REFLEXOS DAS ALTERAÇÕES NA LINDB: A BUSCA PELA ALTERIDADE NA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

CONSEQUENCES OF THE CHANGES IN THE LINDB (INTRODUCTORY LAW TO THE BRAZILIAN LAW SYSTEM): THE SEARCH FOR ALTERITY IN THE ACCOUNTABILITY OF THE PUBLIC AGENT

BRUNO VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO

Mestrado em Direito Constitucional - Instituto Brasiliense de Direito Público (IBDP). Pós-Graduado em Direito Administrativo. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Sócio-fundador do escritório jurídico Bandeira de Melo & Barbirato advogados (Amazonas e Roraima). Membro-Fundador do Instituto Amazonense de Direito Administrativo - IADA. Atual Presidente do Instituto Amazonense de Direito Administrativo - IADA. Atual Vice-Presidente da Comissão da Advocacia Perante do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB (TED), Seccional do Amazonas. Inscrito na seccional do Amazonas da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/AM 6.975). Advogado, consultor jurídico e professor.

RESUMO: As recentes alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB implicam, agora de forma positivada em texto normativo, na necessidade de se balizar o controle do ato administrativo, principalmente aqueles exarados no exercício da competência discricionária, sob o influxo de novos parâmetros técnicos e racionais. Grande parte da doutrina, e significativos arestos jurisprudenciais, já apontavam para a indispensabilidade da utilização do método da ponderação concomitantemente ao tradicional método da subsunção ou, em outras palavras, a substituição da típica relação jurídica causal pela análise consequencialista da aplicação normativa, com o dever de sopesamento da ordem objetiva dos valores constitucionalmente tutelados, buscando, ao fim, inserir mais alteridade ao controle do ato administrativo.

PALAVRAS-CHAVES: nova lei de introdução às normas do direito brasileiro, controle externo do ato administrativo, discricionariedade administrativa, método da ponderação, causalidade, consequencialismo, alteridade.

ABSTRACT: The recent changes introduced in the Introductory Law to the Brazilian Law System - LINDB imply, now in a positive way in normative text, the need to regulate the control of the administrative act, especially those noted in the exercise of discretionary jurisdiction, under the influence of new technical and rational parameters. Much of the doctrine, and significant jurisprudential arguments, already pointed to the indispensability of using the weighting method concomitantly with the traditional method of subsumption or, in other words, the substitution of the typical causal legal relationship for the consequentialist analysis of normative application, with the duty of weighing the objective order of the constitutionally protected values, seeking, at the end, to insert more alterity to the control of the administrative act.

Keywords: new LINDB, external control of administrative act, administrative discretion, weighting method, causality, consequentialism, alterity

I. INTRODUÇÃO

A nova redação da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB teve, indubitavelmente, como objetivo precípuo criar balizas e limites para o exercício da função controladora, seja aquela realizada pelo Poder Judiciário seja a desempenhada pelos Tribunais de Contas.

As alterações promovidas pela Lei Federal n° 13.655/2018 trouxeram importantes inovações quanto ao controle do ato administrativo, principalmente quanto ao exarado no exercício da competência discricionária. Expressões tais como, "esfera controladora", "valores jurídicos abstratos", "consequências práticas da decisão", "erro grosseiro", dentre outras, apareceram pela primeira vez enunciadas em textos normativos.

Conceitos e expressões já utilizadas tanto em âmbito doutrinário quanto jurisprudencial passaram a ganhar status de normas jurídicas positivadas, enunciadas em uma das mais importantes legislações do país, posto se tratar de uma norma sobre normas, lei das leis, sobredireito ou, na conhecida expressão em latim, *lex legum*. Em outras palavras, esse é o diploma normativo que orienta e instrui o jurista quanto à correta forma de se interpretar e aplicar as normas do direito brasileiro.

É claro que, como afirmado pelo professor da Pontíficia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Ricardo Marcondes Martins, *"o direito é uma ciência em decorrência do trabalho do intérprete e não do legislador"*. Logo, as normas jurídicas não são feitas pelo legislador, mas sim pelo interprete do direito. O legislador produz o enunciado normativo, cabendo ao intérprete, em atividade cognitiva (verdadeira descoberta), decodificá-los de modo que as normas neles estabelecidas forme um sistema coerente.[209] Adota-se, assim, a *teoria da interpretação criativa*, de Ronald Dworkin[210], para fins de análise linguística, axiológica e científica do direito.

Dito isso, por óbvio que os novos enunciados normativos trazidos pela LINDB não têm o condão, por si só, de implicar em uma nova ordem interpretativa e orientadora para a compreensão e aplicação das normas do direito brasileiro e, em especial, do direito administrativo. Contudo, há de se reconhecer um importante marco inicial ou ponto de partida para o desenvolvimento e aperfeiçoamento desse processo cognitivo e interpretativo das normas

[209]MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria das contrafações administrativas*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 122, abr./jun. 2016.
[210] Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 213 *et seq*. *Vide* também: MARTINS, Ricardo Marcondes. In: *Um diálogo sobre a justiça.* Belo Horizonte: Forúm, 2012. P. 214-219.

de direito público, tanto as de naturezas abstratas quanto as de natureza concreta, como é o caso dos atos administrativos, que são o objeto principal deste trabalho.

Para os fins propostos neste trabalho, não pretendemos – e nem poderíamos ter a pretensão - de aprofundar o estudo da hermenêutica jurídica, mas somente registrar que, apesar da importância vital dos enunciados normativos trazidos pelo legislador infraconstitucional, eles são apenas a bússola que guia o cientista do direito rumo ao norte, almejando uma análise muito mais ampla da atividade e da função administrativa, especificamente no que diz respeito à produção de atos administrativos discricionários.

A grande valia, a bem da verdade, das alterações legislativas implementadas foi trazer novamente a lembrança de que o direito não pode jamais fugir ou desprender-se da realidade. A função precípua da Administração Pública é a aplicação do direito ao caso concreto e, justamente por isso, toda aplicação jurídica deve ser sempre compreendida como um desdobramento, uma concretização dos valores constitucionalmente tutelados. O Direito não é filosofia e deve sempre voltar-se à realidade, visando disciplinar a conduta num dado momento histórico e num determinado local. Elucubrações dogmáticas não podem ser efetuadas de costas para o mundo do ser, sob pena do direito não funcionar.[211]

A legislação, de forma isolada, não irá modificar o entendimento que se firmou durante muitos anos acerca dos parâmetros ou pressupostos – se é que se pode afirmar haver um padrão minimamente coerente – de controle do ato administrativo discricionário, principalmente por parte dos Tribunais de Contas. É aos intérpretes, aplicadores e cientistas do direito, a partir de pressuposições científicas, a quem cabe esse árduo, porém nobre mister, visando extrair o sentido e o alcance da norma, através de um processo cognitivo e de exegese jurídica, fincado em aspectos linguísticos e axiológicos.[212]

Desse modo, quando o legislador age no sentido de relembrar a necessidade da hermenêutica cognitiva ou criativa, com deferência à ponderação de valores e valorização da teoria dos princípios para fins de concretização do direito, inexoravelmente gera uma reação na construção científica de nosso direito positivo. Falar em compreensão dos *obstáculos* e das *dificuldades reais do gestor* quando da interpretação de normas sobre gestão pública, em análise valorativa das *peculiaridades do caso concreto*, assim como na primordialidade de ponderação das *consequências práticas* da medida administrativa, demonstra a tendência indicada pelo parlamento brasileiro, representantes democraticamente escolhidos pelo povo, titular único e

[211] Martins, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 16-17.
[212] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria das contrafações administrativas.* Ob. cit., p. 123.

final de qualquer poder instituído, de se buscar a máxima concretização da ordem objetiva dos valores constitucionalmente tutelados, demonstrando inexistir campos imunes ao direito, o que inclui a própria política.

Assim, as alterações promovidas na LINDB, apesar de excessivamente pragmáticas e com pouca matiz científica, trazem à tona a necessidade de se promover profundas reflexões sobre os métodos "concretizadores" do direito até então utilizados, sendo indispensável revisitar, ainda que de forma rápida, alguns institutos do direito administrativo, traçando um elo com o método ponderativo e concretista de aplicação e interpretação do direito.

II. **NOVO CONCEITO DE LEGALIDADE, O DEVER DE PONDERAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

O direito administrativo brasileiro, assim como a maior parte de nossa teoria jurídica, tem suas raízes advindas do direito europeu, especificamente das matrizes francesas, alemã e italiana, com especial destaque ao movimento revolucionário francês.[213]

É fato que a legalidade, e seu respectivo significado e evolução, sempre foram pilares importantíssimos que marcam a história do Estado de Direito no mundo ocidental. A lei sempre foi, pelo menos desde o advento desse novo modelo de Estado, fruto principalmente da Revolução Francesa, uma das manifestações mais solenes da ideia central de submissão do Poder a uma autoridade constituída por este ordenamento normativo[214].

