Hugo Teixeira Montezuma Sales

OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DAS ESCOLHAS NORMATIVAS NA EDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTARES

Sales, Hugo Teixeira Montezuma,
Os limites do controle externo das escolhas normativas na edição de decretos regulamentares. – Brasília / Hugo Teixeira Montezuma Sales: 2024.
115 p.

ISBN: 978-85-7267-183-5

1. Decreto Regulamentar. 2. Sopesamento
1.Título.

Ao Dr. Santiago, vulgo "Ministro", cujo exemplo de competência e generosidade foi fundamental na minha formação como jurista.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao professor Sandro Lúcio Dezan, tanto pelos ensinamentos quanto pela valiosa tutoria transformada em orientação, aceita depois de um pedido um tanto quanto inesperado da Marli poucos minutos antes da aula.

Agradeço, igualmente, aos docentes do Programa de Mestrado do UniCEUB, o que faço nas pessoas dos professores Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Patrícia Perrone Campos Mello, pois, em suas aulas, surgiram a maior parte das reflexões trazidas nesta dissertação.

Sou grato também, novamente, aos professores Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Cláudio Madureira pelo indispensável auxílio na banca de qualificação e ao professor Américo Bedê Júnior por topar juntar-se aos professores Sandro Lúcio Dezan e Paulo Afonso Cavichioli Carmona na defesa.

Por fim, agradeço aos amigos e às amigas Bruno “Bred” Brederodes, Caroline Marinho, Alyne Gonzaga, Carolina Zancaner, Adriano Carrijo, Ticiano Lourenço, Rafael Evaristo, Kamila Fonseca e Marjorie Guedes, que me ajudaram imensamente, cada um ao seu modo, a lidar com a pandemia, prosseguir com o mestrado, trabalhar no Ministério da Saúde e não perder a sanidade, tudo ao mesmo tempo.

"Se você tem um QI alto, você é muito bom em achar argumentos *post-hoc* para apoiar seus sentimentos de correção."[1]

Jonathan Haidt

The Happiness Hypothesis: Finding Modern Truth in Ancient Wisdom

"A humanidade se divide em dois grupos, os que concordam comigo e os equivocados."

Ariano Suassuna

Artigo publicado no jornal *Folha de S.Paulo* (Ilustrada) em 31 de julho de 2000

[1] No original: "If you have high IQ, you're really good at finding post-hoc arguments to support your feelings of truthiness".

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 8

2. A ESCOLHA DE MELHORES INTERPRETAÇÕES DA LEI PELO EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTARES 16

2.1 AS INOVAÇÕES NORMATIVAS DECORRENTES DO PODER REGULAMENTAR E A INCIDÊNCIA DO SOPESAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI EM REGULAMENTOS 16

2.1.1 A FORÇA CRIATIVA DO DECRETO REGULAMENTAR NO ÂMBITO ESPECÍFICO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PELA POSITIVAÇÃO DE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS A PARTIR DE APRECIAÇÕES VALORATIVAS 17

2.1.2 MODOS DE INCIDÊNCIA DO SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS NA EDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTARES.....22

2.1.2.1 A criação em regulamento pelo uso do sopesamento nas aberturas deixadas pela lei *22*

2.1.2.2 A aferição do significado e o suprimento de limites do texto à luz de uma avaliação com base em princípios e valores 25

2.1.2.3 O poder de autorregulação da Administração e sua indissociabilidade com o sopesamento de princípios 29

2.2 O ESTABELECIMENTO DE INTERPRETAÇÕES EM REGULAMENTAÇÃO COMO UM ATO SUBJETIVO, UMA ESCOLHA 32

2.2.1 A ESCOLHA COMO UMA DECISÃO SUBJETIVA: REVISITANDO A GRAMÁTICA DA DISCRICIONARIEDADE.....33

2.2.2 A INFLUÊNCIA DA SUBJETIVIDADE EM JUÍZOS DECISÓRIOS.....39

2.2.3 A INCIDÊNCIA ACENTUADA DA SUBJETIVIDADE NA INTERPRETAÇÃO DE VALORES ABSTRATOS E FLUIDOS 44

2.2.4 "DECISÕES DIFÍCEIS" NA EDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTARES: O PODER NORMATIVO COMO UMA ESCOLHA ENTRE INDIFERENTES JURÍDICOS 46

2.3 O PARÂMETRO DA ESCOLHA: A PREFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PELO MELHOR ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO 50

2.3.1 INTERESSE PÚBLICO COMO UM CONCEITO PROCEDIMENTAL: LEGITIMAÇÃO PELA BUSCA DA FINALIDADE ESTATAL.....51

2.3.2 A FINALIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: O RETORNO AO SOPESAMENTO.....56

3. OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE NORMATIVA EM ABSTRATO A PARTIR DO USO DA SUBSUNÇÃO E DA PONDERAÇÃO 60

3.1 A ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE EXTERNO POR SUBSUNÇÃO 60

3.1.1 A PREVISIBILIDADE DA SUBSUNÇÃO 61

3.1.2 O USO EXCEPCIONAL DA SUBSUNÇÃO NO CONTROLE A PARTIR DE PRINCÍPIOS 66

3.1.2.1 A utilização da juridicidade como parâmetro de controle por subsunção: o dever de moralidade e a racionalidade ética 67

3.1.2.2 O controle externo por princípios pelo exame da fundamentação: o dever de motivação, o desvio de finalidade e a presunção de legitimidade 70

3.2 A INADMISSIBILIDADE DO CONTROLE EXTERNO EM ABSTRATO POR PONDERAÇÃO POR CONFIGURAR FORMA DE SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DO ADMINISTRADOR E USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS 76

3.2.1 A IRREPETIBILIDADE DO SOPESAMENTO: A CRIAÇÃO DO IDEAL REGULATÓRIO COMO ATIVIDADE NORMATIVA 78

3.2.1.1 A ausência ou intangibilidade do ideal regulatório no mérito da elaboração normativa 78

3.2.1.2 Controle a partir de juízos decisórios abertos como forma de normatização: a substituição da subjetividade do normatizador pela do controlador 82

3.2.2 A NECESSIDADE DE LEGITIMIDADE AUTÔNOMA PARA EMITIR JUÍZOS SUBJETIVOS PRÓPRIOS 86

3.3 POSSIBILIDADE DE CONTROLE EXTERNO DE MÉRITO PELO JUDICIÁRIO POR PONDERAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO 90

3.3.1 DEMOCRACIA COMO NORMA COM NATUREZA DE PRINCÍPIO 91

3.3.2 A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS COMO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO 96

3.3.3 A DEMOCRACIA MILITANTE COMO FUNDAMENTO PARA O CONTROLE JUDICIAL EXCEPCIONAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM DEFESA DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS 97

3.3.4 O TEMPERAMENTO DA APLICAÇÃO DA DEMOCRACIA MILITANTE PELO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: LIMITES FÁTICOS E JURÍDICOS À INTERVENÇÃO JUDICIAL 102

4. CONCLUSÃO 106

REFERÊNCIAS 108

1. INTRODUÇÃO

A Administração possui permissão constitucional e legitimidade para exercer seu poder regulamentar de modo a preencher as lacunas da lei com aquilo que concluir ser mais oportuno, à luz do interesse público. A partir dessa premissa, o controle externo dessa atividade, ao rediscutir a criação de textos normativos, tem o potencial de gerar a substituição da vontade da Administração pela agenda do controlador. Tal modo de proceder seria juridicamente aceitável?

A presente dissertação visa tentar responder a esse questionamento, buscando demonstrar que a substituição em abstrato da discricionariedade do Executivo pela do controlador (sua subjetividade) é, em regra, ilegítima e não deve ser aceita. Para chegar a tal conclusão, é necessário estabelecer algumas premissas introdutórias para, então, elaborar cada uma das partes que alicerçam a conclusão que ora se submete.

Preliminarmente, cabe esclarecer a razão do corte temático quanto ao poder regulamentar exercido especificamente pelo presidente da República, nos moldes do art. 84, IV, da Constituição, por intermédio de decretos. A escolha por esse enfoque se dá por razões teóricas e pragmáticas. Sob o ponto de vista teórico, trata-se da primeira possibilidade de regulamentação prevista na Constituição voltada à lei. Ainda que seu art. 87, parágrafo único, II, traga disposição similar aos ministros de Estado, a natureza da competência destes faz com que os atos por eles emitidos sejam subsidiários e subordinados em relação ao decreto, de modo que entender este é necessário à compreensão daqueles e, por consequência, de todos os demais que sigam na pirâmide normativa kelseniana.

Sob o ponto de vista pragmático, ampliar o escopo deste trabalho para além dos decretos regulamentares geraria um objeto muito robusto, tendo em vista os estreitos limites desta dissertação, uma vez que, além dos já citados decretos, há regulamentos emitidos pelo art. 87, parágrafo único, II, da Constituição; outros exarados a partir de atribuição regulamentar prevista de forma geral em lei[2]; os fundamentados em outros

[2] Sendo exemplo o *caput* do art. 19 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, segundo o qual " os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: [....]". BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a.

decretos[3]; e aqueles decorrentes unicamente do poder hierárquico. Dado o papel central do elemento "competência" neste trabalho, é possível que essas distinções sejam de relevância, de modo que cada uma dessas espécies demandaria tratamento diferenciado, resultando, então, em um alargamento demasiado da pesquisa.

Feitos esses esclarecimentos metodológicos iniciais, cabe situar a problemática. Muitas mãos se envolvem na determinação do que realmente representa o interesse público enquanto força motriz dos deveres estatais. O povo elege representantes para que, em seu nome, sejam editadas leis que representem a "vontade geral". Outros representantes, também eleitos pelo povo, coordenam estruturas administrativas incumbidas de dar, proativamente, efetividade a tais leis[4]. Por fim, uma terceira ordem de agentes públicos, estes, no caso brasileiro, não eleitos, exercem a atribuição de dirimir divergências, envolvendo o que seria, no caso concreto, o interesse público.

Dada sua incapacidade de prever e solucionar todas as possibilidades de intercorrências futuras, o legislador, em sua atividade típica, tende a gerar atos que, ainda que visem ao atendimento do interesse público, ou nascem incompletos, ou ganham, posteriormente, tal característica. Toda norma é veiculada em texto, o qual, por natureza, tende a ser insuficiente[5]. Toda redação é datada, interpretada pelos olhos de quem a lê e pensada na perspectiva de quem a redige. A depender do contexto e das preconcepções do intérprete, um texto claro para uma pessoa pode ser ambíguo para outra – ou um texto claro, em uma determinada época, pode se tornar ambíguo em outra[6] –, tudo isso sem prejuízo do elemento humano: nada impede que uma norma seja redigida e aprovada de determinada forma por erro ou intencionalmente.

