XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

GIOVANI DA SILVA CORRALO

JANAÍNA RIGO SANTIN

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C928

Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Josiane Petry Faria; Thiago Allisson Cardoso De Jesus.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-659-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Criminologias. 3. Política criminal. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O Direito Administrativo se encontra num constante processo de transformação. Não que este cenário seja novo, mas a velocidade das transformações, sim. Ao lado de consideráveis inovações legislativas, seja na ordem constitucional, seja na ordem infraconstitucional, se encontram diversas decisões dos tribunais superiores, como é o caso das repercussões gerais do STF. Ao gestor e respectivas instâncias de controle - interno e externo - a tarefa é enorme e requer considerável esforço para encontrar a decisão juridicamente correta.

É nesse diapasão que a doutrina se faz relevante, ao repensar permanentemente os grandes temas que afligem a Administração Pública e, neste XXIX Congresso do CONPEDI, não foi diferente. Temas cruciais estiveram em pauta: combate à corrupção e os programas de responsabilização administrativas locais, medidas provisórias municiais, regulação setorial pelas Agências Reguladoras, controle judicial das política públicas, objetivos do desenvolvimento sustentável, alterações da Lei de Improbidade Administrativa, empresas estatais, controle da Administração Pública e controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas e alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trabalhos científicos teoricamente muito bem estruturados e exposições robustas marcaram o GT Direito Administrativo e Gestão Pública. É preciso dar máxima visibilidade às produções constantes nessa obra, pois também reproduzem o imenso esforço acadêmico dos diversos programas de pós~graduação em Direito de todo o Brasil. Que os trabalhos falem por si. Que a pesquisa alcance!

Prof. Dr. Giovani da Silva Corralo- UPF

Prof. Dra. Janaína Rigo Santin- UPF e UCS

DECISÃO ADMINISTRATIVA: ENTRE PRINCÍPIOS E CONSEQUÊNCIAS

ADMINISTRATIVE DECISION: BETWEEN PRINCIPLES AND CONSEQUENCES

Sandro Lucio Dezan [1]
Odilon Cavallari de Oliveira [2]

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar o uso do consequencialismo como critério de decisão em uma Administração Pública principiológica. Como forma de evitar decisões que invocam princípios jurídicos de modo voluntarioso e acrítico, a Lei 13.655/2018 inseriu, formalmente, no ordenamento jurídico nacional o dever de o decisor avaliar as consequências práticas da decisão a ser tomada, mas não ofereceu os critérios e parâmetros a serem observados no uso do consequencialismo, o que pode produzir resultados idênticos àqueles que se buscou evitar. Neste artigo, por meio de pesquisa doutrinária e com base no método dedutivo, examinam-se, primeiro, as características de uma Administração Pública regida, em grande medida, por princípios jurídicos que precisam ser considerados na decisão administrativa como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais. Em um segundo momento, analisa-se a decisão administrativa pautada em regras e princípios. Na sequência, avalia-se o consequencialismo, seus riscos e desafios para a tomada de decisão na esfera administrativa. Conclui-se que, no Brasil, as decisões administrativas consequencialistas em uma Administração Pública principiológica podem produzir excelentes resultados desde que o decisor não adote o consequencialismo como principal critério de decisão, mas sim como parâmetro complementar de controle da decisão, a fim de evitar consequências práticas não toleradas pelo direito, e desde que as decisões consequencialistas estejam, na medida do possível, ancoradas em dados empíricos, sejam justificadas segundo juízo de ponderação feito à luz da Constituição Federal e, em qualquer hipótese, busquem efetivar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Decisão administrativa, Direitos fundamentais, Teoria dos princípios, Consequencialismo, Pragmatismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

The goal of this article is to analyze the use of consequentialism as criteria of decision making in a principled Public Administration. In order to avoid decisions that voluntarily and uncritically invoke judicial principles, the Law n. 13.655/2018 inserted, formally, in the

[1] Doutor em Ciências Jurídicas Públicas pela Escola de Direito da Universidade do Minho, Portugal, Professor do Mestrado e Doutorado do Centro de Ensino Unificado de Brasília (CEUB)

[2] Doutorando em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília - Ceub. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

national legal system, the duty of the decision maker to analyze the practical consequences of the decision to be made, but didn’t offered criteria and parameters to be observed with the use of consequentialism, which can produce identical results as those intended to avoid. In this article, by jurist research and based upon the deductive method, are examined, first, the characteristics of a Public Administration that is ruled, in grand measure, by legal principles that need to be considered in the administrative decision as an instrument to materialize the fundamental rights. In a second moment, there is the analysis of the consequentialism, its risks and challenges to the decision making in the administrative field. The article finds that, in Brazil, the consequentialist administrative decisions in a principled Public Administration can produce excellent results provided that the decision maker don’t adopt the consequentialism as the principal criteria of the decision making, but as complementary parameter of control, in order to avoid practical consequences not tolerated by law, and provided that the consequentialists appraisal be, as far as possible, anchored in empirical data, justify by weighing made in light of the Federal Constitution and, in any hypothesis, aim to enforce the fundamental rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative decision, Fundamental rights, Theory of principles, Consequentialism, Legal pragmatism

Introdução

A Administração Pública brasileira, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, tem a tarefa de tornar efetivos os direitos fundamentais e, para tanto, é regida por normas estruturadas na forma de regras ou princípios. A fluidez dos princípios jurídicos aliada à presença crescente na legislação de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado é campo fértil para a invocação de princípios jurídicos de modo acrítico e para a adoção de decisões voluntaristas, distanciadas da realidade e reveladoras de preferências pessoais em substituição à deferência ao ordenamento jurídico.