Em um primeiro momento, até em razão da necessidade de se controlar e limitar os campos de atuação estatal, visando extirpar aquela visão autoritária do regime anterior, a ação estatal só seria legítima caso sustentada em normas (regras) prévias, gerais, claras e precisas. Como consectário óbvio da evolução da concepção de Estado e de suas reais finalidades, o conceito desse princípio basilar sob o qual essa figura fictícia foi edificada também sofreu progressões e aperfeiçoamentos.[215]

A modificação – ou melhor, ampliação – do conceito de legalidade e a compreensão da existência de um ordenamento jurídico, composto por regras e princípios[216], formando uma

[213] MADALENA, Luís Henrique. *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica* / coordenador Lenio Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 50.
[214] FIGUEIREDO, Marcelo.; Filho, Valmir Pontes (orgs.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2006, p. 426-428.
[215] Idem, p. 430.
[216] Sobre a evolução do conceito de norma jurídica e as diferentes fases da teoria dos princípios vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 16-17

verdadeira ciência jurídica, trouxe uma modificação no próprio conceito de Direito e em seu pressuposto epistemológico, passando a ser concebido como um conjunto normativo integrado, sistemático e coerente, tendo por fim último a máxima concretização da axiologia constitucional.

No âmbito do direito administrativo passou-se a exigir que as normas fossem *"interpretadas tendo em vista os princípios que regem a Administração Pública. Assim, entre duas interpretações possíveis, deve-se acolher a interpretação mais condizente com os princípios estruturantes do regime jurídico administrativo"* [217]. Passou-se, dessa feita, a entender que o texto constitucional seria integrado também por uma *ordem objetiva de valores*, devendo as normas infraconstitucionais – no que se inclui a LINDB – serem consideradas como parte de um processo de concretização dos valores constitucionais.

Essa nova visão do direito, apesar de aterrissar de certa forma tardia no Brasil, não era nova na ciência jurídica. A teoria dos princípios, a valorização do caso concreto e a observância de uma ordem objetiva de valores constitucionais já eram defendidas, na metade do século passado, pelo jurista espanhol Josef Esser[218], abrindo caminhos, inclusive, para os chamados *métodos concretistas,* que teve como seu principal propagador o alemão Robert Alexy[219], este, por sua vez, influenciado pela teoria dos princípios de Ronald Dworkin[220].

Dworkin afirmava que a hermenêutica correta a ser aplicada ao Direito, também chamada de *interpretação construtiva*, pressupunha a observância ao princípio da integridade, o qual exigiria que as normas de direito público fossem criadas e vistas de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade, na correta proporção.[221]

A brilhante teoria apresentada por Dworkin firma-se, principalmente nos dias atuais e diante das necessidades cada vez mais complexas das sociedades modernas, como um verdadeiro *pressuposto epistemológico* para a correta compreensão e aplicação das normas de direito público, em especial de direito administrativo. Sem que se finque essa premissa básica, o discurso que será sustentado neste trabalho, ainda que possam haver discordâncias – e estas serão sempre muito bem vindas para fins científicos – não se tornaria lógico e racional.

[217] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria das contrafações administrativas.* Ob. cit., p. 123-125.
[218] ESSER, Josef. *Princípio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado,* trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosh, 1961.
[219] ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., 3ª tir.,* trad. de Vírgilio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.
[220] DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério,* trad. de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, Capítulos 2 e 3, pp.. 23-125.
[221] DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* 1ª ed., 2ª tir., trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 246.

Esse verdadeiro axioma jurídico, conforme sustentado pelo professor Ricardo Marcondes, *"impõe o dever de interpretar todas as normas infraconstitucionais sob o prisma da axiologia constitucional, de modo a apurar o significado indicativo da máxima realização dos valores positivados da Lei Fundamental"*.[222]

Ocorre que, por muitos anos, apesar de toda a evolução científica pela qual passava o Direito, a atividade administrativa e a respectiva função de controle ainda eram, em sua imensa maioria, desempenhadas de maneira trivial e demasiadamente simplória, com um vetusto apego à forma e atenção estrita aos comandos normativos (regras), reduzindo a aplicação do direito ao tradicional método da subsunção do ato administrativo à lei. Isso, em grande parte, devia-se há uma prevalência, por muitos anos no direito brasileiro, de uma teoria anacrônica de análise do ato administrativo, sustentada na inexata concepção de que havendo vício de validade (ou regularidade[223]) detectado no ato, em qualquer um de seus pressupostos – ainda que formalísticos – este deveria ser afastado imediatamente do mundo jurídico, sendo considerado *inexistente*[224].

Esse equívoco crasso verificado no estudo da teoria do ato administrativo provocou, durante muitos anos, um olhar caolho sobre o direito administrativo e a função administrativa, como se o administrador público devesse ser um mero replicador dos comandos legais, um autômato a serviço da atividade administrativa, sob pena de que, em havendo qualquer vício de legalidade, o ato deveria ser afastado imediatamente do sistema jurídico e ser considerado inexistente, trazendo não só consequências no mundo jurídico mas também no mundo fático. Dessa forma, a confecção do ato administrativo e sua posterior, e eventual, análise pelos órgãos de controle interno e externo, deveria ter por método a aplicação fria e objetiva do dispositivo legal, única e exclusivamente através do método da subsunção.

Com o advento e crescimento da teoria *neoconstitucionalista* passou-se a se defender, cada vez mais, *"a positivação, expressa ou implícita, de valores no texto constitucional (...)*

[222] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 41.

[223] O professor Ricardo Marcondes Martins, em sua obra "*Efeito dos vícios do ato administrativo"*, defende a substituição dos chamados pressupostos de validade pelos denominados pressupostos de regularidade, no que inova em relação à teoria do brilhante professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o professor Ricardo Marcondes, a utilização da expressão "regularidade" ao invés de "validade" traz uma tecnicidade maior para a teoria dos atos administrativos, pois permite reconhecer a existência de atos irregulares, mas válidos perante o direito, como é o caso, por exemplo, da convalidação. Nesse sentido vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeito dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

[224] Nesse sentido vide: KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. Trad. de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo, Nova Cultural, 1999; Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 40ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014; 8ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1981.

chamados hodiernamente de princípios jurídicos"[225], elevando-os à categoria de normas jurídicas e mudando significativamente o entendimento acerca da aplicação do Direito, com a valorização do *método da ponderação* ao invés da mera *subsunção*.

Essa nova forma de se investigar a ciência jurídica passou a exigir do intérprete e do aplicador do direito um constante juízo ponderativo e cognitivo visando a concretização dos valores tutelados constitucionalmente, ou seja, a escolha, sempre que possível e dentre opções igualmente válidas, da melhor medida de concretização do direito.

É claro que o instituto da discricionariedade administrativa, que sempre esteve presente entre as temáticas mais clássicas desse ramo do direito administrativo, pelo menos desde seu surgimento como ramo autônomo, já exigia – pelo menos em tese – um certo juízo *ponderativo* e *valorativo* das opções administrativas.

Contudo, em sua concepção inaugural, no período pós revolucionário, a discricionariedade administrativa era vista como uma forma de *"manifestação política estatal"*, permitida por uma certa e muitas vezes necessária *"janela da legalidade"*. Essa janela permitia ao aplicador do direito que pudesse balizar seus atos por intermédio de opções político-administrativas, que permitiriam, ao mesmo tempo, atender os anseios políticos da coletividade e observar um espectro de legalidade. [226]

A ideia central da discricionariedade sempre foi tentar minimizar as dissimilitudes entre o mundo real (ôntico) e o mundo ideal (deôntico), considerando que aquele sempre será mais contingente do que este.

Como afirmou o jurista alemão, Hartmut Maurer, o legislador não está capacitado para colher a multiplicidade da vida e, portanto, adotar uma regulação que satisfaça todas as possibilidades e alternativas da prática, delimitando, por muitas vezes, tão somente um quadro que indica a direção de objetivos. Eis que surge, desse modo, a competência discricionária como recurso para a concretização do direito no caso concreto.[227]

A ideia de discricionariedade administrativa, de tal sorte, sempre esteve intimamente ligada à própria ideia de legalidade, sendo tida como um braço da lei que deve ceder em face da política e/ou da impossibilidade do Direito (aqui entendido como um sistema de regras) em prever todas as hipóteses de aplicação.[228]

[225] MARCONDES, Ricardo Martins. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. Op. cit, p. 14.
[226] Idem, p. 65-66.
[227] MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão.* Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2001, p. 49.
[228] MADALENA, Luis Henrique. *Discricionariedade Administrativa e Hemenêutica*/coordenador Lenio Luiz Streck. Coleção Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v.1. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 51.

Ocorre que o movimento neoconstitucionalista deu uma nova roupagem ao conceito de discricionariedade e ao próprio conceito de função administrativa. Firmou-se a premissa de que não haveria margem de liberalidade para *escolhas livres* do crivo jurídico, mas sim um dever (e não poder) de se realizarem *ponderações administrativas* na busca por opções válidas perante o direito, sendo que nenhuma dessas escolhas estariam intangíveis à incidência da ciência jurídica, ou seja, seriam sempre sindicáveis a um controle prévio, concomitante ou posterior de legitimidade e regularidade.