Portanto, partindo da premissa de que a lei não é suficiente em si, a Constituição, no art. 84, IV, deu ao presidente da República o poder de editar decretos para sua "fiel execução". No entanto, o termo "fiel" é enganador – se é desconhecida a norma por trás do texto da lei, essa fidelidade é impossível: só se segue o que se conhece, não é possível ser fiel às lacunas da lei. Se for necessário para executá-la, caberá ao decreto o preenchimento dessas lacunas, que terá caráter originário, criando texto-norma novo, ainda que respeitado o que estiver estabelecido no ordenamento já em vigor.

---

[3] Como no caso dos normativos exarados pelos órgãos gestores dos sistemas integrados federais.
[4] BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1 e 2. p. 7-13.
[5] FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 12-16.
[6] GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 81-82.

Nesse sentido, parte-se da premissa[7] de que, independentemente do âmbito de aplicabilidade que se entenda admissível[8] para tal tipo de regulamentação, se utilizado o decreto regulamentar do art. 84, IV, da Constituição, este inovará, a seu modo, no ordenamento jurídico. Algumas questões, simplesmente, não terão tratamento na lei e, quando o decreto preenche tal lacuna, ainda que o faça a partir de fundamentos positivados, ele está a criar. Quais devem ser os parâmetros e processos decisórios adotados pelo administrador diante dessa lacuna?

Do outro lado da equação a ser estudada nesta dissertação, estão os órgãos de controle externo. Eles têm por objetivo, a seu modo e sob seu ponto de vista, assegurar que a ação do ente público está em conformidade com a legislação e o interesse público. A edição de normas regulamentares, posto que essencial à execução de leis, se insere nesse contexto, bem como no âmbito de atuação de tais órgãos. Eles são levados a repetir o mesmo processo decisório do regulamentador, ainda que com uma leve diferenciação: quais deveriam ser os parâmetros e processos decisórios adotados pelo administrador diante dessa lacuna?

A distinção entre a posição do gestor e a do controlador leva ao conceito de "repetibilidade", que será retomado em diversos momentos neste trabalho. Entende-se por repetível o processo que, feito pelo controlador com os mesmos elementos de que dispunha o gestor, tende, com razoável grau de segurança, a levar aos mesmos resultados. O preenchimento de *checklist* sobre a tomada de providências objetivas em procedimento licitatório tende a ser um processo repetível. Já a indicação de um ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) tende a não ser um processo repetível, uma vez que, mesmo partindo das mesmas informações, elementos e preferências pessoais serão determinantes na decisão.

Perspectivas racionalistas tratam processos decisórios judiciais, mesmo os mais abstratos, como repetíveis, transformando o sopesamento de valores em equações[9]. Por sua vez, abordagens mais focadas em *law and emotions* ou mais realistas tendem a discordar de tais premissas e dar mais ênfase à subjetividade do decisor. Potencialmente,

[7] A qual será objeto de desenvolvimento em momento próprio desta dissertação.
[8] Vale reforçar que esta dissertação não visa esquadrinhar se o decreto regulamentar seria admissível com possibilidades amplas ou apenas para fins procedimentais ou, ainda, em situações de sujeição especial.
[9] À guisa de exemplo: ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 443-449, 2003.

pode-se cogitar uma convivência entre ambos, desde que se considere a primeira versão como prescritiva e a segunda como descritiva.

O primeiro ponto de vista se alinha mais à possibilidade de incidência da "discricionariedade reduzível a zero"[10], em que os fatos valorados indicam um "ato ótimo", ainda que a norma, em tese, forneça opções equivalentes ao gestor. Outras teorias vão dizer que a "sensação" de atingimento da solução ideal é meramente ilusória e que o resultado ainda é impreciso[11]. Sob uma perspectiva, o órgão controlador busca o "ato ótimo" indicado pelo direito e, em outra, este é meramente uma miragem, uma ilusão a dar ares de legitimidade a uma escolha, o que modifica o enquadramento de sua atuação.

Este é o contexto específico que circunda o presente trabalho: ao editar um decreto, a Administração tende a se pautar pelo que compreende ser o melhor para atendimento do interesse público. Ao exercer o controle, os órgãos de controle externo fazem o mesmo. Isso significa que se trata de um processo repetível? Caso negativo, o controle externo estaria a tomar decisões "originárias" – nessa situação, eles teriam competência e legitimidade para assim proceder?

Isso nos leva à problemática que servirá de guia nesta dissertação: com a edição de um decreto, regulamentando um dispositivo legal, a partir da escolha da interpretação que melhor convém à visão de interesse público da Administração, o controle externo pode adentrar nessa escolha ainda que seja defensável perante o texto legal e os princípios incidentes no caso?

---

[10] Sobre isso, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que "em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderia ser validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar ato tal ou qual". BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 43-44.

[11] Afirmam Kahneman, Sibony e Sunstein que "como não há resultado – e você provavelmente nem se perguntou se em algum momento haveria –, você não tentou minimizar o erro. Tentou fazer o julgamento correto, escolher um número em que tivesse suficiente confiança para dar como resposta. Claro que a resposta não deixaria tão confiante quanto a confiança perfeita de que quatro vezes seis é 24. Você tinha consciência de alguma incerteza [...], mas, a certa altura, concluiu que não estava progredindo e se decidiu por uma resposta. O que lhe deu a impressão de que seu julgamento era correto, ou, pelo menos, correto o bastante para constituir sua resposta? Sugerimos que essa sensação é um *sinal interno de conclusão do julgamento*, sem relação com qualquer informação externa. Sua resposta soou correta se pareceu se com suficiente facilidade à evidência. [...] o número pelo qual você se decidiu, seja ele qual for, lhe deu a sensação de coerência de que você necessitava. O objetivo do julgamento, da forma como você o vivenciou, foi obter uma solução coerente. A característica essencial desse sinal interno é que a sensação de coerência é parte da experiência de julgar. Ela não depende de um resultado real". KAHNEMAN, D.; SIBONY, O.; SUNSTEIN, C. R. **Ruído:** uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021. Versão e-book.

Registre-se que é premissa básica para a problemática que a regulamentação esteja "em conformidade com o texto legal interpretado e com os princípios incidentes no caso". O modo como há essa adequação, em especial quanto aos princípios, será explorada no desenvolvimento deste trabalho, mas não se parte da premissa de que, da incidência dos princípios, será possível extrair uma resposta exata de como se dará o sopesamento, mas sim um dever de consideração na argumentação. A problemática trata apenas das decisões de controle que incidem nas escolhas regulamentares que já tenham ultrapassado a checagem de conformidade legal, ou seja, que representem, a seu modo, uma "fiel execução da lei".

Outro ponto a ser salientado, na delimitação desta dissertação, é que ela trata da edição de normas em abstrato, e não de sua aplicação em concreto. Será enfatizado, em diversos momentos, que as conclusões tratam da análise em abstrato porque, no que tange a decisões em concreto, algumas variáveis incidentes podem se modificar, e uma averiguação que as abranja também seria muito mais complexa do que os limites do presente estudo.

Ademais, a premissa principal para se perquirir sobre "repetibilidade" é a identidade dos elementos informadores da decisão. Se o órgão normatizador parte de uma análise em abstrato e o controlador de uma situação em concreto, as circunstâncias são distintas e, dificilmente, a lógica da repetição seria aplicável. Não se desconhece a possibilidade de a força dos fatos excepcionar a lei[12] ou de casos concretos muito específicos evidenciarem lacunas ou falhas singulares no ato normativo em abstrato.

Por essas razões, a problemática deste trabalho se limita à edição de decretos em abstrato e ao seu controle também em abstrato. Quaisquer conclusões feitas nesta oportunidade não tratarão de decisões que, em razão de peculiaridades do caso concreto, tenham excepcionado uma ou outra regra abstrata, salvo se de forma reiterada, a partir dos mesmos fundamentos, presentes quando da própria elaboração da norma, e de modo a formar uma jurisprudência pacificada, aplicada "em abstrato" a outros casos. A hipótese para resposta à problemática é de que a edição de decretos regulamentares representa a positivação de um sopesamento de princípios a partir de determinada perspectiva valorativa, o qual depende de competência específica, além da de controle, para sua revisão no mérito.

[12] GRAU, 2013, p. 124-132.

A pesquisa que resultou nesta dissertação se desenvolveu de forma bibliográfica, por meio de um caráter eminentemente teórico e com fins exploratórios, acerca dos objetivos traçados originariamente. Buscou-se, a partir disso, obter confirmação, negação ou ajuste das hipóteses preliminares. O referencial teórico abrangeu o positivismo inclusivista de Herbert Hart, bem como a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy[13], considerando os últimos aprimoramentos de Humberto Ávila. Apesar de haver certa contradição entre os posicionamentos dos autores adotados, o referencial em si foi o positivismo hartiano. Contudo, adotou-se a gramática da teoria dos princípios, na medida em que se mostrou compatível com o perfil inclusivista do jusfilósofo inglês.

Ademais, parte-se da perspectiva do *law and emotions*, representada, principalmente, por autores que conciliam estudos de direito e ciências humanas (por exemplo, psicologia, sociologia e antropologia), como Sérgio Nojiri, Cass Sunstein e Lawrence Baum.

Há muitos textos que discutem a chamada "discricionariedade judicial", os limites do controle externo e sua legitimidade. Não se trata de um assunto "novo", obviamente, muito embora se esteja longe de sua plena resolução. No entanto, o diferencial desta dissertação reside no referencial teórico utilizado, o qual, afastando-se das teorias decisórias mais frequentemente invocadas, que primam pela racionalidade plena, abre espaço à influência da subjetividade do julgador, a partir dos escritos de *law and emotions* e do entendimento, oriundo da doutrina positivista, mas elaborado em outras searas, da decisão jurídica como um ato de escolha, ainda que não necessariamente consciente.

O presente trabalho se desenrolará em dois grandes capítulos. No primeiro, será estabelecida a premissa geral para a problemática levantada, no sentido de que o Executivo, ao regulamentar uma lei, "escolhe a interpretação que melhor lhe agrada", seja para preencher eventuais lacunas, seja para decidir as próximas ações, com vistas à implementação da lei. A frase destacada entre aspas carrega uma série de significados implícitos que precisam ser bem entendidos, sob pena de haver uma compreensão equivocada do que se pretende defender nesta dissertação.

Diz-se que o administrador "escolhe" no sentido de que nenhuma opção lhe será claramente a única viável ou possível, sendo mais de uma defensável à luz dos princípios incidentes. Haverá a necessidade, muito comum em atos normativos, de se fazer uma

[13] Este, em especial, sob a leitura de Virgílio Afonso da Silva.

"decisão difícil", uma escolha entre indiferentes, ainda que aparentes, em abstrato, a qual será muito influenciada por questões subjetivas, como vieses, ideologias, agendas, emoções etc. Por fim, o parâmetro de escolha que se tratará será não na perspectiva da pessoa física decisora, mas sim da administração pública.