Como reação a esse voluntarismo e à ausência de fundamentação das decisões, especialmente em relação aos fatos, o novo Código de Processo Civil trouxe disciplina específica sobre os elementos essenciais da sentença, de aplicação supletiva e subsidiária às decisões administrativas. Uma segunda reação legislativa veio com a edição da Lei 13.655/2018 que, ao alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inseriu, formalmente, no ordenamento jurídico nacional o dever de o decisor avaliar as consequências práticas da decisão a ser tomada, mas não ofereceu os critérios e parâmetros a serem observados no uso do consequencialismo, o que pode produzir resultados idênticos àqueles que se buscou evitar.

A hipótese a ser testada é a de que o uso do consequencialismo nas decisões administrativas no Brasil não deve se dar como principal critério de decisão, mas sim como recurso moderado a ser usado apenas nos casos em que a solução que seria, em virtude da norma posta, a mais natural ao caso for causar mais desordem do que ordem ou admitir mais de uma solução razoável. Nesses casos, a decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar ancorada em dados empíricos que considerem não apenas as consequências individuais, mas também as consequências sistêmicas.

Para tanto, por meio de pesquisa doutrinária e com base no método dedutivo, serão examinadas, primeiro, as características de uma Administração Pública regida, em grande medida, por princípios jurídicos que precisam ser considerados na decisão administrativa como instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais. Em um segundo momento, analisa-se a decisão administrativa pautada em regras e princípios. Na sequência, avalia-se o consequencialismo, seus riscos e desafios para a tomada de decisão na esfera administrativa. Conclui-se que, no Brasil, as decisões administrativas consequencialistas em uma Administração Pública principiológica podem produzir excelentes resultados desde que o decisor não adote o consequencialismo como principal critério de decisão, mas sim como parâmetro complementar de controle da decisão, a fim de evitar consequências práticas não

toleradas pelo direito e desde que as decisões consequencialistas estejam, na medida do possível, ancoradas em dados empíricos, sejam justificadas segundo juízo de ponderação feito à luz da Constituição Federal e, em qualquer hipótese, busquem efetivar os direitos fundamentais.

1. Administração Pública principiológica e comprometida com os direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 é marcadamente comprometida com os direitos fundamentais, com o estabelecimento de extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivos, além de elevado número de normas programáticas como instrumento de indução de políticas públicas voltadas à efetivação desses direitos. Nesse desiderato, o constituinte, na linha da tendência mundial, recheou a Constituição Federal de inúmeros princípios jurídicos, muitos deles voltados diretamente para a atuação da Administração Pública.

Embora a constitucionalização do direito tenha ganhado força somente com a Constituição Federal de 1988, trata-se de processo que em diversos outros países começou a partir da metade do século XX e que provocou a crise da lei, em virtude do desprestígio do legislador ordinário, o que produziu o efeito colateral de ampliar o espaço da regulamentação promovida pelo Executivo, a ponto de se falar hoje em Estado Administrativo, com o surgimento de diversos ordenamentos administrativos setoriais. O fato é que a constitucionalização do direito administrativo, com o consequente enfraquecimento da lei permitiu que a doutrina cunhasse o termo "Constituição Administrativa", cujos comandos, em sua maioria, são de aplicação imediata, sem requerer, portanto, qualquer regulamentação, seja legal ou infralegal (BINENBOJM, 2008, p. 09-45).

Com efeito, o Direito administrativo brasileiro que teve diversos de seus objetos regulados pela Constituição e, em alguns casos, de forma até mesmo demasiadamente detalhada para os padrões usuais de uma Constituição, tais como os princípios informadores da atividade administrativa, o regime jurídico dos servidores públicos e das contratações públicas, o regime próprio de previdência dos servidores públicos, a organização da Administração Pública para a promoção de interesses públicos, inclusive em parcerias com a iniciativa privada ou com entidades da sociedade civil, a desapropriação, entre outros.

Referida característica da Constituição brasileira de 1988, ainda que possa trazer alguns inconvenientes decorrentes da extensão do texto constitucional, revela a preocupação do legislador constituinte em fornecer um arcabouço normativo de estatura constitucional que não apenas garanta, mas também induza o bom funcionamento da Administração Pública, a fim de

melhor promover a efetivação de direitos fundamentais. Semelhante compreensão já havia sido sustentada por Canotilho (2008, p. 326-327), para quem a "Constituição deve ser considerada como lei regulatória em que *a good governance* assume uma dimensão básica, não apenas de 'Estado administrativo'", mas também em relação aos atos praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário que, de igual modo, devem ser responsáveis e deferentes à boa governança, particularmente no tocante às questões politicamente sensíveis, tais como a governabilidade, a responsabilidade, no sentido de *accountability*, e a legitimação dos atos públicos.