Perceba-se que se fala em "ponderações" para a efetivação de opções administrativas juridicamente admissíveis, mas jamais em "liberdade de escolhas". Ao administrador não cabe gozar de liberdade de escolhas, uma vez que suas ações estão necessariamente *vinculadas ao interesse público*, devendo buscar a melhor maneira de concretizá-lo, dentre as soluções admitidas pelo ordenamento jurídico. Como muito bem salienta o professor Ricardo Marcondes, *"não existe liberdade, existe discricionariedade"*.[229]

Desta maneira, a importância do legislador nesse processo de produção normativa é, sem dúvida nenhuma, vital para a delimitação e balizamento dessa margem interpretativa que pode ser utilizada pelo aplicador do direito. Contudo, quando esse mesmo legislador, seja mediante opções legislativas válidas, seja através da menção a conceitos indeterminados ou valores jurídicos abstratos, todos devidamente positivados em enunciado normativo, opta por abrir uma *janela* para o exercício da ponderação administrativa, essa ação cognitiva deve ser respeitada, desde que fundamentada em método racional, fulcrado em pressupostos científicos e certificáveis.

A lei geral da ponderação, enunciada por Robert Alexy, no terceiro capítulo de sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*[230], diz que *"quando maior é o grau de não satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro"*. Em outras palavras, quando valores jurídicos positivados (princípios) colidem, a aplicação de determinado princípio exige o sopesamento dos respectivos valores do outro princípio que está sendo afastado, a fim de aferir a proporcionalidade da solução.

E qual seria a base técnico-jurídica que exigiria o respeito às ponderações realizadas pelo agente público perante o caso concreto? O centro dessa questão está no respeito aos chamados *princípios formais*, teoria também elaborada com extrema maestria por Robert Alexy.

[229] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado.* São Paulo, Malheiros Edtores, 2010, p. 30.
[230] ALEXY, Robert. *Teoría dos Direitos Fundamentais.* Ob. cit, pp. 81-172.

O conceito de princípio formal é trazido por Alexy, em sua obra de igual nome, traduzida para o português por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno[231]. O notável jurista alemão, ao conceituar princípios formais, inicia informando que antes de mais nada *"princípios formais são princípios"* e, como característica inerente a essas normas, são, portanto, *"comandos de otimização"*, exigindo que *"algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas"*. Continua, em sua doutrina, informando que os princípios formais aplicam-se da mesma forma que os princípios materiais, sendo que a diferença entre eles limita-se quanto ao objeto da otimização; enquanto os princípios materiais possuem como objetos de otimização determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida a vida, a liberdade de expressão, a proteção ao meio ambiente etc, os objetos de otimização dos princípios formais são as decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Em outras palavras, *"princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito"*.[232]

O professor Ricardo Marcondes, na mesma linha, aponta que *"princípios formais atribuem uma carga argumentativa em favor de outros princípios (...) referentes a direitos individuais e os princípios referentes a bens coletivos. Cada princípio tem em abstrato um determinado peso, uma determinada importância. Os princípios formais aumentam, no plano abstrato, o peso, a importância de outros princípios"*.[233]

A doutrina de Vírgilio Afonso da Silva os define da seguinte forma: *"Princípios formais são princípios que não são normas de conduta, mas normas de validade"*[234], limitando-se a ofertar razões para a obediência de outras normas jurídicas.

Veja-se que a construção da teoria dos princípios formais parte, em um primeiro momento, da necessidade de análise do âmbito da *discricionariedade legislativa* e, consequentemente, do papel das cortes constitucionais como órgãos de controle das violações a direitos fundamentais. A grande questão, portanto, que permeia a teoria é o papel que o princípio formal desempenha nas ponderações realizadas em plano abstrato pelo legislador democraticamente legitimado, atividade intelectiva que irá resultar na elaboração de uma regra e na consequente positivação de um princípio material informador dessa norma.

[231] ALEXY, Robert. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes.* 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
[232] Idem, pp. 13-14.
[233] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a Constitucionalização do direito privado...,* Ob. cit., p. 39.
[234] SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 148.

Ocorre que, da mesma forma como existe um princípio formal que da primazia (peso maior) às ponderações legislativas feitas em plano abstrato existe também um princípio formal que da primazia às ponderações administrativas feitas em plano concreto, garantidor da competência das decisões administrativas adotadas. Como afirma o professor Ricardo Marcondes[235]:

> *"Da mesma forma que a discricionariedade legislativa é garantida por um princípio formal, a discricionariedade administrativa também o é. Há um princípio formal pelo qual as ponderações administrativas devem ser mantidas (...) quanto maior for a completude normativa maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa (Pfl) e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (Pfa); quanto menor a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (Pfa) e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa (Pfl)".*

O problema é que, em países marcados por uma história autoritária e assolados por escândalos de corrupção, como é o nosso caso, as ponderações administrativas realizadas em plano concreto passarem a ganhar uma certa *presunção de ilegitimidade*, inibindo a atividade cognitiva, interpretativa e construtiva dos agentes públicos para a aplicação do direito perante o caso concreto. Isso ocasionou, de uns tempos para cá, a formação de uma Administração Pública altamente ineficiente e estagnada frente aos problemas da sociedade moderna, concretizando menos o direito e cumprindo mais a lei.

Muitas das vezes, nesse caótico cenário, ainda que diante do caso concreto seja necessário que se promova o afastamento de determinada regra, e por conseguinte de seu princípio ou princípios informadores, em prol da aplicação de um princípio de maior peso, muitos agentes públicos optam, por pura fobia, em meramente cumprir a letra fria da lei, deixando que a tutela (ou autotutela) administrativa seja substituída pela tutela jurisdicional; é melhor deixar a quem cabe dizer por último o direito que o faça também por primeiro caso provocado, visando evitar futuras reprimendas. A administração pública acuada acaba por sobrecarregar o judiciário, provocando uma isquemia sistêmica no poder executivo.

A interpretação desconforme, desconexa e desvirtuada do ordenamento jurídico deve ser sempre rechaçada e objeto de reprimenda, mas jamais se pode tolir o exercício adequado, equânime, proporcional e ponderado da competência discricionária da Administração Pública;

[235] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a Constitucionalização do direito privado...,* Ob. cit, p. 42.

retirar ou mitigar essa função essencial atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo é ferir de morte o princípio democrático da separação dos poderes.

Nesse sentido, o brilhante jurista espanhol, Eduardo García de Enterría, assim asseverou:

> *"Uno de los quícios del debate sobre el control judicial de laa discrecionalidad es que esse control debe respetar (...) el papel constitucional que al Ejecutivo (...) reserva el sistema político (...) en el Estado democrático y social de Derecho, em que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan uma legitimación popular, han sido colocados em sus puestos por el voto y com confianza del pueblo para que gestionen sus interesses, lo que hacen em su nombre (...) el poder judicial no está erigido, ni está por tanto capacitado, para governar, sino para dar efectividade al Derecho"*[236]

O ínclito professor Celso Antônio Celso Antônio Bandeira de Mello, desde a primeira edição de seu *Curso de Direito Administrativo,* sempre alertou para a necessidade de se fazer, de forma muito clara, a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade:

> *"não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto".*[237]

Não há dúvidas que o conceito de discricionariedade administrativa não pode mais ser atrelado a uma acepção meramente formal, passando a ter um aspecto substancial relevante, sendo efetivamente uma ferramenta postas a mão do agente público para fins de concretização do direito, ou seja, escolher entre duas ou mais opções juridicamente válidas tendo em vista a melhor forma de realizar o interesse público.

Não se pode permitir que a ciência do direito continue atrelada a um conceito errôneo de discricionariedade, gerando, por conseguinte, em um controle deturbado da atividade administrativa. Segundo lições do filósofo espanhol Reyes Mate, se o passado está no presente, ninguém deve enganar-se quanto ao seu real alcance. Um acontecimento passado está no

[236] ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración***.** 3ª. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 33-34.
[237] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014, p. 401.

presente e, como fatos mudos, dizem ao visitante o que ele quiser. O historiador pode visitar os fatos como turistas visitam monumentos antigos. Os fatos passados sempre estarão *à mercê* do visitante, dizendo-nos o que quisermos ouvir.[238] Não há óbice que se revisite o conceito antigo de discricionariedade, para fins de reflexão e estudo do tema, mas jamais se pode confundir o passado com o presente.

O conceito moderno de discricionariedade administrativa exige cada vez mais a aproximação, quando admitido pelo sistema normativo e diante de choques ou conflitos de valores tutelados constitucionalmente, do método da ponderação de interesses, visando a adoção da melhor medida de concretização do direito, diante da axiologia constitucional. Da mesma forma, o exercício da competência discricionária também importa em se realizar o direito na *melhor medida possível*.

Esse exercício ponderativo e racional, guiado por pressupostos científicos, não deve prender-se ao sentido literal da lei, mas buscar a sistematização coerente do texto com o ordenamento jurídico vigente e com a ordem objetiva de valores tutelados pela Constituição. Adota-se, assim, na mesma linha doutrinária defendia por Rui Medeiros e Ricardo Marcondes[239], a *teoria objetivista*, desprezando-se a vontade do agente normativo, posto que, por exercer uma *função pública*, sua vontade é totalmente irrelevante para o direito ou, quando muito, secundária.

