrativo, 279(2). 2020.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável