

Data do recebimento: 9/08/2018

Data do aceite: 25/09/2018

.....

ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO PODEM CONTRIBUIR PARA MELHORIA DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS?

.....

LEGAL CHANGES CAN CONTRIBUTE TO IMPROVEMENT
JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES?

Bruno Félix de Almeida¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Política Pública e Direito; 2. Controle Judicial de Políticas Públicas: principais problemas; 3. As Alterações da Lei de Introdução à Norma do Direito Brasileiro; 4. Conclusão; Referências.

1 - Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Público pela UNB. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal.



RESUMO: O exercício do controle judicial das políticas públicas sofre críticas há vários anos. Tal ativismo judicial acaba por gerar problemas ao não compreender toda complexidade que envolve o fenômeno das políticas públicas. A abertura do direito para outras ciências, como a Ciência Política, a Administração e a da Economia, pode trazer metodologias que ajudem a compreender melhor e tratar adequadamente, no âmbito jurídico, o controle das políticas públicas. As inovações trazidas à Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro sofreram influência da análise econômica do direito e do pragmatismo norte-americano. Assim, objetiva-se analisar se as alterações legislativas têm a capacidade de aprimorar o controle judicial das políticas públicas. No que tange à metodologia, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental. Como resultado, constatou-se que as alterações têm um certo potencial de enfrentamento e aprimoramento da problemática. Contudo, apenas uma autocrítica profunda da parte da Administração, com a evolução de sua governança e também do Judiciário, associada a um exercício de autocontenção, tem a verdadeira capacidade de reverter o quadro.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial das Políticas Públicas. Alterações Legais. Norma de Interpretação. Dever de Fundamentação Ampliado. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: The exercise of judicial control of public policies has been criticized for several years. Such judicial activism ends up generating problems, by not understanding all the complexity that surrounds the phenomenon of public policies. The opening of the law to other sciences, such as Political Science, Administration Science and Economics can bring methodologies that help to better understand and adequately deal with the control of public policies. The innovations brought to the Law of Introduction of the Norms of Brazilian Law were influenced by the economic analysis of American law and pragmatism. Thus, the objective is to analyze whether this legislative changes have the capacity to improve judicial control of public policies. In relation to the methodology, bibliographical and documentary research was used. As a result, it was found that this changes have a certain potential of improvement for this problems. However, only a deep self-criticism on the part of the Administration, with the improvement of its governance and also of the Judiciary, with an exercise of self-restraint, has the true capacity to revert the picture.

KEYWORDS: Judicial Control of Public Policies. Legal changes. Duty to state Reasons. Economic Analysis of Law.

INTRODUÇÃO

Em abril de 2018, foi publicada a Lei nº 13.655/2018, que inseriu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro-LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42), acrescentando dispositivos que pretendem tratar da criação e aplicação do Direito Público brasileiro com foco na segurança jurídica e eficiência. Tais inovações geraram significativa repercussão e debates calorosos no meio jurídico.

Ante esse quadro, o objetivo deste artigo é analisar se tais alterações trouxeram alguma contribuição para o aprimoramento do controle judicial das políticas públicas no Brasil, partindo de um referencial teórico específico sobre a tutela judicial dessas políticas, defendido por Maria Paula Dallari Bucci² em seu artigo: “O conceito de política pública em direito”:

Políticas públicas é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Entre os dispositivos acrescidos, deter-nos-emos à análise daqueles que entendemos estarem mais afetos à realidade das políticas públicas, ou seja, os artigos 20 a 22, 26 e 29 da LINDB.

Este artigo está organizado do seguinte modo: no primeiro tópico, explicou-se a relação da política pública e o direito; no segundo ponto, tratou-se da ideia de política pública, incluindo-se as características e as principais problemáticas do controle judicial dessas iniciativas. Por fim, analisou-se as alterações da LINDB.

1. POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO

Tratar da temática das políticas públicas numa perspectiva jurídica já demonstra um grande esforço de superação do paradigma jurídico-positivista no Brasil. A hermeticidade positivista impossibilitou por décadas análises devidamente apuradas de fenômenos sociais relevantes e que demandam posturas interdisciplinares, como é o caso das políticas públicas, em que o ferreamental jurídico é insuficiente para o estudo, devendo o Direito se socorrer de outras ciências, como a Ciência Política e a Administração Pública.³

Fundamental para compreensão da relevância atual do estudo jurídico das políticas públicas é entender a evolução do Estado nos últimos 150 anos. Quando o modelo de Estado Liberal, não-intervencionista e minimalista passa a ser criticado e transformado, um novo padrão de atuação estatal surge como solução para as crises desse modelo. Assim, um Estado Social surge

2 - BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

3 - *Ibidem*, p. 1-2.

com uma série de funções prestacionais para com a sociedade; não mais um Estado ausente é o que se almeja e sim a presença estatal, fornecendo diversos serviços públicos e garantindo direitos sociais como elementos fundantes da justificativa da própria existência do Estado.

No entanto, também o Estado Social viria, mais recentemente, a sofrer suas crises, principalmente decorrentes de crises econômicas que minavam a capacidade financeira estatal de prover a prestação de serviços públicos para atender direitos sociais, que, em muitos países, foram alçados, no plano constitucional, à categoria de direitos fundamentais de seus ordenamentos jurídicos. Diante desse cenário, em que as condições macroeconômicas não eram mais favoráveis às finanças estatais, a rediscussão do modelo de estado era inevitável.

O simples retorno ao modelo de Estado Liberal não era uma alternativa, pois, no plano jurídico, as constituições já haviam adquirido relevância normativa e os direitos fundamentais sociais já representavam patrimônio jurídico da sociedade. Até mesmo o nível de democracia experimentado no mundo a partir do pós-segunda guerra mundial mostrava-se impeditivo de tal retrocesso. Ademais, o aprendizado histórico havido com as crises liberais do passado serviu para demonstrar que tal modelo era inadequado.

Assim, na tentativa de superação da crise econômica do Estado Social, influências neoliberais começaram a transformá-lo em um padrão menos intervencionista e de menor porte. A construção de um estado mínimo fatalmente entraria em conflito com sistemas constitucionais que previssem direitos fundamentais sociais. A reforma administrativa da década de 1990 no Brasil é um bom exemplo de conflito entre o texto constitucional e o texto reformador.⁴

Importante ressaltar que a linha de desenvolvimento estatal apresentada acima não se desenvolveu por completo entre todos os países capitalistas. De maneira geral, entre os países do chamado capitalismo central, pode-se perceber a passagem por todas essas etapas. Dessa maneira, o estágio de desenvolvimento social das populações desses países já alcançara um bom nível quando da chegada da crise do Estado Social. Tal conclusão é desenhada ao se observar os índices de desenvolvimento humano (IDH) calculados no âmbito do PNUD e alcançados por tais países capitalistas até a atualidade.

Por sua vez, ao mirarmos os países do chamado capitalismo periférico, não encontramos sequer o alcance substancial do padrão que se convencionou chamar de Estado Social. Assim, seus índices de desenvolvimento humano não refletem o alcance de um nível satisfatório de desenvolvimento social. Tal situação revela que a redução do nível de prestação de serviços públicos promotores de direitos sociais vai atingir uma sociedade muito mais vulnerável. Tal premissa exige então um desafio maior na avaliação de qual modelo de Estado deve ser aplicado em tais países.

Portanto, mesmo num cenário de crise do Estado Social, a garantia de direitos fundamentais sociais é uma função essencial, demandando uma grande articulação de soluções para o desafio de priorização dos problemas dentro do cenário de escassez financeira de recursos. Mesmo com esse quadro de dificuldade diferenciada dos países de periferia, as políticas públicas são grande e complexo instrumento de fomento de melhorias sociais e realização de direitos fundamentais sociais.

4 - NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

As políticas públicas, principalmente nesses países, superam a natureza de instrumentos políticos ou meios da Administração Pública, tornando-se um conjunto de atuações direcionadas para a garantia de direitos, que podem ser exigidos em âmbito judicial.

Para o Brasil, o problema parece ainda maior. O duplo papel da Constituição de 1988, isto é, de norteadora do Estado no enfrentamento do cenário de desigualdade social vivenciado no momento da constituinte e de condutora da redemocratização do país, faz com que as políticas públicas esperadas desse novo Estado Democrático de Direito sejam muito mais amplas e, conseqüentemente, onerosas. O amplo rol de direitos sociais albergados como fundamentais (arts. 6º e 7º) vai acabar por abarcar a grande maioria das políticas públicas planejadas e postas em execução.⁵

2. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PRINCIPAIS PROBLEMAS

Para uma ideia mais completa de política pública e do seu controle ideal, vejamos a opinião de Maria Paula Dallari Bucci⁶ sobre o assunto:

Admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo Direito, mas *arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa*, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a entregar a atividade política dos valores e métodos próprios do universo jurídico. [...] O Judiciário *tutela as políticas públicas na medida que elas expressam direitos*. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública. (grifo nosso)

A natureza complexa das políticas públicas tem significativa relevância para a execução do melhor controle judicial sobre elas, exigindo uma atuação diferenciada do Poder Judiciário.

Seja uma política pública de estado (longo prazo), seja de governo (curto prazo), ambas são permeadas por um caráter estratégico que demanda um espaço de discricionariedade do gestor para planejamento e implementação da política pública. Da mesma forma, o regime constitucional brasileiro traz em seu texto uma série de programas e objetivos que devem ser promovidos e que acabam por produzir uma série de direitos. Portanto, há um caráter vinculativo claro do gestor público com a Constituição Federal, no que tange às políticas públicas a serem executadas.⁷

Assim, o controle judicial de políticas públicas é, em grande parte, um controle sobre a esfera discricionária do administrador público legitimado pela investidura político-eleitoral,

5 - BUCCI, op. cit., p. 10.

6 - Ibidem, p. 31.

7 - BUCCI, op. cit., p. 22.

sendo realizado por agentes de um poder não eleitos democraticamente. Dentro da perspectiva de separação dos poderes, tal controle demanda uma sensibilidade aguçada para seu exercício harmonioso.

Outro aspecto característico das políticas públicas, com reflexo imediato no controle judicial a que são submetidas, é a natureza de atividade, ou seja, a realidade de que as políticas agregam atos e fatos demandando uma análise jurídica que considere essa complexidade e tenha um olhar macro e não meramente individual de cada ato ou fato jurídico.

Da mesma forma, também é característica, com reflexos na atividade de controle judicial, o caráter programático de plano que as políticas públicas têm. Assim, os objetivos podem se adaptar à realidade, que se transforma a cada momento.⁸

Um dos grandes problemas do controle judicial é o fato de o Poder Judiciário não estar vinculado aos limites de recursos – como ocorre com o Executivo – e de suas decisões individuais poderem impactar direito alheio, dado o remanejamento de recursos para atender decisões judiciais em detrimento de serviços públicos. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci:⁹ “deslocamento (e desorganização) do processo de seleção de prioridades e reserva de meios”. Exatamente a falta de uma visão global, que é peculiar de decisões judiciais, pode impactar de maneira significativa na execução de políticas públicas.

3. AS ALTERAÇÕES DA LEI DE INTRODUÇÃO À NORMA DO DIREITO BRASILEIRO

Ao tratar da metodologia jurídica para as políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci¹⁰ destaca que a Análise Econômica do Direito – AED, por tratar da escassez de recursos na concretização de direitos, pode trazer importante contribuição na elaboração dos veículos jurídicos das políticas públicas e repercutir positivamente sobre a forma de execução de seu controle judicial.

Apesar de algumas opiniões contrárias,¹¹⁻¹² percebe-se uma influência da AED e do pragmatismo consequencialista no texto da Lei nº 13.655/2018, especialmente os artigos 20 a 22, acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Assim, entende-se que novos horizontes são abertos na aplicação do Direito Público, trazendo a necessidade de uma postura mais aberta do operador do direito, dentro de uma perspectiva mais holística e de uma hermenêutica mais atenta às consequências práticas da decisão jurídica, sem suprimir a primazia dos princípios, valores e regras jurídicas nessa tarefa.

8 - BUCCI, op. cit., p. 25-27.

9 - Ibidem, p. 36.

10 - BUCCI, op. cit., p. 46.

11 - CORRÊA, Leonardo. Não é uma revolução, mas, sim, uma evolução. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/leonardo-correa-nao-revolucao-sim-evolucao#author>>. Acesso em: 20 maio 2018.

12 - SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

A análise econômica do direito é uma metodologia nova para o direito brasileiro, e dispositivos que tragam alguma influência desse tipo de ferramenta são bem-vindos na formação do novo paradigma de um Direito aberto a contribuições de outras ciências. O cuidado necessário é a compreensão de que tal ferramenta, como única maneira de interpretação e aplicação do direito, é insuficiente. A escassez deve ser considerada como limitação, ensejadora do dever de planejamento e priorização, mas não como uma eterna e permanente reserva do possível a justificar a seguida negação de direitos.¹³

Uma visão mais ampla do fenômeno social pela decisão judicial pode provocar uma melhora no controle judicial de políticas públicas, ao permitir mensurar as consequências não imediatamente visíveis da decisão do caso concreto. Perquirir a necessidade e a adequação de medidas judiciais impostas, além de ajudar na previsão da eficácia da medida em particular, auxilia na previsão dos efeitos que atuam fora dos limites da lide específica.

Portanto, ao trazer um olhar sobre aspectos econômicos e sobre as consequências reais da decisão, percebe-se a superação do paradigma positivista, em prol de uma contribuição de outras ciências para o Direito, sem corrompê-lo ou colonizá-lo.

Inclusive, encontramos disposições similares às do texto acrescentado, como o do art. 20 da LINDB, em textos de outros diplomas legais, como é o caso do art. 489, §1º, do CPC. Entre as críticas aos dispositivos acrescentados, encontramos a defesa de que dispositivos como os indicados já melhor regulariam aspectos afins e poderiam ser aplicados na esfera da administrativa, por aplicação supletiva e subsidiária aos processos administrativos.¹⁴

Também não foram incomuns críticas à desnecessidade e redundância de disposições, como as previstas nos arts. 20 a 22 da LINDB, pelo menos em “tempos normais”. Mas, dado o conturbado período político brasileiro dos últimos anos, tais dispositivos estariam justificados.¹⁵

Na jurisprudência do STF, encontramos exemplo de julgados nos quais as consequências práticas foram parte da fundamentação da decisão. É o caso das ADIs 3.406 e 3.470, que suspenderam os efeitos *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade da lei que autorizava o uso de amianto crisotila. No caso, existiam 6.500 toneladas de amianto no Porto de Santos aguardando serem embarcadas para exportação, as quais acabaram sendo relevantes para a referida decisão.¹⁶

O texto do art. 20, ao trazer o dever de medir consequências nas decisões públicas, pode ter uma aplicabilidade relevante às políticas públicas relativas à saúde, em especial às demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos e tratamentos individuais fora das coberturas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde. Tal regramento traz a necessidade de um olhar mais

13 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

14 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

15 - SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

16 - JARDIM, Flávio. *Teoria Interacionista do Direito*: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA, Brasília, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

amplo sobre o impacto das decisões na execução da política pública como um todo, principalmente em aspectos referentes à responsabilidade de cada ente federado.¹⁷ Não há dúvida de que tais casos são de difícil solução (hard cases), mas a abertura de análise para mais aspectos ligados ao problema tende a trazer mais elementos voltados ao alcance da melhor decisão possível. Assim, pode-se evitar a determinação de medidas que alcançam o campo do impossível e desconexas com a realidade do caso analisado, afastando a ofensa reflexa a direitos de terceiros, preteridos porque a priorização geral foi deslocada por decisões externas.

Já em relação à crítica contida na Nota Técnica Conjunta n° 1/2018,¹⁸ de que tal dispositivo busca “transferir indevidamente ao julgador os ônus e as responsabilidades inerentes à atividade do gestor”, precisamos discordar. A regra do art. 20 traz um dever de fundamentação e não uma obrigação de decidir de forma consequencialista, mas apenas delimitar os fatos concretos considerados na aplicação dos valores jurídicos abstratos e o peso de cada argumento, contextualizando. Não pode o julgador ignorar situações mais complexas, em que uma decisão específica pode gerar danos coletivos relevantes, especialmente quando está a se analisar políticas públicas. Apenas se pretende deixar claro que o julgador é responsável pelas decisões tomadas e deve avaliar seus resultados quando da motivação. Não há transposição de responsabilidade do gestor para o julgador.¹⁹

Da mesma forma, ao contrário da crítica esboçada na análise preliminar do PL 7448/2017, realizada pelo TCU,²⁰ em relação à distribuição dos ônus processuais, os artigos 20 e 21 não transferem aos órgãos julgadores o dever de apresentar no processo as informações relevantes. Tal ônus permanece com a parte e segue as regras processuais aplicáveis em cada esfera de julgamento. O que se exige é o dever de, em sua motivação, analisar as consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão, oriundas diretamente das informações trazidas. Ademais, pode o órgão julgador determinar que os interessados se manifestem especificamente sobre tais questões, para que sua decisão tenha a motivação exigida pelo ordenamento jurídico.