Sustentadas tais premissas, retoma-se a análise da competência legislativa para efetuar ponderações e escolhas em plano abstrato. Essa competência importa na escolha de quais valores essenciais tutelados pela Constituição devem ser positivados no ordenamento jurídico.

Pode assim, por exemplo, o legislador, em prol do princípio material da proteção ao meio ambiente, editar uma norma (regra) prevendo a colocação de filtros nas descargas dos veículos automotivos, fixando-se um prazo para que o Poder Executivo, através de seu órgão competente, exija a adequação dos veículos à nova regra. Ponderando-se em plano abstrato, o legislador entendeu que esta seria a melhor medida para a concretização do direito, não deixando margem de escolha para a Administração Pública agir de um ou de outro modo. Neste caso, o próprio enunciado normativo já traz de forma clara, precisa e objetiva qual a medida necessária para a concretização do interesse público, não havendo margem interpretativa – pelo menos, em regra geral – ao agente competente. Eis o campo da vinculação.

[238] MATE, Reyes. *Meia-noite na história***.** São Lepoldo: UNISINOS, 2011. p. 22-23.
[239] Nesse sentido, vide: MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade,* p.290 e ss; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo,* ob. cit., pp.55-57.

De outro modo, pode o legislador ponderar, elencar valores constitucionalmente tutelados e deixar margem cognitiva ao agente público para, diante das nuances do mundo fenomênico, realizar ponderações em plano concreto, decidindo, também com base em pressupostos hermenêuticos científicos, pela melhor forma de concretização do direito. Assim, perceba-se que da mesma competência legislativa que se origina a competência vinculada, parte também advém a competência discricionária. É do princípio formal que legitima as ponderações feitas pelo legislador em plano abstrato que surge a discricionariedade administrativa, onde o sistema aceita mais de uma solução, imputando-se a escolha ao aplicador do direito.

Utilizando-se de outro exemplo para ilustrar o caso acima tratado, a lei de licitações e contratos – Lei Federal n° 8.666/93 - permite, em determinados casos, que a Administração Pública dispense a exigência de alguns documentos, em regra obrigatórios, em determinadas modalidades licitatórias ou em determinados tipos de contratação, como é o caso do disposto no art. 32, §1°[240] do referido Estatuto. Nessa hipótese, cabe ao agente público responsável pela elaboração do edital, ponderar em plano concreto, caso a caso, e decidir, sempre de forma motivada e fundamenta, qual a melhor medida para a concretização do direito.

Havendo margens delimitadas pelo legislador para a interpretação do texto normativo, cabe ao agente público, através da ponderação, como método da aplicação tanto das regras quanto dos princípios, orientado sob o postulado da proporcionalidade, principalmente em sua terceira dimensão, exercer suas competências constitucionalmente concebidas e concretizar o direito, demonstrando cabalmente a intenção em buscar a melhor medida possível. Ao intérprete, porém, não cabe evidentemente substituir-se ao agente normativo, eis o motivo da importância dos *limites* impostos à aplicação da regra da *interpretação orientada para a Constituição*[241].

Concretizar o *direito* significa realizar o *interesse público.* É fato, contudo, que a expressão interesse público traz consigo, em sua gênese, um conceito jurídico indeterminado, pelo menos em plano abstrato, mas perfeitamente determinável em plano concreto. Justamente em razão da correlação entre discricionariedade administrativa e interesse público é que a competência discricionária normalmente surge quando é impossível ao legislador realizar a vinculação objetiva do exercício da atividade administrativa ao interesse público, indicando de

[240] Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.
§1º - A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.
[241] Martins, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 43.

modo preciso a "melhor" ou "única" medida de concretização do direito para aquele hipótese normativa.

E é nessa mesma seara ponderativa, mas agora realizada em plano concreto, que advém o já mencionado princípio formal que dá primazia (peso maior) ao princípio material escolhido pelo administrador para concretização do direito.

O princípio formal que incide nas ponderações administrativas realizadas no caso concreto estabelece razões *prima facie* para a manutenção do ato administrativo, de igual modo como ocorre com relação ao princípio formal informador da competência legislativa.

A interpretação do texto normativo precede a aplicação da norma, ambos processos antecessores da concretização do direito. Se esse processo ocorrer de forma racional, equânime, razoável e proporcional aos valores tutelados pela Constituição, a opção administrativa deverá ser considerada legítima. Contudo, caso o processo de exegese jurídica dê-se de forma rudimentar, guiada por falha inescusável, imperfeição crassa ou erro grosseiro, a opção administrativa deverá ser rechaçada e, a depender das consequências geradas, apurada a responsabilidade do agente que deu causa ao ato ilegítimo. Isso significa dizer que o erro hermenêutico grosseiro leva ao erro grosseiro no processo de concretização do direito; o segundo é consequência inexorável do primeiro. Não se trata somente da análise causal (conduta e efeito), mas sim de um exame consequencialista, em que se verificam as causas que geraram o efeito indesejado.

Em outras palavras, o que precisa ser analisado é se a intensidade das decisões controladoras sobre as decisões controladas ou, nas palavras de Alexy, o *"peso dos fundamentos justificadores da intervenção"* deve ser proporcional ao *"grau de importância do fundamento da intervenção"*. Assim, o fundamento de intervenção grave *(p.ex: saúde pública)* sempre justificaria a intervenção leve *(p.ex: restrições à liberdade profissional)*, mas o fundamento de intervenção leve jamais justificaria uma intervenção grave. [242]

O respeito aos princípios formais exige, desse modo, o respeito à decisão administrativa, só podendo a decisão controladora afastar o ato administrativo caso se consiga provar, através de pressupostos científicos exigidos pela ciência jurídica, em um novo exercício do dever de ponderar, que o princípio (valor) indicado pelo órgão de controle tem um peso maior que a soma do peso do princípio concretizado pelo ato administrativo (princípio material) acrescido

[242] Para um melhor e mais aprofundado estudo da "Fórmula do Peso", vide: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo;* orga./trad. Luís Afonso Heck – 4ª ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 131-153.

do peso do princípio formal que da primazia às ponderações administrativas feitas no caso concreto.

III. NOVA LINDB E O DEVER DE ALTERIDADE NO CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Conforme ensinamento de Alexy, *"existem duas operações fundamentais da aplicação do direto: a subsunção e a ponderação"*. A ponderação, para ser legítima, precisa ser dotada de estrutura e racionalidade. Assim, quanto mais racional é a ponderação, mais legítimo é o ponderar; de igual modo, a racionalidade da ponderação depende de sua estrutura.[243]

De uma detida análise das alterações promovidas na LINDB, é nítida a intenção do legislador em buscar a valoração dessa visão neoconstitucionalista de se interpretar e operar o Direito. A busca pelo enaltecimento do postulado da proporcionalidade e do método da ponderação, como metodologia para a concretização do direito, valorizando-se os direitos fundamentais e a ordem objetiva dos valores constitucionais, torna-se bastante claro da leitura dos enunciados normativos incluídos pela Lei Federal 13.655/2018. A concretização do direito perante o caso concreto é função precípua da administração pública, em razão da indelegabilidade, inafastabilidade e indisponibilidade da salvaguarda do interesse público.

Para tanto, o legislador exigiu dos agentes integrantes das esferas controladora e judicial, em diversos dispositivos do referido diploma normativo, que analisem a legitimidade das ponderações administrativas feitas pela administração pública, em plano concreto, no momento em que o ato administrativo foi editado.

O campo da ponderação estaria situado justamente na terceira dimensão do postulado da proporcionalidade. Enquanto as duas primeiras (adequação e necessidade) expressariam um *mandamento de otimização das possibilidades fáticas*, visando evitar intervenções a direitos fundamentais, a última dimensão, chamada de proporcionalidade em sentido estrito, importaria em um *mandamento de otimização das possibilidades jurídicas*, exigindo justamente o dever de se sopesar o grau de prejuízo a um princípio (valor) quando em comparação com a importância do cumprimento do outro.[244] Essa seria a estrutura elementar e racional da ponderação.

[243] Idem, p. 131.
[244] Ibidem., p. 132.

O dever de ponderação aproxima-se do chamado *consequencialismo jurídico*, termo emprestado da filosofia[245], e que exige do operador do direito, em um processo contínuo de interpretação do ordenamento jurídico, a busca máxima da *integração da norma à realidade concreta*, com ampla fundamentação empírica, visando como finalidade última a concretização da ordem objetiva dos valores constitucionais.

Luis Fernando Schuartz conceitua o consequencialismo jurídico como *"qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que ccondicione explícita u implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas"*.[246]

Essa teoria busca refutar a utilização indiscriminada de valores jurídicos abstratos nas razões de decidir, sem que haja a devida fundamentação estruturada e racional, substituindo a perigosa figura da *autoridade hermenêutica* pela *autoridade legítima*, exigindo desse agente público, que irá proferir a decisão, o ônus (dever argumentativo) de buscar ponderar os efeitos práticos, ou as consequências, de sua decisão, prospectando-os antes de executar a ação. Dessa forma, as novas disposições legais trazidas pela LINDB nitidamente criam um ônus argumentativo maior para a decisão controladora que imputa irregularidade na medida concretizadora escolhida pelo agente público, estabelecendo, como já dito anteriormente, razões *prima facie* para a manutenção do ato.