Nesse sentido, a decisão que "melhor agrada" a Administração é a que melhor atenda ao interesse público, ou a que, no linguajar da teoria dos princípios, seja a resultante do sopesamento de princípios feito pela autoridade decisora. Tal autoridade influencia a escolha com sua subjetividade, o que é esperado, na medida em que foi eleita ou designada para tanto. Ainda assim, o objetivo a ser perseguido deve estar em conformidade com a "vontade" da Administração e seu interesse, e não com os caprichos isolados do decisor, sob pena de haver um desvio de finalidade, como se verá adiante.

Já o segundo capítulo abordará, a partir das premissas traçadas anteriormente, a problemática sob uma perspectiva teórica. Inicialmente, se reafirmará, conforme consta na problemática, a validade do controle externo por subsunção, sendo este o que se entende por controle de legalidade em uma visão mais estrita. Nele, se incluirão tanto a avaliação de conformidade da norma regulamentar com as normas-regra da lei regulada e da legislação pertinente quanto a adequação da atuação do normatizador com a racionalidade ética, a qual impõe levar em consideração os princípios abarcados pelo ordenamento na fundamentação que embasa a norma, ainda que sem impor, aprioristicamente, algum sopesamento como correto em abstrato.

Por oposição, a parte seguinte do mesmo capítulo defenderá que o controle externo em abstrato do poder regulamentar por ponderação pode configurar uma substituição ilegítima da decisão do administrador pela do controlador, em outras palavras, uma usurpação de competência. O diferencial entre o controle por subsunção e o controle por ponderação seria a repetibilidade daquele em relação à irrepetibilidade deste, ao menos quando a análise é em abstrato, como se verá no desenvolvimento dos respectivos temas adiante.

Admitindo-se como irrepetível, a análise do controlador resultaria em uma nova decisão, ainda que com o mesmo resultado. Se este for distinto, a nova definição substituiria a originária do administrador. Tal entendimento não levaria, necessariamente, à conclusão de se tratar de uma "usurpação" – para tanto, seria necessário estabelecer

se há atribuição específica do órgão de controle para tratamento da questão com emissão de juízos subjetivos.

Ainda no segundo capítulo, ao final, buscar-se-á estabelecer uma exceção ao controle externo em abstrato por ponderação. Este seria admissível apenas para proteção do princípio democrático, sob o argumento de que, nesse caso, a democracia seria tanto o valor a se defender quanto o potencialmente atacado pelo uso da ponderação, não sendo possível estabelecer de plano alguma inviabilidade de assim proceder, conforme o paradoxo da tolerância de Karl Popper. Ainda assim, haveria a necessidade de proporcionalidade entre a preservação democrática que se busca fazer com a decisão judicial e a restrição que ela fará no caso.

2. A ESCOLHA DE MELHORES INTERPRETAÇÕES DA LEI PELO EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE DECRETOS REGULAMENTARES

Esta dissertação visa tratar do exercício da função de controle, no entanto, a decisão de controle não existe por si só, ela parte de outra já feita anteriormente. No presente caso, a atuação controlada tem caráter normativo, ainda que no âmbito administrativo. Diz respeito à função regulamentar conferida ao chefe do Poder Executivo pelo art. 84, IV, da Constituição.

Quanto a isso, é necessário estabelecer algumas premissas de análise. Buscar-se-á defender que, ao editar um decreto regulamentador, o presidente da República age com discricionariedade e, partindo de sua subjetividade, ainda que limitada pela lei regulamentada, define novos contornos ao ordenamento jurídico a partir de escolhas do que seria a melhor linha de ação para atendimento do interesse público.

Há vários elementos citados que merecem aprofundamento, quais sejam: o caráter de "inovação" dos sopesamentos feitos em decretos regulamentares; a subjetividade inerente à decisão administrativa, que a faz constituir um processo de "escolha"; e, por fim, o referencial de tal opção, qual seja, o melhor atendimento do interesse público. Todos esses elementos serão tratados nas seções deste capítulo.

2.1 AS INOVAÇÕES NORMATIVAS DECORRENTES DO PODER REGULAMENTAR E A INCIDÊNCIA DO SOPESAMENTO DA APLICAÇÃO DA LEI EM REGULAMENTOS

A edição de um ato normativo não se limita, nem assim poderia, a uma mera reprodução do texto legal. Se o texto de uma norma infralegal já fosse *a priori* determinável, não haveria razão para sua edição – bastaria partir diretamente para os atos de execução a partir do tal conteúdo determinável[14].

A admissibilidade de mais de um sentido para a lei é, ao mesmo tempo, a razão de ser do decreto e do que se pretende com ele remediar. Seja para trazer procedimentos, seja para integrar o que não foi dito (intencionalmente ou não), só há razão para se cogitar regulamentos na medida em que necessários para suprir as lacunas e multiplicidades da lei, inovando, de alguma forma, no ordenamento jurídico.

[14] ARAGÃO, A. S. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 38-39.

No âmbito da edição de decretos regulamentares, tal operação se dá com significativa incidência principiológica, atraindo a necessidade de tomada de decisão pela via do sopesamento, o qual ocorrerá implícita ou explicitamente, diretamente na criação da norma-texto ou como vetor interpretativo, pela via do poder normativo ou disfarçando-se de poder hierárquico, tudo conforme se verá adiante. Passa-se, portanto, a cada um desses pontos.

2.1.1 A força criativa do decreto regulamentar no âmbito específico de licitações e contratos pela positivação de sopesamento de princípios a partir de apreciações valorativas

Em todo o âmbito de atuação do Estado, insere-se o chamado "poder normativo", cuja demonstração mais expressiva é o decreto emitido pelo presidente da República, enquanto chefe do Poder Executivo. Na medida em que se mostra como instrumento por excelência para complementação da lei (art. 84, IV, da Constituição[15]), positivação de entendimentos ante disposições controversas (art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[16]) ou simples exercício do poder hierárquico, do decreto emanam orientações a serem cumpridas pela estrutura estatal, acabando por gerar impactos jurídicos. O decreto provoca consequências, produz efeitos, altera a conjuntura e, nesse sentido, cria.

Independentemente de qual seja seu âmbito de aplicação, seus destinatários ou até mesmo seu conteúdo, o decreto "faz diferença". Sua existência modifica relações jurídicas. Caso contrário, não haveria razão de ser para sua edição enquanto ato normativo: a lei seria suficiente em si, não haveria necessidade de ato adicional de efeitos concretos. Ainda assim, não é o que se vê, pois há milhares de atos normativos infralegais

[15] "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução [...]" BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].

[16] "Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão." BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2010].

no âmbito do Poder Executivo federal[17]. Nesse sentido, reitera-se: o decreto cria, estabelece algo que, antes de sua edição, não existia[18].

Assim, é necessário realizar um aparte já antecipado na introdução: localizar este trabalho fora da discussão quanto aos limites dos atos normativos "autônomos", ou seja, a possibilidade de que atos normativos imponham deveres a particulares não previstos na lei.

Há ferrenho debate quanto à possibilidade de "decretos autônomos" ou, de modo mais geral, "regulamentos autônomos", discussão essa mais enfática no que concerne às agências reguladoras[19]. Em um resumo bastante sucinto, de um lado, argui-se que o art. 5º, II, da Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, do outro, argumenta-se que a competência normativa decorre da própria lei e que seria inviável que ocorresse de outra forma.

Para a primeira corrente, o regulamento que deseje impor obrigações aos particulares deve cingir-se ao que prevê a lei. Já a segunda corrente admite a possibilidade de inovações do decreto em graus variados, sempre em conformidade com a lei de regência respectiva, caso existente, ou com a própria Constituição, se for o caso.

Essa discussão, todavia, não interessa a esta dissertação. Isso porque, mesmo se desconsiderarmos o universo de regulamentos que geram obrigações a particulares, há inúmeros outros que, limitando sua aplicação à estrutura interna da Administração, ainda assim terão força criativa, trazendo para o ordenamento algo que antes não existia, nem que seja a certeza de determinado entendimento a ser adotado pelo poder público.

Um exemplo é o assunto "licitações e contratos", do qual serão trazidos inúmeros exemplos no decorrer deste trabalho. Ele possui uma peculiaridade que o torna mais suscetível a gerar obrigações infralegais até mesmo aos particulares: é um tipo de relação de sujeição especial[20], pois, dentre outras razões, a ela o fornecedor se submete

[17] Só em 2022, foram editados 398 decretos. Somados os decretos editados desde a publicação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, o resultado passa dos muitos milhares. Isso sem contabilizar atos inferiores a decreto, como portarias e instruções normativas. Ver: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/decretos1/2022-decretos. Acesso em: 4 mar. 2023.
[18] ARAGÃO, 2012, p. 39.
[19] BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 269-299.
[20] Clarissa Sampaio Silva define as relações especiais de sujeição como sendo as "relações marcadas por vinculação diferenciada dos centros detentores de poder no tocante a alguns direitos fundamentais, com ampliação das suas competências, bem como dos deveres dos titulares dos direitos para assegurar a

voluntariamente. A Administração lança editais pelos meios previstos na legislação, e o particular interessado a eles adere, incluindo nessa adesão também a concordância com o regime jurídico diferenciado. Nesse âmbito, até mesmo os defensores da primeira corrente admitem a viabilidade de regulamentos com condições[21].

Desse modo, seja considerando os decretos que, indubitavelmente, podem trazer inovações, seja tratando de relações com particulares de sujeição especial, sempre passando ao largo do debate sobre os limites do "regulamento autônomo", espera-se que um decreto traga alguma novidade, inove, mude o contexto, crie, ainda que dentro de qualquer que seja o espaço que ele tenha para isso. Independentemente do entendimento sobre os limites de inovação do decreto, alguma novidade dele resultará, em mais ou menos situações, com maior ou menor abrangência.

Essa conclusão, entretanto, ainda não esclarece o modo que se chega a essa "inovação". Para se ter algo "novo", a premissa é que não haja previsão conclusiva a seu respeito. A lei traz o caminho para se chegar à conclusão a ser positivada, mas se tal previsão legal fosse suficiente, o decreto seria sempre dispensável. E ainda que se possa pensar em inúmeras situações dessa natureza, várias outras questões, em especial procedimentais (muito relevantes na área de licitações e contratos, por exemplo), são suscetíveis de uma infinidade de escolhas e soluções. Não é uma decisão que decorra apenas da leitura "impessoal" da lei. O decisor fará uma apreciação de princípios, a partir de um referencial próprio.

Falar em "sopesamento" de princípios imediatamente faz remontar às teorias de Robert Alexy sobre a regra da proporcionalidade[22] ou aos ensinamentos de Ronald Dworkin sobre princípios tendo uma dimensão de "peso" e regras sendo aplicáveis "tudo-ou-nada"[23]. No entanto, considerar princípios em decisões jurídicas em muito precede as

realização de determinados valores constitucionais institucionalmente perseguidos". SILVA, C. S. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição:** o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 132.