No Brasil, Juarez Freitas (2007, p. 20-21) chega mesmo a defender um direito fundamental à boa administração que entende ser o "direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas". Na dicção do autor o direito fundamental à boa administração é o somatório de direitos subjetivos públicos que abrangem o direito à administração pública transparente, dialógica – o que implica respeitar o devido processo legal -, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada e sem absolutização irrefletida das regras, eficiente, eficaz, econômica e teleologicamente responsável.

Portanto, o que se depreende do ordenamento jurídico brasileiro é que, em virtude da preocupação com a boa governança e, principalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais, há um elevado número de normas constitucionais e infraconstitucionais a impor ao administrador público assim como aos órgãos de controle o dever de pautar as decisões não apenas em regras, mas também em princípios jurídicos aplicáveis a cada caso, entre os tantos previstos na legislação, tais como, por exemplo, os disciplinados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal,[1] no *caput* do art. 2° da Lei Federal 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal,[2] e no art. 3° do Decreto Federal 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional,[3] sempre com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, de produzir as melhores consequências para a sociedade.

[1] Constituição Federal: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

[2] Lei Federal 9.784/1999: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

[3] Decreto Federal 9.203/2017: "Art. 3º São princípios da governança pública: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI – transparência."

2. Decisão administrativa pautada em regras e princípios

A partir do novo cenário traçado pela Constituição Federal de 1988, a decisão administrativa, antes pautada primordialmente por normas estruturadas sob a forma de regras, cuja aplicação se dava pelo método dedutivo, passou a ter de aplicar normas estruturadas sob a forma também de princípios, como resultado de um processo histórico que conduziu ao que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo (MÖLLER, 2011).

Ou seja, se o jusnaturalismo era marcado pela ideia de que os princípios morais e de justiça deveriam prevalecer como principal critério de decisão e, posteriormente, o positivismo jurídico ficou conhecido pela separação entre direito e moral, de modo que a decisão deveria tomar como balizas as regras postas e aplicá-las de modo mecanicista, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo surgido a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra provocou o retorno da moral ao direito e passou a fazer uso intenso de normas estruturadas na forma de princípios jurídicos que requerem concretização. No dizer de Cristina Queiroz (2010, p. 24), a interpretação do direito passou, em virtude do reconhecimento dos direitos fundamentais, a ter de ser feita sempre a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da força normativa dos princípios e teve de abandonar o método dedutivo, substituindo-o pelo método concretizador.

Também a partir da segunda guerra mundial, houve uma mudança na técnica legislativa que começou a recorrer com mais intensidade aos conceitos jurídicos indeterminados como forma de melhor regrar as relações em uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa, o que, por si só, ofereceu maior espaço de discussão e de desafios na aplicação do direito ao caso concreto (CAMBI, 2018, p. 70-98). Expressões tais como “motivo justo”, “razoável”, “eficiente”, “adequado”, “proporcional”, “econômico”, “oneroso”, e tantas outras se tornaram frequentes nas normas jurídicas, desafiando o operador do direito no momento da aplicação desses conceitos jurídicos que abstratamente são indeterminados, mas que requerem a devida fundamentação relativamente a cada caso concreto.

Como se vê, o princípio da legalidade sofreu alterações quanto à sua extensão, pois a própria lei não mais contém todos os elementos para a sua aplicação automática ao caso concreto. Consequentemente, a Administração Pública, conforme afirmado por Odete Medauar (2017, p. 166-175), deixou de ser vista como mera executora da lei e sua vinculação à lei passou, por vezes, a ficar restrita à atribuição de competência, sem que a lei indique como deve agir o decisor para alcançar determinados fins, o que deu ensejo à expressão “direito fluído ou suave”.

Além disso, a multiplicidade das fontes fez com que o princípio da legalidade passasse a ser referido como princípio da juridicidade (OTERO, 2007, p. 198).

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente, a decisão administrativa, antes pautada predominantemente em regras, passou a ter balizas mais amplas, complexas e fluídas, pois, além das regras, agora tem de considerar os princípios também. Segundo Robert Alexy (2008, p. 90-91), a distinção entre regras e princípios reside no fato de os princípios serem "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", ou seja, princípios são mandamentos de otimização, cujo "âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes", ao passo que as regras são "normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível". Por essa razão, conclui o autor que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

No entanto, a decisão baseada em princípios oferece ainda uma dificuldade adicional decorrente da complexidade do sistema jurídico, pois, consoante observado por Paulo Otero (2011, p. 250-251), a unidade do sistema jurídico, especialmente no caso de Constituições compromissórias, tais como a portuguesa, de 1976, e a brasileira, de 1998, tem sido desafiada pelo fato de serem o resultado de uma sociedade plural e diversificada e, por essa razão, terem incorporado diversos valores e princípios que, nem sempre, são de fácil harmonização, o que requer do aplicador da norma a busca por uma interpretação que promova a concordância prática e a ponderação entre os princípios envolvidos. São contradições verificadas no decorrer da elaboração das normas que empurram para o seu aplicador, sejam os tribunais ou a Administração Pública, a tarefa de buscar solução razoável para o caso.

Referidas contradições não ocorrem apenas entre comandos constitucionais, mas se prolongam por todas as normas do ordenamento jurídico e, segundo Otero (2011, p. 258-262), podem ser de seis espécies: antinomias jurídicas, concorrências alternativas entre princípios jurídicos contrários, concorrências coexistenciais entre princípios jurídicos contrários, incongruências valorativas (valorizar mais os crimes contra o patrimônio do que os crimes contra as pessoas), contradições teleológicas, e contradições de técnica normativa (usar o mesmo conceito jurídico com significados distintos em normas distintas, como, por exemplo, o conceito de funcionário público para o direito penal e para o direito administrativo).

Para Alexy (2008, p. 93-99), havendo um conflito entre regras, há duas possibilidades de solução: primeira, pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que

elimine o conflito; segunda, pela declaração de invalidade de uma das regras, o que, nesta segunda hipótese, deve ser feito seguindo as regras de "lei posterior derroga lei anterior" e "lei especial derroga lei geral" e ainda segundo o critério da importância de cada regra em conflito. Por outro lado, havendo colisão entre princípios, a solução não é no sentido de declarar inválido um dos princípios nem de inserir uma cláusula de exceção à sua aplicação, mas sim de decidir qual princípio deve, no caso concreto, ceder diante do outro, ou seja, deve-se decidir qual dos princípios em jogo tem precedência sobre o outro em determinada situação. Trata-se do que Alexy denominou de "relação condicionada de precedência", pois a precedência de um princípio sobre outro nunca se dá abstratamente, mas, ao contrário, está condicionada ao caso concreto. Desse modo, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.

O problema é que decidir sobre qual princípio deve prevalecer no caso concreto não é tarefa fácil, porquanto inexiste critério objetivo para tanto, o que submete o decisor ao risco de tomar uma decisão que reflita mais as suas preferências pessoais do que o direito a ser aplicado ao caso concreto. Para minimizar esses riscos, Alexy (2011, p. 156) sustenta que a colisão entre princípios deve ser resolvida pelo o que denominou de "lei da ponderação", segundo a qual "quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro". A lei da ponderação decorre do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios, quais sejam, o da adequação, que busca avaliar se a medida eleita é hábil a produzir o resultado desejado, o da necessidade, que averigua se a medida eleita é a menos onerosa, no sentido de ser menos penosa, entre as possíveis para produzir o resultado desejado, e o da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito à avaliação das possibilidades jurídicas à luz também de um mandamento de otimização, e no qual se situa a lei da ponderação.

Ronald Dworkin (2007a, p. 39-42) oferece solução parecida com a de Alexy para a colisão de princípios, ao defender que compete ao decisor considerar a força relativa de cada um. Ciente da alta subjetividade dessa tarefa, Dworkin (2007b, p. 272) alerta que "as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de *justiça*, *equidade* e *devido processo legal* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade". Por essa razão o autor sustenta a importância do direito como integridade, de modo que as decisões judiciais devem ser deferentes ao princípio da integridade, que exige do intérprete o respeito ao conjunto coerente de princípios, a fim de que possa "descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas" (DWORKIN, 2007b, p. 261).

Importante observar que as teorias de Alexy e Dworkin, entre tantos outros doutrinadores pertencentes ao período pós-positivista, buscam oferecer algum critério que favoreça a produção de decisões racionalmente fundamentadas, em contraposição à discricionaridade decisória admitida pelo positivismo jurídico, sem, no entanto, que isso signifique um retorno puro e simples ao jusnaturalismo no qual cada decisor aplicava o seu critério de justiça, com grave comprometimento da segurança jurídica.

Isso porque Kelsen (1996, p. 389-392) sustentava que, no caso das indeterminações não intencionais do ato de aplicação do Direito, decorrente da pluralidade de significações, não há qualquer critério que possa subsidiar a decisão ser tomada, motivo pelo qual nas palavras do autor "é um esforço inútil querer fundamentar `juridicamente` uma, com exclusão da outra". Em semelhante toada, Hart (2009, p. 352-355) entendia que nessas circunstâncias o decisor age como um legislador consciencioso, "decidindo de acordo com as suas próprias convicções e valores", de modo que o poder discricionário conferido aos juízes nesses casos "é o preço necessário a ser pago para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de regulamentar essas disputas, como, por exemplo, seu encaminhamento ao legislativo".

No Brasil, a constitucionalização do direito e a internalização da teoria dos princípios como critério de decisão parece ter produzido em muitos decisores efeito inverso àquele idealizado por seus mentores, pois, em vez de se aplicarem os princípios como instrumento de justificação racional das decisões, nos limites admitidos pelo ordenamento jurídico, passaram a invocá-los indiscriminadamente apenas para disfarçar preferências pessoais. No dizer de Streck (2011, p. 517-540), o Brasil passou a viver o que denominou de "panprincipiologismo", em virtude não apenas do uso sem critério da teoria dos princípios, mas até mesmo pela criação de princípios pelo próprio decisor.

O § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015, foi uma reação a esse estado de coisas, ao dispor que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que incorrer em um dos erros arrolados nos seus incisos que, no modo geral, demonstram preocupação com a argumentação genérica, abstrata e distanciada do caso concreto sob julgamento. Além disso, o § 2º impõe ao juiz o dever de, no caso de colisão entre normas, "justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".[4]

[4] O § 1º art. 489 do CPC, e seus respectivos incisos, tem a seguinte redação: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar

3. Consequencialismo no direito administrativo

Uma segunda reação legislativa às decisões carentes de fundamentação veio com a Lei 13.655/2018 que inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) – LINDB - o dever de as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial considerarem as consequências práticas da decisão quando tomadas com base em valores jurídicos abstratos.[5] Para Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, v. 2, p. 403), o art. 20 da LINDB funciona como um parágrafo a mais no art. 489 do Código de Processo Civil, de modo que o seu desatendimento pode dar ensejo à oposição de embargos de declaração. Importante lembrar que referido artigo do Código de Processo Civil aplica-se, no que couber, supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, conforme disposto em seu art. 15.[6]

As origens do consequencialismo são associadas ao trabalho publicado, em 1789, por Jeremy Bentham (2010, pos. 247-253) intitulado "Uma introdução aos princípios da moral e da legislação", em que o autor discorre sobre o utilitarismo. Partindo da ideia de que a humanidade é governada por dois mestres, quais sejam, dor e prazer, Bentham sustenta que as ações devem ser avaliadas de acordo com o que denominou de princípio da utilidade, segundo o qual uma ação, seja ela de um indivíduo ou de um governo, deve ou não ser aprovada a depender de sua tendência para aumentar a felicidade e reduzir a dor, o que significa admitir o sacrifício da dor de alguns em benefício da felicidade de uma maioria.

A inserção do consequencialismo como critério de decisão aproxima o direito brasileiro, alinhado com o *civil law*, do pragmatismo jurídico, instituto que deita raízes no direito norte-americano pertencente ao sistema da *common law*. O pragmatismo jurídico tem como principais características o antifundamentalismo, que rejeita os dogmas, o contextualismo, que vê o direito como experiência e, por isso, demanda decisões baseadas sobretudo no contexto, e o

conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

[5] LINDB: 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.

[6] CPC: Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

consequencialismo, segundo o qual o decisor deve atentar para as consequências práticas da decisão e buscar aquela que produza o melhor resultado para a sociedade.

O mútuo aproveitamento de institutos do *civil law* e da *common law* por ordenamentos jurídicos pertencentes a um ou outro sistema não é fato que, atualmente, deva causar estranheza. Já na década de 1970, Giannini (1970, p. 22), ao tratar das tendências então contemporâneas nas Administrações Públicas, identificava um movimento de aproximação com o *common law*, em virtude do surgimento de relações decorrentes da atividade administrativa que se submeteriam a um regulamento privado. Ainda que por outros motivos, essa foi também a conclusão de Perelman (2004, p. 185), para quem há uma aproximação da concepção continental do direito com a concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*".

Desse modo, decidir preocupado com as consequências é uma medida potencialmente boa para o direito brasileiro, pois chama a atenção do decisor para a necessidade de não tomar decisões puramente abstratas e, portanto, desconectadas da realidade, nem interferir na vida social quando essa interferência for causar mais desordem do que ordem. A preocupação com as consequências se justifica também pelo fato de que o direito administrativo, conforme assevera Schmidt-Assmann (2003, p. 27), não pode se conformar com a mera construção dogmática de técnicas, categorias ou regras jurídicas, porquanto tem o dever de buscar a eficácia e a efetividade de suas normas, como forma de garantir a sua função ordenadora.

4. Riscos inerentes às decisões consequencialistas

Há, no entanto, riscos associados à decisão consequencialista que precisam ser mitigados, dos quais merecem destaque os seguintes: a) uso estratégico do argumento consequencialista para decidir segundo preferências pessoais; b) dificuldade de identificação das consequências práticas; c) ausência de critério seguro para decidir sobre qual consequência prática deve prevalecer entre as várias possíveis.

No que concerne ao uso estratégico do argumento consequencialista para decidir segundo preferências pessoais, Luis Fernando Schuartz (2011, p. 408-410) apresenta uma interessante classificação não exaustiva de três tipos de consequencialismo à brasileira que, em regra, devem ser tidos como ilegítimos, embora o autor ressalve a possibilidade remota e excepcional de haver situações nas quais quaisquer deles possa se revelar legitimamente útil. Os tipos são o festivo, o militante e o malandro que têm em comum o uso do consequencialismo como estratégia para afastar a incidência da norma que seria naturalmente aplicável ao caso concreto para dar lugar a uma decisão que nada mais é do que a preferência pessoal do decisor.

Não se trata, portanto, das hipóteses nas quais, dada a complexidade da matéria, o ordenamento jurídico não oferece solução fácil e, por consequência, contempla uma concorrência de opções jurídicas igualmente defensáveis na perspectiva jurídica, pois para essas hipóteses o autor aceita o que denominou de consequencialismo residual em relação ao qual as características dos três tipos acima mencionados se aplicariam somente parcialmente.