O grande espaço de atuação das novas disposições introduzidas é no que concerne à motivação das decisões das esferas administrativa, controladora e judicial. Tal atuação foi destacada no processo legislativo, especificamente sobre a problemática da ausência de motivação no parecer do relator na CCJC da Câmara dos Deputados.²¹

17 - VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Alterações na LINDB e a solidariedade dos entes federados na área da saúde*. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/fernando-andreoni-impactos-lindb-area-saude2>>. Acesso em: 20 maio 2018.

18 - BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Nota técnica Conjunta n.º 1/18*. Brasília, DF, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

19 - FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. *Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017*. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>>. Acesso em: 20 maio 2018.

20 - BRASIL. Tribunal de Contas da União. Gabinete da Presidência. *Análise Preliminar do Projeto de Lei n.º 7448/2017*. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162BA34D80A1B3F&inline=1>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

21 - BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Relator na CCJC. *Projeto de Lei n.º 7.448/17*. Relator: Deputado Paulo Abi-Ackel. Brasília, DF, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017>. Acesso em: 29 abr. 2018.

O momento do juízo de aplicação parece ser a preocupação das inovações. É o dever de contextualização e escolha da norma adequada ao caso, considerando as particularidades e os elementos fáticos relevantes que têm sua importância destacada, não como uma grande novidade, mas como uma verdadeira revisitação de aspectos que possam ter caído no esquecimento das práticas administrativas, controladoras ou judiciais. A inovação das “possíveis alternativas” adensa o dever de motivação, com a lógica de que a medida determinada deve buscar ser a menos danosa e a mais eficaz, ou seja, claramente inspirada no processo de ponderação do princípio da proporcionalidade.²²

O professor Carlos Ari Sunfeld, um dos idealizadores jurídicos do projeto de lei que culminou nas alterações, ao tratar da previsão do art. 20, deixa clara sua pretensão de provocar que, durante a fase de motivação da decisão, os administradores, controladores e juízes realizem um juízo político mínimo sobre as consequências práticas da decisão.²³

O art. 22 traz a realidade administrativa na interpretação e aplicação do direito, sendo emblemático ao citar expressamente que, na interpretação das normas sobre gestão pública, sejam consideradas as exigências das políticas públicas. Apesar de ressaltado o aspecto de responsabilização pessoal, que inclusive parece ter dominado todos os debates sobre a nova lei, tal dispositivo também tem um caráter objetivo sobre decisões que envolvem o controle judicial de políticas públicas.

Assim, partindo da realidade complexa de tais políticas, esse dispositivo vai exigir da autoridade julgadora que se debruce sobre elas, ou seja, um raciocínio também complexo que não ignore a realidade. Tal artigo é uma verdadeira sugestão de compreensão das complexidades da Administração Pública, reiterando o que já deveria ser pressuposto na atividade de julgar temas como as políticas públicas, até mesmo por imposição expressa do art. 93, IX, da Constituição de 1988.²⁴

O art. 26, ao trazer a previsão de compromissos na aplicação do direito público, reconhece o método consensual de resolução de litígios na esfera administrativa, totalmente convergente com a tendência já aplicada em outras esferas, como a judicial, e em setores específicos da administração. Essa previsão geral vai fomentar o uso de compromissos entre os interessados para solução de litígios, fortalecendo a prática da cultura do diálogo e ajudando na evolução da Administração Pública, tão exigida pela sociedade civil.

Tal instrumento se coaduna com outros já existentes, como o Termo de Ajustamento de Conduta, do Ministério Público, e o Termo de Ajustamento de Gestão, do Tribunal de Contas da União-TCU. Esse tipo de medida já era reconhecido pela doutrina como forma eficiente na

22 - PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: BUCCI, PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

23 - SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=240497>>. Acesso em: 2 maio 2018.