[21] BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 831-836.

[22] ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 116-120.

[23] DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39-43.

teorias mais recentes sobre a matéria, ainda que uma outra "gramática" pudesse ser usada para tal fim[24].

Afinal, não é apenas o Judiciário que toma decisões jurídicas. Devendo o Estado cumprir a lei e a Constituição, todas suas decisões são, em maior ou menor medida, jurídicas[25], sejam elas feitas em processos judiciais, em procedimentos legislativos ou no âmbito da atuação administrativa em concreto ou abstrato.

Por outro lado, princípios se impõem ao gestor público como deveres, na medida em que incumbe ao Estado, em razão de seu propósito[26], maximizar direitos fundamentais. O ente estatal, sob qualquer uma de suas facetas (administrativa, legislativa ou judicial), deparar-se-á constantemente com situações em que mais de um direito fundamental será envolvido e, em razão de sua natureza de princípio, um mandado de otimização, com dimensão de peso, e cuja força é apreensível a partir das regras de colisão com os demais princípios, será forçado a surgir com uma "solução" diante desse impasse. Tal resposta, partindo de princípios com força normativa, chegará a um balanceamento julgado adequado, sendo fruto de um sopesamento.

Nada disso retira da decisão estatal seu caráter jurídico. Isso porque um princípio (ou qualquer outra norma) somente pode ser oponível ao Estado na medida em que, de

[24] Um exemplo dessa "gramática" distinta pode ser observada no uso da discricionariedade por alguns autores. Cite-se, por exemplo, a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual "discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente". Tal conceito não usa palavras como "princípios" ou "sopesamento", mas refere-se à adoção de uma "solução mais adequada", a "critérios de razoabilidade" e à "finalidade da lei". Considerando que não há atuação dos agentes estatais fora do direito, dificilmente os critérios ou a finalidade não seriam normas-princípio e a solução o resultado de um sopesamento, ainda que não se utilizando das regras formais da proporcionalidade. BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 48.

[25] Quanto a isso, afirmam Moreira e Pereira que "ou seja, tudo o quanto afirmado para os juízes na atividade de interpretação e aplicação do Direito é replicável para todas as autoridades públicas responsáveis pelas decisões nos processos públicos. Não há diferença digna de nota que afaste tais premissas da atividade do gestor público. Quando se aborda as responsabilidades, limites e poderes dos juízes na atividade de interpretação e aplicação do Direito na resolução de casos, na verdade, se deve abordar a figura do decisor público (ou autoridade pública decisória). Mais do que isso: tais deveres se acentuam, eis que a Administração Pública aplica o Direito a todos os casos concretos que lhe são postos a exame (independentemente de iniciativa de terceiros e mesmo na ausência de litigiosidade). A competência decisória cometida a órgãos e entidades públicos é 'irrenunciável', para aqui nos valemos do art. 11 da Lei nº 9.784/1999". MOREIRA, E. B.; PEREIRA, P. P. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial, 2018. p. 260.

[26] Sobre o qual se aprofundará em tópico específico.

algum modo, for positivado. Ademais, a natureza jurídica de princípio não se modifica a depender de quem o maneja, ou melhor, de quem é por ele vinculado.

Registre, em um aparte, que não entende cabível invocar os chamados "argumentos de política", na forma como definido por Dworkin[27]. Não apenas o próprio autor, no mesmo trecho, salienta que utiliza "princípios" como gênero e que a separação pode gerar problemas, mas também, considerando apenas a estrutura lógica como critério diferenciador, não haveria qualquer diferença ontológica entre princípios e políticas. Ainda, tal diferenciação tornaria direitos fundamentais sociais, como saúde ou educação, "políticas", e não princípios, e essa classificação pode passar a impressão de haver alguma diferença quanto à sua juridicidade. Tendo em vista que se adota como pressuposto a plena e idêntica normatividade de todos esses direitos (independentemente, inclusive, de quem os aplica), adotar-se-á para todos o termo "princípio".

Dito isso, retoma-se o ponto. Diante de determinado contexto normativo, o presidente da República emite um decreto tratando de determinada questão. Para que o decreto seja útil, ele deve, de algum modo, criar e ir além das lacunas da lei, caso contrário bastaria a existência da própria lei. Se há um vácuo a ser preenchido, as normas com estrutura de regra existentes, aplicáveis por subsunção, mostraram-se insuficientes.

Sem regras a incidir sobre a atuação normativa, ainda assim remanescem os princípios (gerais e específicos) aplicáveis à administração pública. Considerando que o Estado é uma construção jurídica, e não uma pessoa natural capaz de ter vontades, são essas normas que vão servir tanto como parâmetro quanto justificativa para a escolha final a ser positivada em norma, ainda que a partir de uma percepção do decisor. No espaço deixado pelo ordenamento, o gestor público decidirá, informado pela sua percepção acerca dos princípios, a melhor forma de conciliá-los em uma regra.

Dito de outra forma, os decretos autenticamente normativos, e não meramente de efeitos concretos, pressupõem alguma criação ou inovação no ordenamento jurídico e decorrem da apreciação subjetiva do contexto normativo existente a partir dos deveres

[27] "Denomino 'política' aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino 'princípio' um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade." DWORKIN, 2010, p. 36.

com natureza de princípios incidentes no caso. Como todos os princípios são, *a priori*, igualmente vinculantes ao decisor, terá ele de chegar à melhor aplicação, mediante ponderação. Sem entrar em debates sobre eventuais limites dessa forma de normatização, como já dito, seu uso implica, invariavelmente, um sopesamento com fins de criar algo que antes não existia.

2.1.2 Modos de incidência do sopesamento de princípios na edição de decretos regulamentares

Analisado o potencial criativo do decreto regulamentar ao positivar sopesamentos de princípios feitos pelo órgão normatizador (no caso, a Presidência da República), cabe tratar dos distintos modos pelos quais tal operação pode ser realizada, já que cada uma tem uma dinâmica própria.

Há três formas principais de um sopesamento ser positivado em decreto: diretamente, ao se decidir a norma mais adequada a partir de aberturas criadas pela lei; na incidência de princípios como vetor de interpretação das normas legais para compreensão dos limites e alcances dos espaços aptos à regulamentação; e no uso do poder de autovinculação da Administração para limitar suas opções de atuação em vista de um interesse público reputado como prevalente. Passa-se a cada uma delas, a seguir.

2.1.2.1 A criação em regulamento pelo uso do sopesamento nas aberturas deixadas pela lei

Esta seção visa tratar da criação nas situações em que a lei deixa uma abertura, explícita ou não, para que questões específicas sejam regradas em "regulamento". Essa regulamentação ocorrerá, respeitados os limites traçados pela lei, mediante um juízo de sopesamento.

Uma forma de ocorrência desse fenômeno é pela invocação expressa da elaboração de regulamento na redação do dispositivo legal. O art. 40, § 5º, da Lei nº 8.666,

de 1993[28], por exemplo, traz a possibilidade de exigência, à contratada, de contratação de percentual de presos ou egressos "na forma estabelecida em regulamento"[29].

Tal regulamentação poderia tratar de uma infinidade de decisões: qual o percentual; como ocorreria a fiscalização dessa obrigação; se haveria a possibilidade de exclusão de presos e/ou egressos de alguns tipos de contratação e, caso positivo, como ocorreria; qual seria o envolvimento dos estabelecimentos prisionais para tanto; de quem seria a obrigação de transporte entre o sistema prisional e o local de prestação de serviços, se for o caso; dentre outras decisões. Inúmeros dos pontos anteriores devem ser tratados para viabilizar o cumprimento do comando normativo, e outros podem ser esmiuçados para potencializar o fim da norma ou para trazer maior segurança ao respectivo aplicador.

Em cada questão a ser tratada, na medida em que se deparar com mais de uma opção defensável, terá de ser feita uma escolha entre uma delas, nenhuma (deixando de abordar a questão na norma) ou todas (delegando a apreciação discricionária ao aplicador na ponta). As razões que apoiam uma ou outra escolha, frequentemente, poderão ser reduzíveis a princípios[30], em alguma medida: uma rota é mais econômica, outra é mais segura, uma terceira atinge o fim de ressocialização com mais vigor (ainda que de forma menos econômica e menos segura) etc., e o gestor terá de sopesar essas variáveis para chegar a uma solução adequada para a equação, considerando todos os fatores. A própria escolha do que regulamentar, sobre o que silenciar e qual apreciação discricionária delegar ao aplicador é, em si, um ato de sopesamento entre segurança jurídica e outros princípios.

---

[28] "Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento." BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

[29] Registre-se, por oportuno, que há alguma divergência sobre a admissibilidade de a lei delegar ao regulamento o tratamento de uma questão sem que ela mesma não tenha traçado os parâmetros mínimos sobre a matéria, sob pena de se tratar de delegação da competência legislativa ao Poder Executivo (Cf.: ARAGÃO, 2012, p. 37-39). No entanto, considerando que as leis de licitações, que serão o substrato legislativo que embasará a análise teórica desta dissertação, são bastante minudentes sobre o assunto de que tratam, e tendo em vista que a própria atuação administrativa é altamente regrada, essa divergência não será objeto de análise no âmbito deste trabalho.

[30] Ressalvadas as questões estritamente técnicas.

Isso não ocorre apenas quando a lei invoca expressamente a figura do regulamento. Por força do art. 84, IV, da Constituição, o Poder Executivo, por intermédio do presidente da República, detém a competência de editar decretos para a "fiel execução da lei", atribuição presente na medida em que se mostrar necessária. Em outras palavras, ainda que a lei não invoque o regulamento, se este for útil ou necessário à sua execução, a competência do art. 84, IV, aplica-se e, com ela, o poder regulamentar do presidente da República. A maior parte da regulamentação da Lei nº 8.666, de 1993, possui essa origem.

Por exemplo, o Decreto nº 1.054, de 7 de fevereiro de 1994, regulamenta o reajuste de preços para fins de correção monetária previsto nos arts. 5º, § 1º; 7º, § 7º; 40, incisos XI e XIV, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666, de 1993. Nenhum desses dispositivos invocou expressamente a necessidade de regulamento. No entanto, julgou-se útil, para a fiel execução da lei, sua edição, de modo a explicitar como se dá a aplicação do índice de correção monetária em conformidade com as normas de contabilidade e de caráter orçamentário federais, sem prejuízo da inclusão de orientações contratuais julgadas oportunas à época. Houve também, para a edição do decreto, diversas decisões (com um maior embasamento técnico), as quais resultaram de se privilegiar uma determinada opção em detrimento de outras – a própria edição do decreto demonstra apreço pela segurança jurídica.