Para Schuartz (2011, p. 410-414), as diferenças entre os três tipos de consequencialismo decorrem do "grau de reverência formal à dogmática e às figuras tradicionais da argumentação jurídica, principalmente o raciocínio analógico e o respeito ao precedente". Nesse sentido, o consequencialismo festivo é marcado pelo seu desprezo ao modo convencional adotado pelos juristas para a solução dos casos concretos e pelo uso superficial de teorias e métodos cientificamente credenciados, especialmente da área econômica, como estratégia para constranger aquele com quem se mantém uma discussão jurídica. O consequencialismo militante, a seu turno, embora recorra às formas canônicas de interpretação do direito, se vale do recurso às consequências, mas teórica e metodologicamente desamparado, como "forma a conduzir a discussão para um terreno no qual todos os gatos são pardos: o sujeito que faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais; mas estes tampouco poderão provar a sua negação".

Por fim, Schuartz (2011, p. 414-417) se refere ao consequencialismo malandro, que usa a estratégia de recorrer à "ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem". Reconhece o autor que o consequencialismo malandro tem atributos positivos, tais como: primeiro, fazer uso de profundo conhecimento de teoria do direito e de dogmática jurídica; segundo, orientar-se para a solução de problemas jurídicos específicos e concretos, com grande potencial para produzir soluções inovadoras no direito; terceiro, ter a pretensão de generalidade relativamente às soluções inovadoras que produz, o que está de acordo com as exigências da isonomia ou justiça formal; quarto, superar "regras amplamente percebidas como inadequadas, por exemplo, que produzam, em série, decisões tidas por injustas ou contrárias a valores progressistas". O autor ressalva, porém, que o consequencialismo malandro existe para o bem e para o mal, e os seus riscos associados não podem ser desconsiderados, entre outros motivos porque, embora, em regra, não se trate de um tipo oportunista de consequencialismo, pode acabar dando espaço ao oportunismo e facilitar a corrupção e privilégios individuais, se conduzir a soluções casuísticas que não venham a ter aplicação generalizada nas hipóteses semelhantes.

Georges Abboud (2019), por sua vez, analisa o uso estratégico do consequencialismo pelo Supremo Tribunal Federal e, para tanto, pontua que a resposta privilegiada na atuação

ativista-consequencialista não é a jurídica, aquela dada pelo direito vigente, mas sim aquela pretensamente apta a produzir as melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, sociais ou políticas. Desse modo, o ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete. O autor sistematiza alguns traços essenciais que a jurisprudência consequencialista do STF costuma apresentar: (i) remissão frequente ao que denomina de "régua única", como se um determinado fator pudesse medir o custo benefício consequencial, sendo que referida régua geralmente aparece sob o nome de "clamor popular"; (ii) efetiva substituição do direito vigente; e (iii) pouco ou nenhum lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências antevistas.

Portanto, em uma cultura na qual a decisão voluntarista tem campo fértil e, por outro lado, o exercício da autocontenção é raro, a ideia do consequencialismo autoriza a justificada preocupação quanto às infinitas possibilidades de decisões com alta carga de subjetividade decorrente de preferências pessoais não confessadas, mas, ao contrário, disfarçadas em um discurso consequencialista abstrato e genérico, ou seja, sem respaldo em dados empíricos. O risco parece ser maior ainda no caso do direito administrativo, pois a aplicação das normas administrativas é, em muitos casos, realizada por profissionais sem o preparo técnico ou jurídico adequado para esse tipo de decisão, o que pode dificultar ainda mais a tarefa de decidir com base em consequências sem escorregar para o decisionismo das preferências pessoais.

O segundo risco de se decidir com base em consequências é relativo à dificuldade de identificação das consequências práticas, pois aqui se trata de um exercício de prognoses. Ou seja, avaliar as consequências possíveis de uma decisão é trabalhar com probabilidades, o que implica alta complexidade por várias razões. Primeiro, porque pode haver uma incômoda ausência de dados confiáveis sobre o assunto, o que, no Brasil, não é improvável de acontecer dada a cultura limitada que se tem no país relativamente à realização de pesquisas empíricas. Segundo, porque, ainda que haja dados disponíveis, a variedade de assuntos envolvidos ultrapassa em muito a formação acadêmica do agente público, por envolver questões multidisciplinares, nas áreas de direito, economia, finanças, contabilidade, engenharia, saúde, educação, psicologia, sociologia, e tantas outras. Terceiro, porque, mesmo diante de estudos técnicos produzidos por especialistas dessas áreas, o decisor não se livraria da circunstância de serem estudos meramente especulativos, realizados com base em critérios probabilísticos e segundo cenários futuros que podem estar muito distantes do que realmente pode acontecer.

No tocante ao terceiro risco, concernente à ausência de critério para decidir acerca de qual consequência deve prevalecer, uma resposta intuitiva, no caso de decisão administrativa,

seria dizer que a melhor consequência é a que atende em maior grau o interesse público. No entanto, a expressão "interesse público" é um conceito jurídico indeterminado que, por essa razão, oferece dificuldades para sua identificação, especialmente porque, na linha de Gabardo e Rezende (2017), é preciso reconhecer que, em um Estado Social e Democrático de Direito, a noção de interesse público pode contemplar uma pluralidade de interesses que podem até mesmo ser contraditórios, em virtude da sociedade plural dos dias atuais. Os autores, porém, advertem que a vagueza e imprecisão do termo "interesse público" não pode servir para lhe retirar a eficácia, mas apenas significa que não é possível definir, *a priori*, sua extensão e limites, pois somente diante de cada caso concreto será possível identificar essas questões.