24 - NOHARA, Irene Patrícia. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

regularização e controle de políticas públicas, dado instar a ação do administrador, sem tolher a margem discricionária e preservando o olhar global sobre o conjunto de ações governamentais.²⁵

Não podemos deixar de destacar a improcedência da crítica de alguns órgãos de controle, como a Procuradoria-Geral da República - PGR em sua Nota Técnica Conjunta n. 1/2018, apontando que o referido dispositivo – art. 26 – busca subtrair a ação do administrador do órgão de controle. A resolução negociada é método em larga evolução de aplicação. A esse respeito, podemos destacar o acordo de leniência previsto na Lei n.º 12.846/13 e, de certa forma, a própria delação premiada, largamente utilizada e que tanto contribuiu para apuração de crimes contra o erário. Não há como não transparecer um aspecto de disputa de poder na crítica, assim como aconteceu no acordo de leniência.²⁶ De qualquer maneira, independentemente de aspectos corporativistas, poderão os órgãos de controle buscar a tutela judicial ou mesmo exercer seu controle direto, como no caso do TCU,²⁷ visto que tais compromissos também são atos administrativos passíveis de controle de legalidade.

O art. 29 é outro dispositivo de fomento da participação democrática em veículos jurídicos de políticas públicas e consagra uma governança participativa. Permite-se, assim, a colheita de pontos de vistas diferenciados, desde o do administrado afetado até os de especialistas técnicos na área da questão. Esse tipo de previsão trabalha com uma perspectiva democrática que supera o momento eleitoral e permanece durante todo o mandato da gestão eleita, configurando importante ferramenta de controle social e até mesmo de pacificação social, quando abre para sociedade a formação das normas administrativas. Ao tratar da possibilidade de realização de consulta pública para edição de atos normativos, corrobora a transversal Política Nacional de Participação Social, prevista no Decreto nº 8.243/14.²⁸

Essa importância da consulta pública faz com que se possa considerar tal poder como um verdadeiro dever-poder da Administração, haja vista ser uma prerrogativa decorrente da supremacia do interesse público.²⁹ Logo, a consulta pública tem caráter instrumental, visando ao cumprimento do dever de permitir uma democracia participativa, reconhecendo na efetiva possibilidade de participação efetiva o interesse da coletividade, albergado de maneira geral na previsão do art. 29.

Em relação aos artigos vetados, acreditamos que a Presidência da República conseguiu aprimorar o texto legal, suprimindo excessos. Ao vetar integralmente a proposta de art. 25 do projeto, que previa a ação declaratória de validade, evitou-se uma judicialização desnecessária e injustificada, que ampliaria o cenário de incerteza e insegurança jurídica, como também manteve o reconhecimento constitucional do papel da Advocacia Pública na assessoria jurídica da Administração Pública, além do próprio poder de decisão da esfera administrativa.

25 - BUCCI, op. cit., p. 32.

26 - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-22/ministerio-publico-nao-acordos-leniencia-decide-trf>.

27 - Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-28/bruno-dantas-acordos-leniencia-limites-atuacao-orgaos>.

28 - SCAFF, op. cit.

29 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

Da mesma forma, o veto dos parágrafos do art. 28 evitou o aumento de gastos públicos e remeteu conceitos, como o de erro grosseiro e sua relação com a culpa grave, para a jurisprudência já consolidada, mantendo o entendimento já aplicado pelos tribunais superiores.

Não há dúvida de que os vetos presidenciais aperfeiçoaram o projeto, principalmente em seus excessos, que não podem ser negados. O desafio agora é saber se tais vetos não serão derubados no Congresso, devendo todos os agentes que se manifestaram contrários, notadamente órgãos de controle, associações de membros da magistratura e ministério público, se articularem para a manutenção de tais vetos, impedindo, dessa forma, que ocorra um débil debate sobre esses relevantes temas, como ocorrera durante a tramitação legislativa do projeto de lei.

As alterações da LINDB devem ser conjugadas com a efetiva normatização da Governança Pública. A efetiva concretização do Decreto federal nº 9.203/17 e a aprovação do projeto de lei nº 9.163/17, com repercussão nacional, vão permitir um aprimoramento da gestão pública, a repercutir positivamente sobre o conceito da Administração na avaliação dos órgãos de controle e judiciais. Isso permitirá que, desde a concepção e planejamento das políticas públicas, a lógica de escolhas democráticas e baseadas em evidência já norteiem e vinculem a gestão. O aprimoramento do controle interno vai provocar seu empoderamento e repercutirá positivamente sobre os parâmetros dos controles externo e judicial. Essa gama de ferramentas tem um potencial maior de alteração da realidade do que a própria Lei nº 13.655/2018, mas isso não quer dizer que a lei não possa ter papel ativo na revisão de posturas e contenção de excessos.