Por óbvio que o dever de motivar não é inovação trazida pela LINDB, mas já constava presente no próprio código de processo civil[247] e na lei federal que regulamenta o processo administrativo em âmbito federal[248]. Contudo, a nosso ver, as alterações promovidas pela LINDB acresceram ao *dever de motivar* o *dever de ponderar*, criando um elemento robustecedor para as decisões controladoras ou um devido processo legal decisório, umbilicalmente ligado à análise pormenorizada das premissas fáticas.

---

[245] Elizabeth Anscombe, filósofa britânica, é considerada a criadora deste termo, defendendo a tese de que as consequências de um ato deveriam ser levadas em consideração quando se faz juízos sobre o correto e o incorreto. Assim, uma ação somente poderia ser classificada como *justa* se, e somente se, o seu resultado final for o *"melhor possível"*. A teoria filosófica consequencialista postula que as consequências da ação devem ser o foco principal do pensamento humano.

[246] SCHUARTZ, Luis Fernando. *"Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem"*, in: MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. Direito e Interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 131.

[247] Lei 13.105/2015. *"Art. 489. São elementos essenciais da setença: (...) §1° Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutório, sentença ou acórdão, que: (...) II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.*

[248] Lei 9.784/1999. *"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos"*

É por tal razão que as alterações legislativas trazidas pela LINDB devem ser muito bem analisadas, interpretadas e decodificadas por todos aqueles que operam o direito, sempre tendo como partida esse ponto fulcral sedimentado no dever de ponderação, servindo como verdadeiro pressuposto epistemológico legitimador da ação controladora.

De certo, toda inovação ou reforma legislativa tem por objeto fundamental – pelo menos assim deveria ser – a pretensão de correção de *injustiças*, usualmente fulcradas em problemas de ordem social, econômica ou política. Se assim não o for, utilizando das lições de Alexy, o legislador entraria em *contradição performativa*.[249]

Nessa senda, poder-se-ia, então, indagar: *qual ou quais as injustiças que o legislador infraconstitucional, na qualidade de representante democraticamente eleito pelo povo, buscou reparar?*

Nos últimos anos, viu-se no Brasil um crescente avanço, do ponto de vista estrutural e tecnológico, dos órgãos de controle sob a atividade administrativa e sob as políticas públicas implementadas pelas diversas esferas de governo. Tal progresso é extremamente salutar e deve ser continuamente estimulado, principalmente em países como o Brasil, constantemente assolados pela cólera da corrupção.

O reconhecimento da teoria neoconstitucional – da qual, somos adeptos –, com a valorização da teoria dos princípios, a observância do caso concreto e o reconhecimento de uma ordem objetiva de valores constitucionalmente tutelados, elevou os direitos fundamentais ao topo do sistema jurídico, convertendo-os na finalidade última do Estado.

Esse novo modelo mostra-se sensivelmente diferente do anterior, permitindo que agente público, que está na salvaguarda da tutela do interesse público, possa muitas vezes aplicar diretamente a Constituição, em que pese a inexistência de prévia ponderação legislativa, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, até mesmo a regra legislativa[250].

Nesse cenário, o controle da administração pública, tanto por parte do Poder Judiciário quanto por parte dos Tribunais de Contas, foi sensivelmente afetado e passou a ser muito mais incisivo, com a *"judicialização da política nos assuntos que têm relação com os direitos fundamentais"*[251].

[249] ALEXY, Robert. *The dual nature of law*. Ratio Juris, v. 23, n.2, 2010, p. 170.
[250] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional.* Ob. cit., p. 16.
[251] PULIDO, Carlos Bernal. In: *"Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI"*, ano 1, n. 2, julho-setembro. *Coord.* Ricardo Marcondes Martins e Augusto Neves Dal Pozzo. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

A evolução desse controle, não raras vezes, resultaram em brilhantes decisões agasalhadoras de direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal[252], mas também, por outras vezes, acabaram por extrapolar os limites legítimos das próprias competências constitucionalmente atribuídas a estes órgãos, resultando em interferências indevidas de um poder sobre o outro.

Mas uma vez, é oportuno sublinhar, até para não gerar dúvidas quanto a linha traçada neste trabalho, que enxergamos o chamado *ativismo judicial* ou o fenômeno da *judicialização* de forma positiva e salutar, devendo, sem dúvida alguma, a política ser integralmente juridicizada, não havendo espaço intangíveis à incidência do direito. Todavia, é de se reconhecer que essa judicialização, por muitas vezes, ocorreu – e ainda ocorre - sem balizamentos normativos minimamente razoáveis e tecnicamente verificáveis, cambiando-se a decisão pelo *deciosionismo*, este último extremamente perigoso para a democracia, pois fundamenta suas bases em elementos essencialmente subjetivos. Dentro desse temerário contexto, princípios acabavam sendo utilizados de forma meramente retórica.

Consoante brilhantemente defendido por Luís Henrique Madalena, não se pode pretender substituir um sistema democrático por um *governo de juízes*, ou seja, não se pode pregar um controle *do que decide* a administração, mas de *como decide* a administração. Nessa sistemática, os princípios teriam a vital função de efetivamente trazer o mundo real para o direito, *"livrando-o da função de mero legitimador de condutas inautênticas"* [253], sem a utilização indevida e inadequada de normas tão caras para o direito.

Toda essa situação, de certa forma caótica pela qual passava – e de certa forma, ainda passa – o processo interpretativo e de aplicação do direito acabou acarretando o engessamento da administração pública, provocando medo aos agentes públicos para o legítimo exercício de suas funções administrativas ou uma certa esquizofrenia no processo decisório do agente competente.

Durante muitos anos, a função administrativa e a responsabilização dos agentes públicos sempre foi analisado pelos órgãos de controle com base em caráter *compensatório* e *punitivo*,

[252] Como, por exemplo, os seguintes precedentes do STF: RE 956475, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/05/2016 (Município condenado a fornecer vaga em creche a criança de até 5 anos de idade); RE 429903/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014 (Administração Pública condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento); RE 440028/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29/10/2013 (Estado condenado a garantir o direito a acessibilidade em prédios públicos; RE 592581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13/8/2015 (Poder Público condenado a realizar obras emergenciais em estabelecimento prisional).

[253] MADALENA, Luís Henrique. *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica (...).* Ob. cit, p. 49

com base em um nexo de causalidade entre dano e conduta, visão ainda oriunda de uma antiga importação do direito civil, remontando as origens do direito administrativo.

O hiperlegalismo do Estado Federativo Brasileiro faz com que o agente público trabalhe como um funcionário em uma loja de cristais; é evidente que é necessário ter cautela, atenção, dedicação, diligência e zelo na condução de seu mister, mas também é preciso ter discernimento para se compreender que em certa ocasiões cristais podem ser quebrados, sendo necessário verificar os motivos, pressupostos e aspectos concretos que levaram a isso, num exercício contínuo de ponderação dos valores conflitantes, e não apenas efetuar o raso exercício de analisar causa e efeito.

Eis aonde se almeja chegar: é preciso buscar *alteridade* no exercício da função controladora. A palavra *alteridade*, termo bastante abordado pela filosofia e pela antropologia, implica na necessidade de um indivíduo em se colocar no lugar do outro, em uma relação baseada no diálogo e valorização das diferenças.

Alguns críticos da nova redação da LINDB sustentam sua imprecisão semântica ou normativa, em razão de supostamente trazer conceitos jurídicos indeterminados e extrema flexibilidade para a aplicação do direito. Com as devidas *vênias* a quem entende desse modo, ousamos divergir. Como já mencionado anteriormente, a nova redação da LINDB em nada inovou no ordenamento jurídico, mas somente relembrou aos aplicadores do direito o quão importante é a análise do direito à luz da teoria dos princípios, da valorização do caso concreto, do método da ponderação dos bens e valores tutelados pela Constituição Federal; em outras palavras, as normas trazidas pela LINDB devem ser analisadas sob o enfoque da concretização dos valores positivados na Constituição, através do chamado método da *filtragem constitucional*.[254]

De igual modo, também se robusteceu o quão importante é a utilização da ponderação como método de aplicação do direito, reforçando a visão neoconstitucionalista que deve ser imprimida ao direito administrativo. Críticos, mais uma vez, podem sustentar – como já sustentaram – que essa *flexibilização* do direito poderia comprometer a própria democracia, por trazer um *"certo modo antijuspositivista de se aproximar do Direito"*[255].

Ao contrário, cremos que a nova redação da LINDB valoriza sobremaneira a necessidade de sopesamento dos valores constitucionais, tendo em vista as circunstâncias

[254] Nesse sentido, vide: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica,* Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, pp. 102-102. Ver também: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional.* Ob. cit., p. 41.
[255] Nesse sentido: POZZOLO, Susanna; Duarte, Écio Oto Ramos. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico,* São Paulo, Landy, 2006, p. 77.

fáticas, mas sem esquecer das competências normativas, que são asseguradas pelos já mencionados princípios formais.[256]

É evidente que o método da ponderação exige um esforço maior do cientista do direito do que o método da subsunção, mas um não anula outro e tampouco se pode refutar tal método alegando sua *complexidade*. A ponderação exige a aplicação do postulado da proporcionalidade, em sua terceira dimensão, também chamada de *proporcionalidade em sentido estrito,* exigindo do aplicador do direito a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto, apurando seus respectivos pesos, e decidindo qual deverá ser concretizado e qual o meio de sua realização[257].