De qualquer modo, continuam os autores (GABARDO; REZENDE, 2017), "interesse público", na condição de conceito jurídico de conteúdo indeterminado, apresenta uma zona de certeza e uma zona de incerteza. A zona de certeza pode ser positiva, relativa àquilo que é considerado, sem maiores controvérsias, interesse público, ou negativa, concernente àquilo que é considerado, amplamente, como não sendo interesse público. A zona de incerteza ou penumbra, a seu turno, vai requerer do aplicador da norma um esforço interpretativo muito maior. É preciso considerar ainda que o interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes, pois possui uma estrutura dúplice: ora se dará "em sentido amplo, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico", ora "em sentido estrito, especial, que, se estiver presente, autoriza a Administração Pública a agir".

Mártin Haeberlin (2017, p. 175-180) chama a atenção para o fato de parte da doutrina advogar uma diferença relevante entre o interesse público e o privado, no sentido de que o público impõe um comportamento à Administração de acordo com as determinações legais e visando um fim público, ao passo que o interesse privado se move pela vontade do particular. Defende o autor que a supremacia do interesse público não deve ser entendida como determinante de uma relação de verticalidade entre a Administração Pública e o particular, tal como assim defende Celso Antônio Bandeira de Mello, mas sim deve ser ponderada com a supremacia dos direitos fundamentais, de modo que, a depender do caso concreto, deverá prevalecer uma ou outra, a exemplo do que ocorre com um pêndulo. Isso porque o interesse público é um elemento que autoriza a imposição de restrições aos direitos fundamentais, mas, paradoxalmente, é também um elemento que impõe restrições às restrições aos direitos fundamentais. Ressalta o autor que o privado depende do público e vice-versa, de modo que nessa relação não há que se falar em supremacia, mas sim em dialética, pois se deve considerar que é também do interesse público que, de algum modo, haja a consecução de interesses privados, em certas circunstâncias.

Ainda sobre a supremacia do interesse público Binenbojm (2008, p. 31-32) afirma que a doutrina brasileira, em sua maioria, adota a teoria unitária sobre o conceito de interesse público, segundo a qual haveria uma concepção única de interesse público, de modo que o interesse coletivo sempre deveria prevalecer sobre o interesse individual, *a priori*. No entanto, sustenta o autor que o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais, prevista na Constituição Federal, não admite essa solução, pois a prevalência de um ou outro dependerá de um juízo de ponderação a ser feito em cada caso concreto, a depender das circunstâncias, devendo, para tanto, se valer do princípio da proporcionalidade, a fim de que se formulem *standards* de decisão que, embora permitam certa flexibilização, de acordo com o caso concreto, evitam a incerteza jurídica provocada por esses juízos de ponderação feitos a cada caso, de modo que se pode afirmar que o Estado democrático de direito é, a rigor, um Estado de ponderação.

Como se vê, a própria identificação do que seja interesse público já é um desafio para se decidir acerca de qual consequência prática deve prevalecer em um caso concreto. Além disso, é preciso considerar que uma única decisão, não raras vezes, provoca consequências jurídicas, econômicas, sociais, administrativas, internacionais, morais, sanitárias, e outras, que acabam por envolver distintos direitos fundamentais e princípios jurídicos, o que autoriza concluir que, ao fim e ao cabo, disputas entre consequências práticas podem retornar o debate para competições entre valores abstratos e princípios jurídicos.

Depreende-se dos riscos do consequencialismo que alguns deles são comuns também às decisões principiológicas, razão pela qual precisam receber a devida atenção do decisor, sob pena de incorrer em voluntarismo inadmitido pelo direito. Não obstante haja alguns riscos próprios do consequencialismo, há, portanto, alguns pontos em comum que podem fragilizar tanto a decisão principiológica quanto a consequencialista.

Sobre essa convergência Jorge Galvão (2014, p. 203) apresenta críticas ao neoconstitucionalismo que, conforme reconhece ao final, são plenamente aplicáveis também ao consequencialismo. Nesse sentido, diz o autor que o neoconstitucinalismo se vale não apenas de argumentos de princípio, decorrentes do próprio ordenamento jurídico, mas, indevidamente, de argumentos de política que são aqueles relativos aos objetivos coletivos na busca do bem-estar de uma parcela dos membros da sociedade.

Galvão (2014, p. 203-204) identifica nisso um viés redistributivo e emancipatório dos adeptos do neoconstitucionalismo, pois admite que decisões políticas definidoras de direitos sejam deixadas de lado sempre que o juiz entender, em um caso concreto, que são contrárias às metas coletivas encampadas pelo magistrado como corretas. Embora reconheça que não se pode

identificar nisso a incorporação jurídica de uma doutrina de cunho socialista, entende que, de fato, os juízes neoconstitucionalistas tendem a decidir do modo que mais prestigie a redistribuição de renda, razão pela qual, muitas vezes, nesse desiderato, acabam por invocar argumentos de política. Entende o autor que essa postura decorre do fato de não se considerar a Constituição uma ordem prioritária de valores, o que aproxima o neoconstitucionalismo do pragmatismo jurídico.