4. CONCLUSÃO

Apesar do conturbado cenário em que surge a referida lei, mesmo sabendo dos inúmeros interesses privados que podem tê-la motivado, além dos interesses protegidos pelas manifestações de seus críticos, o processo legislativo, em especial os vetos presidenciais, acabou por aprimorar o resultado final publicado.

Conhecer os referenciais teóricos utilizados no projeto de lei ajuda em demasia o melhor entendimento dos dispositivos e suas limitações. A análise econômica do direito é uma metodologia insuficiente, assim como acreditar que a análise consequencialista basta e que a realidade vence o direito. Tais máximas podem transformar mais um ponto de vista, ou seja, de um cenário de pluralidades em um único ponto de vista, igualmente míope como os anteriores já postos.

Assim, no que concerne ao controle judicial das políticas públicas, as disposições podem aprimorá-lo. Contudo, a efetiva aplicação da nova legislação depende muito mais de uma mudança de postura da Administração, dos controladores e do Judiciário do que o poder de coercibilidade da nova norma.

Acreditamos que uma governança pública, que fomente práticas de gestão baseadas em evidências, principalmente no aspecto do planejamento, vai ajudar significativamente numa maior consequencialidade das políticas públicas. Tal mudança de panorama pode incentivar a autocontenção judicial na análise da discricionariedade administrativa, até permitindo o abandono de disposições legais como a objeto deste artigo. No entanto, esse ainda não é o cenário atual da

Administração, e não parece haver disposição de qualquer autocrítica pelos administradores, controladores ou juízes.

Não há dúvida de que a lei trouxe, ou pelo menos lembrou, horizontes pragmáticos para os julgadores, na esfera do Direito Público, mas não alterou o dever de respeito aos valores do regime constitucional. Assim, o pragmatismo não pode derogar o Direito, mas deve ser seu instrumento de contextualização.

As novas regras são positivas, mas é o comprometimento das partes envolvidas que pode realmente mudar a realidade, principalmente quando se trata de limitações do exercício de poder, como é o caso do controle judicial das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer Relator na CCJC. *Projeto de Lei n.º 7.448/17*. Relator: Deputado Paulo Abi-Ackel. Brasília, DF, 15 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?cod

[teor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1598338&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Nota técnica Conjunta n. 1/18*. Brasília, DF, 11 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notastecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Gabinete da Presidência. *Análise Preliminar do Projeto de Lei n.º 7448/2017*. Brasília, DF, 4 de abril de 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F62B15ED20162BA34D80A1B3F&inline=1>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Sanção. Lei. Brasília, DF.

_____. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657/42 disposições sobre segurança jurídica e eficiência da criação e na aplicação do direito público. Sanção. Lei. Brasília, DF.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA, Leonardo. Não é uma revolução, mas, sim, uma evolução. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 02 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-02/leonardo-correa-nao-revolucao-sim-evolucao#author>>. Acesso em: 20 maio 2018.

FERRAZ, Sérgio; SAAD, Amauri Feres. Controle externo não está ameaçado pelo PL 7.448/2017. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/opiniao-controle-externo-nao-ameacado-pl-74482017>>. Acesso em: 20 maio 2018.

JARDIM, Flávio. *Teoria Interacionista do Direito*: PL 7448/2017 merece ser sancionado. JOTA, Brasília, 23 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/teoria-interacionista-do-direito-23042018>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

_____. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015). *Direito Administrativo*, São Paulo, 24 jun. 2016. Disponível em: <<http://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ONU, Organização das Nações Unidas. *PNUD*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: BUCCI; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas*: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

SCAFFE, Fernando Facury. Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na LINDB. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 2016, n. 54, abr./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCn=240497>>. Acesso em: 2 maio 2018.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. *Alterações na LINDB e a solidariedade dos entes federados na área da saúde*. Consultor Jurídico, São Paulo, 16 maio 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/fernando-andreoni-impactos-lindb-area-saude2>>. Acesso em: 20 maio 2018.