O professor Ricardo Marcondes Martins, invocando a teoria de Dworkin, diz que a ciência jurídica passaria de um *sistema analítico*, fundado em relações de causa, para um *sistema holístico*, baseado em relações não casuais. Dando um fantástico exemplo sobre a importância do método da ponderação para a ciência jurídica e demonstrando que tal método não afasta o tradicional método da subsunção, o renomado autor diz:

> *"Pela física clássica, o funcionamento do universo é certo, preciso e causal: uma ação causa indiscutivelmente uma determinada consequência, previsível, constatável. Essa forma de encarar o universo foi simplesmente transportada para o mundo deôntico: se o fato, deve ser a consequência – a imputação é certa, precisa, causal. A superação da causalidade foi um passo muito difícil, muitos juristas ainda não conseguiram dá-lo (...) Há um entrelaçamento entre subsunção e ponderação: não são dois métodos estanques de aplicação das normas jurídicas, mas dois métodos complementares. A aplicação das normas dá-se simultaneamente pela subsunção e pela ponderação".*[258]

Crê-se, sinceramente, que nenhum jurista, minimamente dedicado ao estudo de sua ciência, terá a ousadia de dizer que aplicar o direito é fácil; não o era no passado e muito menos o é no presente. Concretizar o direito exige um intenso trabalho cognitivo e interpretativo do texto normativo, e toda interpretação é sempre inovadora[259].

Nesse sentido, recorrendo mais uma vez à doutrina do professor Ricardo Marcondes, assevera-se:

[256] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional.* Ob. cit., p. 15.
[257] Nesse sentido, ver: Luís Virgílio Afonso da Silva, *"A proporcionalidade e o razoável"*, RT 798/23-50; Humberto Ávila, *"Teoria dos Princípios": da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* pp. 161-176.
[258] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado.* Ob. cit., p. 35.
[259] Idem. p. 35.

> "Para que não haja um *adeus às regras* a doutrina concebeu os aqui denominados *princípios formais fundamentais.* A aplicação absoluta das regras (...), independentemente da injustiça que gerem, independentemente de quanto afastem os princípios opostos ao por elas concretizado, não pode ser admitida. O Direito evolui: antes apenas se atentava para a segurança, hoje atenta para outros valores. A aplicação ficou mais difícil, reconhece-se: não basta identificar a regra a aplica-la a todo custo, custe o que custar."[260]

Nesse ponto, o que a nova redação da LINDB ressalta, de forma muito salutar, é que a ponderação é um dever-poder e que o produto de seu exercício por parte dos agentes administrativos (escolhas administrativas), técnico e racional, deve ser respeitado, em razão do princípio formal fundamental que lhe atribui essa competência, devendo ser cautelosamente analisadas as medidas de concretização do direito escolhidas pelo operador do direito.

Ao trazer a expressão "erro grosseiro", para fins de responsabilização do agente público, a nova legislação busca valorizar justamente esse princípio formal que dá primazia às ponderações administrativas feitas em plano concreto, criando uma margem de segurança jurídica para o exercício da atividade administrativa, que seria justamente à vedação ao inaceitável, ao teratológico ou, em sentido oposto, o respeito às decisões administrativas *razoáveis*. No erro grosseiro, não há subjetividade, há verdadeiro despropósito. A voluntariedade da conduta não pode se confundir com o dolo.

Por óbvio, a evolução dos sistemas de controle externo, no intuito de averiguar as ponderações realizadas pelo agente público no plano concreto, quando do exercício da competência discricionária, é salutar e demasiadamente importante no Estado Democrático de Direito, em que se cobra uma ação cada vez mais positiva do Poder Público no que se refere à concretização do interesse público.

Contudo, caso esse processo de controle não seja feito com base em pressupostos científicos, exigidos pela ciência jurídica, pode-se emergir em um perigoso cenário de invasão de competências constitucionalmente estabelecidas, substituindo a decisão administrativa pela decisão controladora, gerando o perigoso fenômeno das chamadas *decisões ideais* ou a fantasiosa ideia da existência de um único ou melhor direito.

Elevando a importância da atividade ponderativa na aplicação do direito, e na análise dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, a LINDB exige, de certa forma, uma certa *motivação especial* para a reprobabilidade da conduta, evitando pura

[260] Ibdem, p. 46

e simplesmente que a decisão administrativa seja afastada pela decisão controladora, unicamente por esta última *falar por último* qual o melhor direito.

A positivação do termo "erro grosseiro", para esse fim, é de importância vital para essa nova forma de se interpretar os atos administrativos discricionários. Isso porque, a acepção não está relacionado só com o resultado final da medida administrativa, mas sim com a atividade cognitiva e interpretativa feita pelo agente público (meio), que deve ser ponderada e analisada pelo órgão de controle, só podendo ser afastada, como já dito, caso ultrapasse os limites do juridicamente aceitável, do *razoável* e do *proporcional*, sob pena de se punir, conforme afirmado pelo professor Joel Niehbur, o *crime de hermenêutica*.[261]

Completando o raciocínio, conclui o mencionado autor:

> *"Os agentes administrativos somente deveriam ser penalizados quando tivessem atuado com má-fé ou quando tivessem agido com culpa grave, que se caracteriza diante de casos gritantes e excepcionais. Não deveriam ser penalizados quando os órgãos de controle apenas discordam sobre o mérito de suas decisões ou quando discordam da interpretação jurídica dada pelos agentes administrativos diante de temas que sejam ou que admitam controvérsia técnica ou jurídica. A interpretação dos órgãos de controle não poderia ser levada à verdade absoluta, de modo que agentes administrativos fossem penalizados pela mera divergência de entendimento."*[262]

Como consequência desse raciocínio, se a ponderação realizada pelo agente administrativo for proporcional, equânime e razoável – e não se conseguir comprovar através de métodos científicos e tecnicamente verificáveis que a referida operação fundou-se em erro crasso na interpretação e aplicação do direito – os órgãos de controle devem, necessariamente, respeitá-las, ainda que, segundo seus juízos subjetivos, o princípio destacado na decisão controladora justificasse, também de forma proporcional e razoável, o afastamento da medida concretizada.

O interesse público é, sem qualquer hesitação, concebido como a máxima concretização dos valores constitucionais, o fim maior a ser perquirido por todos aqueles que exercem função pública, seja integrante do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.

[261] NIEBUHR, Joel de Menezes. *A Administração Pública do Medo: ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o errado é punido severamente.* Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017. Acesso em 23/05/2019.
[262] Idem, ibidem.

Afinal, como afirma o professor Ricardo Marcondes, *"legislar, administrar e julgar são três etapas de concretização dos princípios constitucionais"*[263].

Ocorre que o interesse público é um fim, mas que depende de medidas de concretização aptas a salvaguardá-lo e tutelá-lo da melhor forma possível. Perceba-se que alcançar o interesse público não é simplesmente chegar em uma dada solução concreta. Alcançar o interesse público significa concretizar princípios constitucionais e concretizar princípios constitucionais significa agir de forma adequada, necessária e proporcional aos fins almejados. É, assim, também uma atividade meio. Buscar a melhor forma de concretizar o direito perante o caso concreto, segundo pressupostos científicos de interpretação e aplicação do direito, é o objetivo último da Administração Pública, ainda que, em decorrência de conclusões distintas por parte do órgão de controle, essa não tenha sido a *melhor medida possível*, bastando ser *proporcional* e *razoável*.

É claro que existem casos em que, através de utilizações de simples técnicas hermenêuticas, torna-se perceptível e clarividente que a medida de concretização escolhida pelo agente público é inidônea e inaceitável diante dos valores constitucionais. Nesse caso, ainda que a finalidade do ato tenha sido alcançada *(p.ex: contratação de merenda escolar)*, o interesse público não o foi *(p.ex: contratação de merenda escolar por processo de dispensa de licitação, sem qualquer motivação de ordem técnica, fática ou jurídica)*, uma vez que a desproporcionalidade (peso) entre o *ônus e o bônus* é patente.

Contudo, a maioria dos casos não se mostra tão simples assim. Atualmente, diante do avanço das demandas sociais, cada vez mais a Administração Pública vê-se diante da necessidade do exercício do seu dever discricionário, tendo que tomar decisões visando dar soluções para os mais diversos problemas; e, caso a solução adotada posteriormente seja entendida pelos órgãos de controle como não sendo a *mais adequada*, certamente será objeto de reprimenda, em razão de divergências interpretativas.

O que a nova redação da LINDB busca trazer, a nosso ver, é justamente o respeito às decisões administrativas que não representarem erros crassos, grosseiros, verdadeiras aberrações jurídicas e, por óbvio, inaceitáveis. Cria-se, assim, um novo balizamento, uma nova régua para aferir os *limites do aceitável* para fins de controle da juridicidade dos atos administrativos discricionários, que até então dependiam única e exclusivamente da orientação jurisprudencial dada para cada caso.