Retornando à ideia de criação, dificilmente pode-se dizer que tal regulamento se limita a repetir a lei. A fórmula de aplicação de reajuste trazida no art. 5º não tem assento legal – poderia ter origem extrajurídica, mas, ainda assim, considerado o ordenamento jurídico em uma perspectiva positivista, nele foi integrado pelo decreto, assim como a autorização de uso de outras fórmulas contidas no art. 11, bem como as regras aplicáveis no caso de não divulgação dos índices correspondentes ao mês do adimplemento. Há pleno exercício de atividade criativa pela Administração, admitida pela Constituição, nos termos de seu art. 84, IV.

Dito isso, a normatização, sem que a lei mencione a necessidade de regulamento, parte da interpretação do aplicador e, por essa razão, é suscetível de alguma volatidade conforme a incidência de princípios[31]. Mesmo fora da seara de detecção de lacunas, a atividade interpretativa, de acordo com a própria dogmática jurídica, é influenciada pelo olhar principiológico.

[31] Como se verá no decorrer desta dissertação.

Em outras palavras, a atividade interpretativa guia-se pelos princípios incidentes no caso e, por decorrência, há algum sopesamento em tais operações. Nelas, inclusive, o decreto surge como instrumento de pacificação de entendimentos, em uma outra roupagem, conforme se aborda a seguir.

2.1.2.2 A aferição do significado e o suprimento de limites do texto à luz de uma avaliação com base em princípios e valores

O segundo modo de incidência principiológica ocorre como forma de influenciar a atividade hermenêutica. Nessa seara, não se fala abertamente em "sopesamento" para suprimento de lacunas na norma, mas sim em interpretação para compreensão dos limites do texto. Ainda assim, não há como cindir a aplicação do direito-norma e a compreensão da principiologia incidente.

Mesmo o processo interpretativo de normas-regra não é integralmente restrito aos limites dos seus termos, já que o texto possui constrições na sua capacidade de transmitir uma mensagem. Usualmente, o que um agente intencionou escrever não coincide com o que o receptor entendeu.

Na medida em que o parâmetro de definição do sentido a ser aplicado para a norma-texto é a principiologia incidente[32], retorna-se, por vias transversas, a um sopesamento. Não há apenas um princípio incidente sobre qualquer atividade administrativa. Uma interpretação de uma norma-regra pode valorizar mais a eficiência e menos a publicidade, ou, então, pode privilegiar a eficiência sob o aspecto da economicidade (redução de custos) e causar prejuízo à eficiência-eficácia, com tendência a gerar resultado que atinja o fim almejado. Dizer que os princípios serão a fonte da racionalidade a guiar a atividade do intérprete não responde ao problema, pois ainda há uma infinidade de significados possíveis aos quais correspondam sopesamentos defensáveis de princípios.

Essas divergências são, em certa medida, da natureza do direito, que se equipa com redundâncias para minimizar eventuais efeitos deletérios de sua existência. A lógica

[32] Segundo Ávila, "as normas atuam sobre as outras normas do mesmo sistema jurídico, especialmente definindo-lhes o seu sentido e o seu valor. Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras". ÁVILA, H. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97.

do processo judicial, com diversos recursos, respeito a precedentes e julgamentos colegiados, serve para eventual uniformização de interpretações sobre a norma-texto.

Pelo art. 15 do Código de Processo Civil[33], bem como por inúmeras alterações legislativas nesse sentido[34], o processo administrativo passa também a adotar uma lógica similar de respeito a precedentes[35], manutenção de uma racionalidade própria, atuação com primazia à segurança jurídica e, em processos eminentemente decisórios (como na esfera tributária), adotam-se estruturas hierárquicas com julgamentos colegiados muito similares às judiciais.

Até que haja uniformização de entendimentos, inclusive, é possível e comum que haja diálogos entre a Administração e seus órgãos de controle externo. É bastante frequente, por exemplo, que entendimentos firmados em âmbito federal sejam feitos com fundamento[36] ou em expressa discordância com julgados do Tribunal de Contas da União (TCU)[37].

Em todo esse contexto, o decreto regulamentar ganha uma importância bastante específica. Pode-se estranhar ver uma interpretação de lei ocorrer por um ato infralegal, mas o art. 84, IV, da Constituição atribuiu a essa figura normativa a função de traçar as normas necessárias "para fiel execução da lei". Isso implica também o poder de pacificar a interpretação a ser seguida, no caso de divergências que impeçam a aplicação adequada e uniforme do diploma legal.

Essa visão é, inclusive, expressamente abarcada no art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual "as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de

---

[33] "Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente." BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

[34] Dentre as quais a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que, ao dispor sobre a edição de súmulas vinculantes, exige seu cumprimento no âmbito dos procedimentos administrativos, bem como a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, e seu regulamento, Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que, por inserções na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, acrescentaram diversas obrigações relacionadas à segurança jurídica no processo decisório em geral.

[35] OLIVEIRA, R. C. R. Precedentes administrativos no Brasil. *In*: VALE, L. M. B .; OLIVEIRA, R. C. R. **Por uma teoria dos precedentes administrativos**. São Paulo: Juspodivm, 2022. p. 219-222.

[36] Cite-se, por exemplo, a orientação da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia quanto à admissibilidade da participação de entidades sem fins lucrativos, disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/noticias/orientacao-sobre-contratacao-de-instituicao-sem-fins-lucrativos-acordao-no-2-426-2020-tcu-plenario. Acesso em: 22 jan. 2023.

[37] É o caso do Parecer n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU, a ser tratado logo a seguir, disponível em: https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=755960816. Acesso em: 22 jan. 2023.

regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas"[38]. O decreto, regulamento por excelência, estaria inserido como um meio de uniformização de atuação, com o diferencial de que sua fundamentação possui respaldo não só na lei supracitada, mas também na Constituição, consistindo-se não apenas na opção feita internamente no âmbito administrativo, mas direcionando-se a todo o ordenamento, a partir da distribuição de poderes constitucional.

O uso do decreto como instrumento interpretativo, no entanto, "esbarra" nas mesmas limitações que o texto legal. Dado que sua edição ocorre em abstrato e em razão das limitações do texto que veicula seus mandamentos, o próprio decreto é suscetível de interpretação e, assim como ocorre com a lei, o entendimento da Administração sobre o que deveria significar um dispositivo regulamentar (interpretação autêntica) não necessariamente se sobrepõe em relação a outros atores que manejam a mesma norma.

Nesse ponto, cabe trazer um exemplo. Com a edição do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, sobre licitação na modalidade pregão, os documentos de habilitação voltaram a ser apresentados com a proposta. Para esclarecer que não mais haveria possibilidade de entrega de documentos de habilitação exigidos em edital após solicitação do pregoeiro (regra geral no regime anterior), o art. 26, § 9º, previu que documentos complementares eventualmente solicitados serviriam para confirmar os exigidos no edital e já apresentados[39]. Assim, reviveu-se o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993[40], ratificando sua aplicação no novo procedimento.

O TCU, em mais de um julgado[41], entendeu que seria possível a inclusão posterior de documento de habilitação novo "comprobatório de condição atendida pelo licitante

[38] BRASIL, 1942 [2010], *on-line*.

[39] "Art. 26. Após a divulgação do edital no sítio eletrônico, os licitantes encaminharão, exclusivamente por meio do sistema, concomitantemente com os documentos de habilitação exigidos no edital, proposta com a descrição do objeto ofertado e o preço, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública. [...] § 9º Os documentos complementares à proposta e à habilitação, quando necessários à confirmação daqueles exigidos no edital e já apresentados, serão encaminhados pelo licitante melhor classificado após o encerramento do envio de lances, observado o prazo de que trata o § 2º do art. 38." BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

[40] "Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta." BRASIL, 1993 [2021], *on-line*.

[41] Iniciando com o Acórdão nº 1211/2021-Plenário, reiterado pelo Acórdão nº 2443/2021-Plenário. No caso do Acórdão nº 1211/2021-Plenário, consta o seguinte entendimento: "9.4. deixar assente que, o pregoeiro,

quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha"[42]. Inobstante serem originários de casos concretos, trata-se de entendimento reiterado em abstrato, independentemente das circunstâncias concretas, de modo que válido para esta análise[43].

Essa conclusão aparenta estar em desacordo com o art. 26, § 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019. Pelo decreto, só poderia haver a complementação se o licitante já tivesse apresentado os documentos exigidos no edital. O TCU, fazendo o oposto, admite a inclusão de documentos exigidos no edital que não tenham sido juntados em tempo "por erro"[44].

Pelo raciocínio da Corte de Contas, a regra extraída do art. 26, § 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019, e do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, deveria ser lida em conjunto com o princípio do formalismo moderado, de modo a gerar uma regra geral (a vedação de apresentação de documentos de habilitação exigidos no edital após apresentação da proposta) e uma exceção (salvo se forem documentos que atestam uma realidade preexistente não juntados por erro).

---

durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea 'h'; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; sendo que a **vedação à inclusão de novo documento**, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), **não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro;**". BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU**. Resposta a questionamentos em razão do advento do Acórdão TCU nº 1211/2021-Plenário, o qual admite a inclusão, como documentos complementares, de documentação de habilitação que deveria ser encaminhada junto com a proposta, mas não o foi por erro do licitante. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 2021b. [grifos no original]

[42] *Ibid*.

[43] No Acórdão nº 1211/2021-Plenário, foi utilizada a seguinte argumentação no voto do relator: "Como visto, a interpretação literal do termo '[documentos] já apresentados' do art. 26, § 9º, do Decreto 10.024/2019 e da vedação à inclusão de documento 'que deveria constar originariamente da proposta', prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 pode levar à prática de atos dissociados do interesse público, em que o procedimento licitatório (meio) prevalece e ganha maior importância que o resultado almejado, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (fim). [...] Em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento 'que deveria constar originariamente da proposta', prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, deve se restringir ao que o licitante não dispunha materialmente no momento da licitação. Caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha, haverá de ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro. Isso porque admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)".

[44] Como se tal circunstância fosse comprovável.

Em resposta, a Advocacia-Geral da União (AGU) emitiu o Parecer n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU[45], arguindo pela incorreção do entendimento do TCU, sob o fundamento principal de que a redação do art. 26, § 9º, era exauriente e não admitia exceções nele não escritas. Se o TCU prezou por ampliar a competição, a AGU adotou um posicionamento mais favorável à segurança jurídica e à padronização das condutas dos órgãos públicos.

O art. 8º, XII, alínea "h", do Decreto nº 10.024, de 2019, admite o saneamento de erros na proposta e documentação apresentadas, de modo que se pode cogitar a aplicação do formalismo moderado em relação à apresentação de documentos em conjunto com a proposta, ainda que a redação literal do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, e do art. 26, § 9º, do Decreto nº 10.024, de 2019, indique preferência pelo entendimento da AGU, já que ausente qualquer menção a exceções. O decreto, nesse caso, não pacificou a questão, pois não trouxe entendimento cabível de modo indubitável – após interpretação, é defensável que recaia discussão sobre ele.