5. Proposta de parâmetros para o uso do consequencialismo como técnica de decisão

Em regra, as consequências práticas esperadas pela sociedade são aquelas naturalmente decorrentes da subsunção do fato à norma aplicável em circunstâncias ordinárias. Desse modo, a substituição das consequências práticas ordinariamente esperadas por outras visadas pelo decisor somente deve ter lugar em circunstâncias específicas e com base em decisão fundamentada, a fim de se evitar o voluntarismo consequencialista.

Nessa mesma linha de pensamento, Neil MacCormick (2005, pos. 2463-2491) sugere um consequencialismo moderado. Ou seja, rejeita, de um lado, a decisão pautada apenas em consequências, mas rejeita, por outro lado, a decisão que ignora completamente as consequências. Entende o autor que a decisão pautada em consequências deve ter lugar naqueles casos problemáticos, que comportam possibilidades rivais de interpretação, com respostas variadas, mas admitidas pelo ordenamento jurídico.

À hipótese levantada pelo referido autor concernente a múltiplas interpretações razoáveis é de se acrescentar outra na qual o uso do consequencialismo é importante, relativa aos casos em que a aplicação da norma ordinariamente incidente ao caso concreto tiver o elevado potencial de provocar mais desordem do que ordem. Exemplo recente do que ora se trata foi positivado no art. 147 da Lei 14.133/2021 que disciplina as licitações e contratos administrativos, na medida em que, em face de uma irregularidade ocorrida no procedimento licitatório ou na execução contratual, impõe ao decisor o dever de avaliar as consequências práticas e, a depender do caso, evitar a declaração de nulidade do contrato, sem prejuízo da adoção de outras providências que tutelem o interesse público.[7]

[7] Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

Portanto, é correto afirmar que decisões consequencialistas percorrem duas etapas: na primeira, verifica-se se a decisão consequencialista é cabível ou necessária; na segunda, atenta-se para o modo como será feito o juízo consequencialista.

Nesse sentido, são propostos os seguintes parâmetros para o uso do consequencialismo como técnica de decisão:

Primeiro: o consequencialismo somente deve ser adotado como critério de decisão se a solução que, dada a norma posta, naturalmente seria aplicável ao caso concreto tiver potencial significativamente alto para produzir mais desordem do que ordem ou nas hipóteses em que a norma aplicável comporta mais de uma interpretação razoável para o caso concreto;

Segundo: a decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar amparada em dados empíricos que sustentem as prognoses realizadas quanto às prováveis consequências;

Terceiro: a decisão a favor das consequências individuais deve ser precedida de avaliação acerca da sua repercussão nas consequências sistêmicas, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha. Sobre o tema Richard Posner (2003, pos. 753-760) sustenta que a avaliação de consequências individuais não pode desconsiderar as consequências sistêmicas, especialmente as econômicas e sociais, de modo que eventual decisão consequencialista que prestigie as consequências individuais precisa se certificar de que não estará comprometendo as consequências sistêmicas. Caso contrário, deve o julgador encontrar outra decisão que promova as melhores consequências individuais sem o comprometimento das consequências sistêmicas;

Quarto: havendo a disputa entre consequências variadas, tais como as de curto ou longo prazo, as regionais ou nacionais, as econômicas ou sociais, entre outras, a decisão deve ter como ponto de partida a ponderação entre os direitos ou princípios tutelados por cada uma das opções envolvidas, à luz da Constituição Federal, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha;

Quinto: a decisão consequencialista deve sempre buscar a opção que melhor promova a efetivação de direitos fundamentais.

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação. Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Conclusão

A constitucionalização do direito administrativo, particularmente com o estabelecimento de diversos princípios como força motriz da gestão pública, seguida de uma aproximação com institutos do *common law*, entre eles o consequencialismo, impõe ao operador do direito o desafio de encontrar uma solução constitucionalmente adequada para o caso concreto que, a um só tempo, identifique os princípios em jogo, faça a devida ponderação, conferindo maior peso a uns e menor a outros, e ainda busque a promoção das melhores consequências práticas, sem que para tanto recorra a argumentos de política.

Especificamente em relação ao consequencialismo, a decisão administrativa estará mais adequada constitucionalmente se não o adotar como principal critério de decisão, mas sim como parâmetro complementar de controle da decisão, a fim de evitar consequências práticas não toleradas pelo direito e desde que as decisões consequencialistas estejam, na medida do possível, ancoradas em dados empíricos, sejam justificadas segundo juízo de ponderação feito à luz da Constituição Federal e, em qualquer hipótese, busquem efetivar os direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1009/2019. Nov/2019. DTR\2019\40632.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. White Dog Publishing. 1781. Edição do Kindle, 2010, pos. 247-253 equivalentes à p. 7 da versão impressa.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, v. 2.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Volume Primo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1970.

HAEBERLIN, Mártin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc., 2005, *e-book Kindle.*

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Lisboa: Almedina, 2011.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema:** objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-418.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.