[263] MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeito dos Vícios do Ato Administrativo.* São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p.27-33.

A função administrativa típica ou precípua, identificada como sendo o dever de concretização do direito diante do caso concreto, faz com que diariamente agentes administrativos deparem-se com inúmeras e prováveis medidas aptas a alcançar a finalidade almejada, algumas aceitas pelo direito e outras não.

Vamos utilizar de um exemplo para facilitar a visualização. O inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal cria a regra geral do processo licitatório para fins de contratações públicas, deixando, contudo, margem para que o legislador infraconstitucional, realizando ponderações em plano abstrato, possa excepcionar essa regra em determinados casos. O legislador, por seu turno, exercendo de sua competência constitucionalmente conferida, editou a Lei Federal n°. 8.666/93, e dispôs no art. 24 alguns casos em que essa regra geral poderia ser excepcionalizada e, portanto, a licitação seria *dispensável.*

Utilizemos da hipótese legal prevista no inciso V do indigitado dispositivo legal. Este enunciado normativo dispõe que o administrador público *pode* dispensar o processo licitatório, ou seja, a regra geral pode ser afastada, *"quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas".*

Veja que, neste exemplo dado, o legislador cria, simultaneamente, competências vinculadas e competências discricionárias. No rol das competências vinculadas está o dever de realização de prévio processo licitatório, a vinculação ao cenário fático de ausência de comparecimento de licitantes e, por fim, em caso de se escolher pela dispensa de licitação, a obrigatoriedade de se manter todas as condições preestabelecidas no instrumento convocatório. Por outro lado, a título de competência discricionária, está justamente a faculdade de o administrador, observadas as vinculações impostas pela lei e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, optar em realizar um segundo processo licitatório ou dispensá-lo.

É interesse, nesse caso, perceber que o administrador, ainda ocorridas todas as situações autorizativas do exercício da competência discricionária, não poderá *livremente* optar por dispensar o processo licitatório, sem a realização da necessária ponderação. Esse processo ponderativo ocorrerá em plano concreto e a escolha dependerá do sopesamento dos valores incidentes nesse cenário fático, que poderá pesar mais para a hipótese de dispensa de licitação ou mais para a necessidade de realização de um novo processo licitatório.

É impossível, em plano abstrato e retratando situações hipotéticas, rotular todos os cenários fáticos que poderiam pesar mais para um lado ou mais para o outro. Todavia, de certo, podem existir situações que *exijam*, de forma clara e nítida, como melhor medida de

concretização do direito, a dispensa de licitação, considerando as motivações apresentadas pelo gestor. De igual modo, é perfeitamente possível que existam cenários que também *exijam*, de forma indiscutível, a realização de novo processo licitatório, uma vez que o eventual prejuízo que pode sofrer a administração pública em não repetir a licitação mostra-se desproporcional (em sentido estrito) ao benefício almejado, após a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto.

Mas, nem sempre o cenário fático é tão nítido assim. Muitas vezes, mesmo após um detido exercício do método ponderativo, a *melhor medida de concretização do direito* não se mostra tão clara, devendo, ao fim, o administrador optar por aquela que entende que melhor realize e fomente da melhor forma possível o interesse público, a partir de um juízo de convicção subjetiva.

Reconhecendo esse elemento subjetivo que embasa a decisão administrativa discricionária, Ricardo Marcondes Martins assevera, *"na discricionariedade, o agente público deve escolher a alternativa que, segundo suas convicções, melhor realiza o interesse público (...) a escolha dá-se em decorrência da convicção subjetiva de que, dentre as alternativas admitidas, a eleita é a melhor para a realização do interesse público".*[264]

Na mesma linha, completando o raciocínio acima, Edmundo Bernatzik, nos termos narrados por Afonso Rodrigues Queiró, sustentou que, *"na aplicação do direito (...) há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar a justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas terceiras pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras pessoas seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão"*.[265]

Nesse cenário, estar-se-ia criando o que chamamos de *terceirização do poder de autotutela*, já mencionado anteriormente, no qual a Administração Pública opta por ficar inerte e aguardar a análise de seus atos por parte do Poder Judiciário.

Isso porque, digamos que após minucioso processo ponderativo a decisão administrativa adotada não seja posteriormente considerada, pela esfera controlada, como *a melhor medida de concretização*, acarretando no seu afastamento e consequente penalização ao agente público em decorrência de *erro interpretativo*.

[264] MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e Poder Judiciário: a utilização de princípios na fundamentação da sentença. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil* – v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 15-46.
[265] BERNATZIk, Edmund. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 1886, p. 1-46 apud Queiró, Afonso Rdrigues. *O podes discricionário da administração.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948, p. 121).

Esse cenário traz à tona o velho problema das chamadas *decisões ideais*, gérmen do arbítrio. A questão, a nosso ver, sempre pode ser resolvida pelo respeito ao princípio formal que da primazia às ponderações administrativas feitas em plano concreto e pela aplicação correta do método da ponderação, buscando-se averiguar, técnica e cientificamente, se o ato administrativo exarado foi fulcrado em uma análise proporcional do direito, buscando sempre a melhor medida de concretização, ainda que sob a ótica do controle externo essa escolha não tenha sido supostamente *a melhor medida possível*.

O próprio Dworkin, em sua teoria, reconhece que só um juiz – e aqui, por analogia, inclui-se qualquer aplicador do Direito – dotado de talentos sobre humanos e de um tempo infinito a seu dispor conseguiria examinar toda a rede e obter esse *perfeito equilíbrio*. Por tal razão, sustenta que a interpretação criativa só pode ser perfeitamente realizada por um juiz-Hércules.[266]

No mesmo sentido, ponderou Carlos Ari Sundfeld:

> *"O direito tem muitas incertezas, não é matemática; divergência de interpretação sobre fatos e leis não é crime. Portanto, punição é um erro para esses casos (...). Não podem cair nas costas do gestor as consequências do risco de falhar e as consequências da incerteza do direito. O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar".*[267]

A busca por esse equilíbrio na análise dos atos administrativos, contudo, nunca se mostrou tão evidente quando da análise das decisões proferidas pelos órgãos de controle, principalmente pelos tribunais de contas, em razão justamente de uma certa inadequação na utilização do método ponderativo ou até mesmo pelo não reconhecimento da incidência dos princípios formais. Assim, caso a decisão adotada atenda proporcionalmente os valores tutelados constitucionalmente, esta deverá ser aceita, ainda que não consideradas *a melhor medida* pela esfera controladora. Não se pode cobrar a *medida ideal*, mas se deve rechaçar a *medida grosseira*.

Quando se fala em *princípio da boa-administração*, não há como olvidar a rica doutrina do professor Juares Freitas, segundo a qual o que se exige da Administração Pública é a chamada *discricionariedade administrativa legítima*, importando no dever da Administração

[266] Ob. cit., pp. 287 e ss.
[267] SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo*. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo. Acesso em 06 de maio de 2019.

Pública observar, em suas relações administrativas, *"a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondes prioridades"*. Assim, o direito fundamental à boa administração seria um *"lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja o somatório de direitos subjetivos públicos"*.[268]

Não obstante, entende-se que a finalidade precípua desse princípio, verdadeiramente, é a eterna busca pela melhor forma de concretizar o direito e de fomentar o interesse público (meio), sendo certo que podem existir divergências quando ao resultado alcançado (fim). O que não se pode aceitar é a atuação *mediana* do gestor em prol de fomentar o interesse público, devendo este sempre demonstrar, de forma fundamentada e motivada, uma atuação proativa, proba e legítima em prol da *melhor forma de concretização do direito*, ainda que persistam divergências proporcionais e aceitáveis quando aos meios utilizados ou quando ao resultado alcançado.

A repulsa do ordenamento jurídico está relacionada à interpretação (ponderação) fundada em erro inescusável que, consequentemente, culminou na incorreta aplicação do direito. Perceba-se que, ainda que a finalidade administrativa, em tese, tenha sido alcançada, se os meios interpretativos e ponderativos utilizados para a aplicação do direito fundaram-se em erro grosseiro ou inescusável, o interesse público não terá sido fomentado. De outro modo, caso os meios ponderativos e interpretativos utilizados para a aplicação do direito mostrem-se proporcionalmente aceitáveis pelo direito, ou seja, correspondam à concretização de valores tutelados constitucionalmente, a finalidade pública terá sido alcançada, ainda que, concretamente, a conclusão ou preferência do órgão de controle pudesse ser distinta.

IV. CONCLUSÃO

As alterações promovidas pela Lei Federal 13.655/2018, que introduziu novas normas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mais especificamente nos arts. 20 ao 30, têm explícita intenção de buscar o enaltecimento do postulado da proporcionalidade – em sua tríplice dimensão – e do método da ponderação, como metodologia para a interpretação e aplicação do direito, com relevante destaque à teoria dos princípios, à valorização do caso concreto, à elevação dos direitos fundamentais como finalidade última do Estado e ao

[268] FREITAS, Juares. *Direito Fundamental à Boa Administração*. 3ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014, p. 21.

reconhecimento da existência de uma ordem objetiva dos valores constitucionais que precisam ser concretizados.