Nessa situação, a discordância entre o Executivo e o TCU não é solvida pela mera existência do decreto regulamentar: o entendimento a prevalecer, sob o ponto de vista jurídico, seria o resultante da melhor interpretação a ser a ele dada. Porém, é plenamente possível que outro regulamento pacifique a questão, adotando uma ou outra linha (ou uma terceira intermediária, se for o caso), a partir do princípio julgado mais relevante, adotado como norte hermenêutico. Nesse caso, todos os aplicadores da norma, incluindo a própria Corte de Contas, estariam vinculados aos seus termos.

Tratado do sopesamento na aferição de limites textuais mediante atividade hermenêutica, cabe, por fim, falar da edição de decretos como decorrência do poder de autorregulação, o que se faz a seguir.

2.1.2.3 O poder de autorregulação da Administração e sua indissociabilidade com o sopesamento de princípios

Uma última faceta da atuação discricionária da Administração, na edição de regulamentos, é representada pelo seu poder de autorregulação. A Administração, na sua acepção "clássica", pautada na legalidade estrita, é essencialmente heterônoma, ou seja,

[45] Disponível em: https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=755960816. Acesso em: 22 jan. 2023.

governada por outros poderes. A lei, em sentido amplo[46], seria não só a fonte de direito por excelência, mas também o que daria, *a priori*, poder ao Estado para agir.

No entanto, ainda que se entenda que a Administração é condicionada pela lei, esta não rege todos os passos, pela total impossibilidade de assim proceder. A lei traz parâmetros gerais, na medida do que é viável ao legislador, e, considerando suas capacidades, agenda e demanda, a Administração os concretiza[47]. Para tanto, haverá, invariavelmente, uma boa dose de criação, no manejo de normas fluidas, como se verá no decorrer desta dissertação.

Ainda assim, mesmo se desconsiderarmos esse aspecto criativo da atividade administrativa, o fato é que ela tem o poder de impor limitações à sua própria atuação, dentro do que prevê a lei. Desse modo, se a legislação traz para a estrutura administrativa mais de uma opção de ação, é possível que a autoridade superior, no exercício do poder hierárquico, desde já limite aos seus subordinados que apenas algumas dessas opções será considerada como passível de exercício[48].

Por exemplo, a lei pode dispor que determinada situação possui licitação dispensável, ou seja, no caso concreto, o gestor deve analisar os princípios envolvidos e tomar a melhor decisão para atendimento do interesse público[49]. No entanto, nada impede que, no exercício do poder hierárquico, a autoridade competente emita um regulamento dispondo que, em uma determinada situação, a opção a ser escolhida deverá sempre ser a dispensa de licitação para contratação de determinada empresa pública. Limita-se a análise da autoridade subordinada por um ato vinculante de caráter

[46] De modo a incluir, por óbvio, a Constituição.
[47] JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 196.
[48] DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 123.
[49] Nesse sentido, Martins ensina que "a autorização legislativa não basta para que haja dispensa. Não existe discricionariedade no plano abstrato, a discricionariedade só surge no caso concreto. [...] O fato de P1 [vantagens da realização da licitação] e P2 [valores afetados pela realização do certame] terem pesos equivalentes no plano abstrato não significa que tenham pesos equivalentes no plano concreto. Deveras, a ponderação legislativa deve ser confirmada pela Administração à luz das circunstâncias do caso concreto. [...] Essa lição é quase sempre desprezada pelos operadores do direito: não basta invocar a autorização legislativa para efetuar a contratação direta. A Administração deve, no processo administrativo de contratação, enunciar a ponderação administrativa efetuada à luz das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto e, por meio dela, evidenciar que o peso dos valores justificadores da não realização do certame é equivalente ao peso dos valores justificadores da sua realização. A ponderação abstrata efetuada pelo legislador deve, necessariamente, ser confirmada pela ponderação concreta". MARTINS, R. M. Dispensa de licitação e discricionariedade administrativa. *In*: SCHWARZ, R. G. (org.). **Direito administrativo contemporâneo**. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 274-275.

hierárquico e autônomo, isto é, de autorregulação, em que a Administração regula a si mesma.

Em tais situações, o caráter discricionário desses regulamentos se acentua, afinal, é premissa básica de sua edição a existência de mais de uma opção legal e a escolha da autoridade de se vincular a uma ou outra. Há, em essência, a opção entre indiferentes normativos em abstrato. Termos são escolhidos e vinculações são feitas de forma consciente para facilitar a aplicação da lei do modo entendido como o mais oportuno pela autoridade competente.

Fora de exemplos hipotéticos, porém, utilizados estritamente para fins acadêmicos, não é possível dissociar quando uma disposição decorreu de um processo hermenêutico e quando houve uma escolha discricionária pela vinculação mais oportuna. Pode ser uma escolha jurídica, pautada na lei enquanto vontade do Estado, e não nos desejos de uma autoridade, mas ainda assim uma escolha.

No exemplo multicitado da dispensa de licitação, um decreto que estipule que, no caso de avaliação de imóveis, a União deve sempre contratar por dispensa de licitação, a Caixa Econômica Federal representaria, ao mesmo tempo, um sopesamento de valores e uma opção discricionária de conveniência e oportunidade, ou seja, seriam apenas designações diferentes para a mesma operação.

A opção discricionária não se baseia (ou não pode se basear) em caprichos da pessoa física do gestor, mas sim em valores que busquem o interesse público, dentre os quais a própria segurança jurídica, no caso representada pela previsibilidade da atuação dos agentes públicos. Os interesses estritamente privados que venham a embasar uma atuação pública ou também podem ser considerados componentes do "interesse público", ou são absolutamente irrelevantes[50], ou geram nulidade por desvio de finalidade.

Ainda que se possa tentar separar, de forma hermética, artificialmente, o que é jurídico e o que é político, o ato editado será permeado por ambos de forma indissociável, assim como a motivação dos órgãos participantes de sua edição. Não é possível distinguir o que seria resultado de algum processo objetivo de sopesamento e o que seria uma opção voluntária pela autolimitação da Administração, consciente ou não, já que, em ambos os casos, as características são as mesmas: tem-se uma situação com mais de uma opção

[50] Discorda-se da existência de um "interesse público secundário" reconhecível como tal, como se verá neste trabalho.

viável, em que a escolha é feita a partir de critérios condizentes com o melhor atendimento do interesse público.

Em suma, independentemente da motivação do agente normativo, se integrativa, meramente interpretativa ou de autolimitação, em todos os casos há o sopesamento de valores pelo administrador, ainda que sem o uso das técnicas mais "refinadas" para tal operação. A natureza de sopesamento de valores gera duas repercussões: inicialmente, reveste a atuação com verniz criador, já que a valoração feita pela autoridade competente passa a ser positivada no ordenamento, bem como torna determinante a subjetividade do agente decisor, sendo esse o ponto de que se passará a tratar a seguir.

2.2 O ESTABELECIMENTO DE INTERPRETAÇÕES EM REGULAMENTAÇÃO COMO UM ATO SUBJETIVO, UMA ESCOLHA

Estabelecida a premissa da seção anterior acerca da natureza criativa e inovadora dos decretos regulamentares e da incidência da ponderação de princípios em sua edição, retorne-se ao título deste capítulo para abordar cada um dos seus elementos, iniciando com a qualificação da edição do decreto como um ato de "escolha". Objetiva-se, nesta seção, explicitar que a edição de um decreto regulamentar não implica apreender o sentido obscuro da lei, "preso" em seus meandros, mas sim criá-lo, escolhê-lo dentre múltiplos, com a influência da subjetividade do decisor[51].

Como visto, a atividade normativa é discricionária, pelo menos de início[52], na medida em que, diante do espaço a ser regulado pelo ato, há diversas possibilidades de ação pelo gestor, sem que uma delas se imponha, necessariamente, enquanto um ato vinculado[53]. Dizer que um ato é "discricionário" atrai muito mais polêmicas do que propriamente soluções, no entanto, com essa qualificação, pretende-se afirmar que há, na decisão, um elemento subjetivo que a transforma em uma "escolha" em vez de meramente "descoberta" do que diz o direito. Esse será o primeiro ponto tratado nesta seção.

[51] Ainda que o parâmetro para tal escolha retorne ao âmbito jurídico, como se verá na seção seguinte.
[52] Fala-se "de início" de modo a abarcar a possibilidade de que peculiaridades do caso concreto ou informações obtidas no processo de regulamentação venham a tornar exigível apenas uma opção de regulamentação (discricionariedade reduzida a zero).
[53] Segundo a definição de Justen Filho, "discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto". JUSTEN FILHO, 2010, p. 206.

Após isso, será trazida a influência da subjetividade em juízos decisórios em geral, para depois ocorrer o aprofundamento de como a subjetividade aplica-se em decisões que tomam por base valores abstratos e fluidos, sem parâmetros definidos. Por fim, definir-se-á a atividade normativa como sendo justamente uma forma de "decisão difícil" entre indiferentes jurídicos.

2.2.1 A escolha como uma decisão subjetiva: revisitando a gramática da discricionariedade

O direito administrativo é visto como as "entranhas" do direito constitucional. Enquanto este regula o funcionamento do Estado de "fora para dentro", de um modo mais "elegante", aquele faz o mesmo, porém de "dentro para fora", tratando muito mais dos meandros da atuação administrativa, dos atos do Estado, do exercício do poder e da força do "príncipe" e do "império"[54].

Apesar de serem ramos do direito que, pela pertinência temática, devam ser muito próximos, a lógica que os instrui é, por vezes, muito díspar e de difícil conciliação. Enquanto o direito constitucional enfoca mais nos deveres do Estado para com o cidadão, o direito administrativo ainda padece de sua origem autoritária, que parte da supremacia do interesse público[55] e da legitimação do exercício do poder de império[56]. Essa distância é facilmente observável ao se analisar o modo como muitos administrativistas tratam sobre discricionariedade.

A doutrina administrativista mais clássica divide os atos administrativos em vinculados e discricionários[57]. Os primeiros têm todos os seus elementos regidos pela lei (em sentido amplo), de modo que ao gestor público não caberia qualquer juízo antes de emitir o ato. Se cumpridos os requisitos, o ato deve ser praticado. Já os chamados "discricionários" teriam regulados os elementos "competência", "forma" e "finalidade", enquanto "objeto" e "motivo" não seriam regulados e comporiam o chamado "mérito

[54] BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 1-3 e 33-36.
[55] Não se está a dizer que a correção está no extremo oposto à supremacia do interesse público ou que aqueles que defendem tal supremacia estejam errados ou obsoletos. Esse tema, inclusive, será objeto de análise adiante. O que se busca enfatizar é a distância entre essa lógica e a lógica constitucional (em especial neoconstitucional). Falar em supremacia do interesse público para um estudioso da teoria dos princípios pode ser uma heresia.
[56] BINENBOJM, 2006, p. 11-12.
[57] DI PIETRO, 2020, p. 247.

administrativo" para decisão pela autoridade competente, insuscetível de controle externo[58].