Da leitura nos novos enunciados normativos trazidos na LINDB é possível perceber o anseio do legislador em fixar balizamentos, com fundamento em pressupostos científicos e racionais, relacionados à interpretação e aplicação do direito, para o controle do ato administrativo, principalmente aqueles exarados no exercício da competência discricionária. Buscou-se, assim, criar um dever, por parte dos órgãos de controle, da utilização do método da ponderação juntamente com o tradicional método da subsunção, com a substituição da típica relação jurídica causal (causa e efeito), reconhecida no direito pelo princípio da imputação, pela análise consequencialista e concretista da aplicação normativa, com o dever de ponderação e sopesamento da ordem objetiva dos valores constitucionalmente tutelados, buscando, ao fim, a melhor solução perante o Direito e não a solução válida perante a lei.

O Direito, por óbvio, jamais pode desprender-se da realidade do mundo fenomênico, pois não é filosofia, devendo sempre haver uma íntima relação entre o ôntico e o deôntico. A função precípua da Administração Pública é a aplicação do direito ao caso concreto e, justamente por isso, toda aplicação jurídica deve ser sempre assumida como um desdobramento, uma concretização, dos valores constitucionalmente consagrados. O Direito precisa funcionar e, justamente por isso, eventuais elucubrações dogmáticas não podem ser efetuadas de costas para o mundo do ser.

O reconhecimento da existência de uma verdadeira ciência jurídica importou na ampliação do próprio conceito de legalidade. Reconheceu-se a existência de um autêntico ordenamento jurídico, coeso e integrado, composto por regras e princípios, tendo por fim último a realização máxima da axiologia constitucional.

Nesse contexto, a nova redação da LINDB valoriza sobremaneira a necessidade de tutela, através de um constante processo de ponderação e sopesamento, dessa reconhecida ordem objetiva dos valores constitucionais, com valorização do caso concreto e respeito às competências normativas constitucionalmente estabelecidas, asseguradas pelos já mencionados princípios formais fundamentais.

A ponderação, por sua vez, exige impreterivelmente a aplicação do postulado da proporcionalidade, sobretudo em sua terceira dimensão, também chamada de *proporcionalidade em sentido estrito,* impondo ao aplicador do direito o dever de ponderação dos princípios incidentes perante o caso concreto e a adoção das medidas indicadas no processo ponderativo visando sua concretização, vendando-se, sempre, o excesso da medida imposta.

O dever de ponderação, trazido pela nova redação da LINDB, aproxima o processo interpretativo e de aplicação do direito do chamado *consequencialismo jurídico*, que exige do operador do direito, em um exercício cognitivo e recognitivo constante, buscar a máxima da *integração da norma à realidade concreta*, com ampla fundamentação empírica.

Elevando a importância da atividade ponderativa na aplicação do direito, e na análise dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, a LINDB exige, de certa forma, uma certa *motivação especial* para a reprobabilidade da conduta, evitando pura e simplesmente que a decisão administrativa seja afastada pela decisão controladora, unicamente por esta *falar por último* qual o *melhor direito*. Impõe-se, assim, um dever, *a priori*, de respeito às decisões administrativas exercidas dentro de suas competências normativas, criando um novo balizamento, uma nova régua para aferir os *limites do aceitável* para fins de controle da juridicidade dos atos administrativos discricionários, reforçando a importância da atividade hermenêutica legitimamente desempenhada e refutando-se a interpretação fulcrada em erros crassos, grosseiros, verdadeiras aberrações jurídicas e, por óbvio, inaceitável.

Dessa forma, caso a decisão adotada atenda de forma *proporcional* e *razoável* os valores tutelados constitucionalmente, o ato deverá ser aceito, ainda que não consideradas *a melhor medida* pela esfera controladora. Não se pode cobrar a *medida ideal*, mas se deve rechaçar a *medida grosseira*.

E qual seria a base técnico-jurídica que exigiria o respeito às ponderações, proporcionais e razoáveis, realizadas pelo agente público perante o caso concreto? O centro dessa questão está no respeito aos chamados *princípios formais fundamentais*, teoria de titularidade do jurista alemão Robert Alexy.

Esses princípios formais fundamentais, legitimadores de competências normativas, teriam o condão de reforçar ou aumentar a carga argumentativa em favor de outros princípios materiais. No caso da competência normativa para editar atos administrativos, conferida à Administração Pública, incidiria um princípio formal legitimador das ponderações administrativas feitas em plano concreto, os quais aumentariam o peso e a importância de outros princípios materiais.

Isso porque, da mesma forma como existe um princípio formal que da primazia (peso maior) às ponderações legislativas feitas em plano abstrato, possibilitando que uma norma legislativa não necessite ser a *melhor medida possível de concretização de um princípio material*, existe também um princípio formal que da primazia às ponderações administrativas feitas em plano concreto, garantidor da competência das decisões administrativas adotadas,

fazendo com que essa decisão não necessite ser a *melhor medida possível de concretização de um princípio material*, mas ela precisa ser proporcional e razoável ao dever de concretização da ordem objetiva dos valores constitucionais. Esse princípio formal garantidor da discricionariedade administrativa exige que, *a priori*, as ponderações administrativas sejam mantidas.

A nosso ver, as alterações promovidas na LINDB trazem de forma muito clara a necessidade de respeito a este princípio formal garantidor das ponderações administrativas feitas em plano concreto, impondo um ônus argumentativo maior (motivação especial) para a decisão controladora que imputa irregularidade na medida concretizadora escolhida pelo agente público. Contudo, caso o processo de exegese jurídica dê-se de forma rudimentar, guiada por falha inescusável, imperfeição crassa, erro grosseiro, a opção administrativa deverá ser rechaçada e, a depender das consequências danosas, apurada a responsabilidade do agente que deu causa ao ato ilegítimo. Isso significa dizer que o erro hermenêutico grosseiro leva ao erro grosseiro no processo de concretização do direito, sendo o segundo é consequência inexorável do primeiro.

Por fim, entende-se que o que a nova redação trazida pela LINDB procura trazer é uma maior alteridade para o exercício controle externo da Administração Pública, visando evitar que esta atividade de controle, tão importante para o Estado Democrático de Direito, acabe por extrapolar os limites legítimos das próprias competências constitucionalmente atribuídas a estes órgãos, resultando em interferências indevidas de um poder sobre o outro, confundindo ativismo judicial legítimo, movimento salutar e importante para a evolução do Direito, com decisionismo retórico.

Eis aonde se almeja chegar: é preciso buscar *alteridade* no exercício da função controladora. A palavra *alteridade*, termo bastante abordado pela filosofia e pela antropologia, implica na necessidade de um indivíduo de se colocar no lugar do outro, em uma relação baseada no diálogo e valorização das diferenças.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo;* org./trad. Luís Afonso Heck – 4ª ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

____. *Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do Direito / Robert Alexy; organização Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes.* 1ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

____. *Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª ed., 3ª tir.*, trad. de Vírgilio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

____. *The dual nature of law.* Ratio Juris, v. 23, n.2, 2010.

ÁVILA, Humberto: *"Teoria dos Princípios": da definição à aplicação dos princípios jurídicos.*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 31ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014.

BARBIERI, Catarina H. Cortada; MACEDO JR, Ronaldo Porto; SCHUARTZ, Luis Fernando. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BERNATZIK, Edmund. *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft,* 1886, apud QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

DUARTE, Écio Oto Ramos, e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico.* São Paulo, Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, trad. de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

____. *O império do direito.* 1ª ed., 2ª tir., trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes. 2003.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, jueces y control de la administración***.** 3ª. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ESSER, Josef. *Princípio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado,* trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosh, 1961.

FIGUEIREDO, Marcelo; FILHO, Valmir Pontes (orgs.). *Estudos de Direito Público: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª ed., 2006.

FREITAS, Juares. *Direito Fundamental à Boa Administração*. 3ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. *Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil* – v. 1. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro.* 40ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2014; 8ª ed. São Paulo, Ed. RT, 1981.

KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura.* Trad. de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo, Nova Cultural, 1999.

MADALENA, Luís Henrique. *Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica* / coordenador Lenio Luiz Streck. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado.* São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

____. *Efeito dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

____. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

____. *Teoria das contrafações administrativas*. In: Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016.

____. *Teoria dos princípios e Poder Judiciário*: a utilização de princípios na fundamentação da sentença.

____. *Um diálogo sobre a justiça.* Belo Horizonte: Forúm, 2012.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MACEDO JR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina H. Cortada; SCHUARTZ, Luis Fernando. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MATE, Reyes. *Meia-noite na história***.** São Lepoldo: UNISINOS, 2011.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa. Universidade Católica Editora, 1999.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *A Administração Pública do Medo: ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o errado é punido severamente.* Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017. Acesso em 23/05/2019.

POZZOLO, Susanna. *O neoconstitucionalismo como o último desafio ao positivismo jurídico.* In: DUARTE, Écio Oto Ramos, e POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico.* São Paulo, Landy, 2006.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração.* 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1948.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: Construindo uma Nova Dogmática Jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A proporcionalidade e o razoável*, RT 798/23-50, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Chega de axé no direito administrativo.* Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/carlos-ari-sundfeld/chega-de-axe-no-direito-administrativo. Acesso em 06 de maio de 2019.