Essa divisão mostra-se excessivamente reducionista, por diversas razões. Inicialmente, partir da premissa de que determinados elementos sempre seriam "vinculados" é ignorar a imperfeição do texto escrito como veiculador de mensagens, em especial considerando a transição entre o abstrato e o caso concreto. Ademais, e mais importante, tendo a Administração o dever de juridicidade[59], imaginar haver elementos do ato que não tenham absolutamente nenhum tratamento legal seria um contrassenso.

Ambas essas circunstâncias geram uma "evolução" na compreensão da discricionariedade. Os atos administrativos passam a ser vistos não divididos em duas classes, mas sim postos em um gradiente: há atos totalmente vinculados, predominantemente vinculados, predominantemente discricionários etc., sem que nenhum ato seja integralmente discricionário[60].

Passa-se a falar em discricionariedade reduzida a zero, como já visto, a partir das circunstâncias do caso concreto, em sindicabilidade do mérito administrativo pelos princípios da Administração[61], no dever da boa administração pública[62] e em uma série de outros artifícios capazes de serem "invocados" para, na prática, eliminar ou reduzir o que se convencionou chamar de "mérito administrativo", com o problema de que o manejo desses instrumentos ocorre no âmbito do controle, quando é tarde demais para a Administração. A evolução doutrinária melhora a compreensão da discricionariedade, mas acaba por deslocar seu tratamento do âmbito administrativo para o de controle, demonstrando uma certa desconfiança em relação ao Estado-imperador.

Esses dois "extremos" servem para ilustrar o dilema ora apresentado. A atuação administrativa é, necessariamente, regida pela lei, em sentido amplo ou estrito. Desse

---

[58] CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 114.

[59] Nos dizeres de Binenbojm, "a idéia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente". BINENBOJM, G. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. *In*: ARAGÃO, A.; MARQUES NETO, F. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 161.

[60] BINENBOJM, 2006, p. 206.

[61] MORAES, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 110-111.

[62] FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 15.

modo, é incabível entender que todo o objeto e o motivo de um ato (seus elementos principais) não são passíveis de controle. Por outro lado, a própria ideia de "competência" envolve a concessão de poderes para que uma pessoa física "presente" o Estado a partir de sua própria subjetividade, mesmo considerando todo o arcabouço jurídico a qual ela deve obediência. Impor a esse gestor público o ônus de "robotização", a perfeição e a coincidência de entendimentos com o órgão de controle respectivo é ignorar seu caráter humano, coisificá-lo, ferir sua dignidade, impactando toda a Administração.

O direito demanda que haja alguém traduzindo a lei para o fato[63] e, nesse ponto, a incidência da subjetividade é inevitável[64]. É a apreciação subjetiva que possibilita o dimensionamento das peculiaridades do caso concreto, da necessidade de se invocar um tratamento excepcional da lei ou de se realizar um sopesamento determinado ante uma situação única.

Especificando a operação, Sandro Lúcio Dezan diz que um conjunto de valores ditos "axiomáticos", identificados pelo decisor[65], teria o potencial de servir como "mandado de fundamentação" para essa decisão[66]. Incumbiria a ele o ônus de manter a "coerência e integridade" do direito pelo uso dos "instrumentos jurídicos" pertinentes, "com vistas à garantia de ingresso de valores somente os, diante do possível, do razoável, do proporcional, e do juridicamente seguro [...] possam servir de balizas para o controle"[67]. O decisor isolado controla, por vários filtros, os valores que adentram ao ordenamento.

A descrição anterior explicita a complexidade da tarefa do aplicador/administrador, o qual, diante de uma lacuna, não deve apenas preenchê-la de qualquer forma. Há, certamente, uma preocupação adicional com a manutenção da integridade do direito. Todavia, nesse caso específico, em que não há um caso concreto em que se apoiar, o dever do aplicador de encontrar a "decisão correta", que já era substancial, será verdadeiramente hercúleo e ainda mais o do eventual controlador que tiver de "referendar" tal escolha.

Afinal, é pelas lentes do indivíduo decisor que os valores são apercebidos e, com isso, a decisão adequada ao caso. Se pode haver questionamentos sobre se a decisão em

---

[63] KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 388.
[64] *Ibid.*, p. 392-395.
[65] DEZAN, S. L. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2018. p. 205.
[66] *Ibid.*, p. 214-231.
[67] *Ibid.*, p. 205.

concreto se dá a partir de uma "moldura"[68] ou de um "ponto em uma reta"[69], a feita em abstrato se distancia, em especial, do caráter "pontual": são da natureza do ato regulamentar, enquanto norma intermediária entre a lei e a aplicação do caso concreto, a multiplicidade de opções viáveis *a priori* e a natureza discricionária.

Dito isso, para entender o que é discricionariedade, é necessário fundir as perspectivas do direito administrativo e do direito constitucional. O próprio termo "discricionariedade" implica uma série de más compreensões, que vão além da extensão do seu significado, o que pode ser verificado a partir do clássico debate entre Hart e Dworkin acerca da discricionariedade judicial.

De forma resumida, Hart, em "O conceito de direito", defende que, dentro da "textura aberta", não haveria norma alguma que limitasse a decisão judicial: apenas "sentimentos" ou "compulsões", mas nada "passível de ser caracterizado como norma que devam seguir"[70]. Em resposta, Dworkin, conceituando poder discricionário como "quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade"[71], divide sua compreensão de forma "fraca" (seja quando "os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente", seja quando, submetido a um padrão de autoridade, "algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância[72]) ou "forte", "para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões de autoridade em questão", o que "não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade"[73]. O autor, então, conclui que ou a designação de discricionariedade seria trivial (se fraca) ou sem sustentação (se forte)[74].

No pós-escrito do seu "O conceito de direito", Hart endereça tais críticas reforçando seu entendimento de discricionariedade como poder a ser usado pelo juiz para criar o direito nos "casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto", concluindo que, em

[68] KELSEN, *op. cit.*, p. 390.
[69] DEZAN, *op. cit.*, p. 53.
[70] HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 179.
[71] DWORKIN, 2010, p. 50.
[72] *Ibid.*, p. 51.
[73] *Ibid.*, p. 52-53.
[74] *Ibid.*, p. 61.

tais casos, "o juiz, ao mesmo tempo, cria direito novo e aplica o direito estabelecido"[75]. Quanto a essa criação, o autor salienta que o juiz deve ser "capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais, e deve atuar como faria um legislador consciencioso"[76].

Note-se que o enfoque na configuração de "discricionariedade" é distinto em ambos os casos, aparentando uma distância maior do que a real. Hart qualifica a discricionariedade pelo fato de o decisor criar o direito dentro da "textura aberta", da incompletude do direito positivo. Dworkin considera que a semântica do termo "discricionariedade" admite a decisão a partir de padrões de autoridade, bem como a que se submete apenas à equidade e ao bom senso. Todavia, o autor nega a juridicidade do segundo modo de proceder (da discricionariedade "forte") e do próprio termo "discricionariedade", ao dizer que haveria incidência de princípios a serem necessariamente considerados na decisão.

Em termos práticos, não há grande distinção entre ambos os posicionamentos além da terminologia. Dworkin diz que há padrões de autoridade a serem seguidos na decisão judicial – os princípios. Hart diz o mesmo, ainda que não trate de princípios. O autor salienta que a criação se dá a partir de "razões gerais", "como faria um legislador consciencioso", aplicando o direito estabelecido. A diferença é que Hart enfatiza a criação para chamar de "discricionariedade", enquanto Dworkin enfoca nos princípios como restrições para afastar essa qualificação.

Analisando a questão, realmente não se verifica a presença de uma discricionariedade "forte" na decisão judicial. Porém, também não se identifica tal discricionariedade "forte" no âmbito administrativo. Todo o agir do poder público é, de uma maneira ou de outra, regido pela lei (em sentido amplo ou estrito), incluindo os princípios. Princípios se impõem ao Estado como deveres, a serem alcançados na medida em que viável. Todavia, como a lei de colisão é obtida por um processo subjetivo, a identificação como discricionário tem seu mérito – *a priori*, o direito não traz resposta, ela deve ser criada.

Compondo-se o ordenamento de normas-regra e normas-princípio[77], se o caso for regido por regras, aplicáveis no "tudo-ou-nada", mediante subsunção e considerando a

[75] HART, *op. cit.*, p. 351.
[76] *Ibid.*, p. 352.
[77] Ignora-se, por ora, as normas-postulado de Ávila, pois, por serem metanormas, não terão aplicabilidade nesse caso.

forma de tratamento de antinomias, a resposta tende a ser um "caso fácil"[78]. Se não o for, a causa de variabilidade da resposta ou seria pré-jurídica, em razão da apreciação valorativa do decisor e/ou seus vieses, ou seria pela incidência do sopesamento na própria interpretação de tais regras, conforme acima. Tais situações de variação na aplicação de regras seriam minimizadas pelo sistema de recursos e por julgamentos colegiados, e o que sobrar pode ser considerado "falha no sistema".

Por outro lado, partindo da mesma visão do ordenamento como regras e princípios, se a regra só rege até certo ponto e o decisor tem mais de uma opção, verifica-se uma situação dita "discricionária". Fala-se que, se a regra não indica uma única opção (seja porque é omissa, seja porque traz mais de uma opção), cabe ao gestor, discricionariamente, decidir a respeito.

No entanto, se o Estado sempre é, de algum modo, regido pela lei, nesses casos sua conduta continua sendo regrada por normas – só que normas-princípio. Só se pode cogitar uma atuação "discricionária", que admite a existência de mais de uma possibilidade de ação, se for regida por normas que não tenham aplicação "tudo-ou-nada", ou seja, por princípios, mandados de otimização. Desse modo, a atuação discricionária nada mais é do que aquela regida apenas por princípios, cuja decisão decorrerá de um sopesamento feito considerando a subjetividade do decisor.

Desse modo, a chamada "discricionariedade" para atingimento do interesse público seria em suma uma forma distinta de ver o sopesamento de princípios, o proferimento de decisão a partir da abertura deixada pelas normas-regra e regulada pelas normas-princípio. Por haver várias demandas que devem ser atendidas pela Administração, com recursos escassos, não há uma resposta correta sob o ponto de vista abstrato. O legislador se vê forçado a direcionar à Administração o poder de finalizar a construção do ato discricionariamente, priorizando entre seus deveres, a partir do que se convencionou chamar de "critérios de conveniência e oportunidade".

É sob esse aspecto que se diz que o administrador "escolhe" a opção que melhor lhe "agrada". Não se trata de heresia alguma, desde que se compreenda o parâmetro de tal escolha. A melhor decisão, que mais "agrada" o decisor, é aquela que, no seu entender motivado, cumpre da melhor forma possível o plexo de interesses públicos (no plural) incidentes no caso, amalgamados no que se convencionou denominar "interesse público"

[78] Na definição de Hart, a ser expandida posteriormente, quando serão explorados os "casos difíceis".

(no singular). É uma escolha porque não há, em abstrato e *a priori*, uma opção determinável como "correta", mas, ainda assim, pauta-se o processo na juridicidade, tendo em vista que o que move e fundamenta o decisor é seu dever de dar cumprimento às normas com estrutura de princípios incidentes em sua atuação.

Mais exato seria dizer que o Estado, por intermédio do agente competente para, por ele, manifestar-se, deve escolher a linha de ação mais adequada ao interesse público. E como é impossível que ocorra de outro modo, a identificação da rota em que tal interesse se encontra maximizado se dá pelas lentes do decisor, envolvendo sua subjetividade, individualidade. Outra pessoa decidiria de outro modo, e ambas as conclusões serão juridicamente viáveis se defensáveis, conforme se verá adiante.

Desse modo, feita a correlação entre subjetividade e discricionariedade, cabe verificar, especificamente, as formas pelas quais a identidade do julgador influencia sua decisão.

2.2.2 A influência da subjetividade em juízos decisórios

Fala-se que uma conclusão é precedida de dois contextos: o contexto de descoberta, que corresponde às razões que geraram o efetivo convencimento do julgador, e o de justificação, que o julgador utiliza para fundamentar sua decisão[79]. A separação em dois contextos torna explícita uma constatação relevante: a razão que leva um decisor a concluir de determinada forma não é necessariamente a mesma por ele enunciada em sua justificativa. O contexto de descoberta nem sempre coincide totalmente com o de justificação, possivelmente o faz em parte.

Antes de serem ministros do STF ou do TCU, juízes, desembargadores, administradores, advogados públicos, promotores ou defensores, qualquer decisor jurídico é uma pessoa, um ser humano e, nessa condição, é passível de ter preferências ideológicas, ter bons ou maus dias, de se guiar por uma agenda com característica X ou Y, querer a aprovação de um público diferenciado ou, ainda, estar enviesado por questões específicas muitas vezes por ele desconhecidas.

Todas essas circunstâncias, que estão sendo, nesta dissertação, resumidas enquanto "subjetividade", não aparentam influenciar a decisão jurídica quando se procede

[79] STRUCHINER, N. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In*: REIS, I. **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 46.

à leitura da sentença, do acórdão, do decreto e de qualquer que seja o documento que a materialize ou sua respectiva fundamentação. Em regra, preza-se pelo rigor metodológico no contexto de justificativa, ou seja, ao se motivar as razões pelas quais se tomou uma decisão. Argumentos são concatenados logicamente, precedentes vinculantes são observados, a redação da lei considerada (ou afastada, dependendo do caso), e assim constrói-se a decisão com ares de plena racionalidade, ainda que, na realidade, o objetivo não seja chegar à verdade por intermédio da fundamentação, mas sim convencer o leitor da correção de uma decisão já tomada[80].

Estudos mostram que a subjetividade influencia julgamentos em geral, não havendo qualquer razão que leve à conclusão de que decisões jurídicas sejam particularmente imunes a esse fenômeno[81]. Pessoas são suscetíveis a vieses como o de confirmação, que torna alguém mais propenso a manter seu próprio entendimento do que a modificá-lo[82], ou o retrospectivo, que tende a condicionar decisões tomadas sobre a previsibilidade de ocorrências pretéritas às informações obtidas apenas no tempo presente, gerando anacronismos[83].

[80] HAIDT, J. Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgement, and the Search for Evidence. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 4, 2013. p. 874-875.
[81] Nesse sentido: KANG, J. *et al*. Implicit Bias in the Courtroom. **UCLA Law Review**, v. 59, 2012. p. 1.148.
[82] Ao tratar do viés de confirmação, Kahneman enfatiza que "contrariamente às regras dos filósofos da ciência, que aconselham testar hipóteses tentando refutá-las, as pessoas (e os cientistas, muitas vezes) buscam dados que tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento". KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.
[83] Bruno de Oliveira o conceitua da seguinte forma: "O viés retrospectivo é um fenômeno psicológico que pode ser observado em frases do tipo 'eu sempre soube que isso iria ocorrer' ou 'era óbvio que terminaria assim'. Ele é considerado quando há uma diferença entre o julgamento de previsibilidade de um determinado evento e a recordação futura do momento em que foi feita a previsão. Esse viés é gerado pela falha cognitiva de se lembrar o sentimento de incerteza que antecede um determinado evento (Bhattacharya, 2012; Roese & Vohs, 2012), criando a ilusão do grau de previsibilidade daquele acontecimento". OLIVEIRA, B. S. F. "Era óbvio que isso iria acontecer": considerações sobre o viés retrospectivo. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 8, n. 2, 2017. p. 64. No mesmo sentido: KAHNEMAN, 2011.

Além disso, o humor do julgador, ao pronunciar sua decisão, pode influenciar suas conclusões. Emoções como nojo[84] ou medo[85] possuem efeitos documentados em julgamentos, inclusive jurídicos, sendo comum seu uso no tribunal do júri, por exemplo. O júri também exemplifica a importância da plateia no contexto jurídico: decisões são atos

[84] Nesse ponto, Patrick diz que "nojo, mais do que qualquer outra emoção, tem uma capacidade especial para facilitar uma confusão entre descritivo e normativo, pois não só nos adverte quanto a certos objetos e comportamentos, os quais detestamos como fruto de evolução, mas também os enfoca como alvo para condenação moral. Em diversas culturas no tempo, certos costumes, leis e normas sociais seguiram o padrão de fundamentação moral pelo argumento de que 'o que é nojento para mim é errado para você'. Tabus relacionados a comida, obscenidades e restrições discursivas, leis sobre zoneamento e vizinhança, regulação que limita as práticas sexuais e maritais das pessoas são frequentemente oriundos de profundos instintos de nojo e repulsa. E esses institutos, seja quando amplamente compartilhados, seja quando detidos pelos grupos no poder, muitas vezes foram suficientes para justificar e manter as leis que dependem deles". PATRICK, C. When Souls Shudder: A Brief History of Disgust and the Law. *In*: BANDES, S. A. *et al.* (ed). **Research Handbook on Law and Emotion**. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2021. p. 82. No original: "Disgust, more than any other emotion, has a special capability for facilitating a descriptive-to-normative swerve: for taking certain objects or behaviors that we evolved to detest and not only warning us to avoid them, but also spotlighting them as foci for moral condemnation. Across cultures and over historical time, certain laws, customs, and societal norms have followed a pattern of moral reasoning along the lines of: what is gross to me is wrong for you. Food taboos, obscenity and speech restrictions, nuisance and zoning laws, and regulations that limit the marital and sexual practices of others are frequently propelled by deep-seated instincts of disgust and revulsion. And these instincts, when either widely shared or held by groups in power, have often been sufficient to justify and maintain the laws that rely on them".

[85] Bargh traz o seguinte relato acerca da relação entre medo e posições políticas: "Em um estudo notável, pesquisadores da Universidade da Califórnia acompanharam durante vinte anos um grupo de crianças, desde que tinham quatro anos e estavam na pré-escola, para observar quais seriam suas posturas políticas quando se tornassem jovens adultos. Os pesquisadores mediram o nível de medo e de inibição das crianças naquela idade, e depois, duas décadas mais tarde, avaliaram suas posturas políticas. As que haviam demonstrado, aos quatro anos, ter mais medo e inibição de fato apresentaram maior probabilidade de adotar posturas conservadoras aos 23. [...] Realizamos dois experimentos nos quais nos valemos de um poderoso exercício de imaginação para induzir sentimentos de absoluta segurança física em nossos participantes. Nós os fizemos imaginar que haviam recebido superpoderes de um gênio numa lâmpada. Para um dos grupos, esses superpoderes os deixariam totalmente seguros e imunes a qualquer dano físico, não importava o que a pessoa fizesse ou o que lhe acontecesse; a ideia era imaginar ser o Super-Homem, com as balas ricocheteando no corpo. No grupo de controle, os participantes se imaginavam capazes de voar. Nossa previsão era de que ao se imaginar estando em absoluta segurança física, isso geraria um efeito satisfatório, ainda que temporário, diminuindo de modo inteiramente inconsciente as preocupações do indivíduo com essa questão, e, assim — se nossa teoria estivesse correta —, seria possível fazer os conservadores se tornarem liberais. Ao menos durante aquele período. [...] Entre aqueles que tinham se imaginado dotados do superpoder de voar, que era nosso grupo de controle, houve a usual e esperada grande diferença na avaliação das atitudes sociais: os liberais foram muito menos conservadores nessa avaliação e se imaginar sendo capaz de voar não mudou isso em nada. No entanto, no grupo do superpoder que os tornava 'imunes ao dano físico', a situação foi diferente. Não para os liberais, que não foram afetados ao se imaginar totalmente seguros; suas atitudes foram as mesmas que as daqueles do grupo 'ser capaz de voar'. Mas as atitudes sociais expressas pelos participantes conservadores se tornaram muito mais liberais. Fazê-los se sentir em absoluta segurança física de fato havia mudado significativamente as atitudes sociais dos participantes conservadores, que agora se mostravam bem mais parecidas com as dos liberais. As necessidades inconscientes de segurança física, oriundas de seu esquecido passado evolucionário, tinham de certa forma sido satisfeitas pelo gênio do exercício de imaginação, e isso, por sua vez, tinha reconfigurado suas aparentemente conscientes crenças a respeito de questões sociais". BARGH, J. **O cérebro intuitivo:** os processos inconscientes que nos levam a fazer o que fazemos. Rio de Janeiro: Schwarcz, 2017.

voltados a auditórios, que também podem ter relevância para a decisão final, inclusive se os decisores forem agentes políticos ou até juízes[86].

Um agente pode se abster de emitir determinada manifestação com receio da repercussão com seus pares, com o meio jurídico em geral ou até com a sociedade. Em sentido inverso, comportamentos podem ser incentivados na perspectiva de uma aceitação por parte de um dos potenciais receptores dessa mensagem: um parecer pode ser emitido para "agradar" a chefia, uma sentença pode ser prolatada pelo seu apelo social etc.[87]. Tudo isso sem a necessidade de uma intenção consciente nesse sentido.

Ademais, elementos como a agenda do decisor também podem influenciar sua forma de ver e interpretar o mundo e, com isso, sobre ele emitir entendimentos. Em razão do viés de disponibilidade[88], conceitos mais frequentemente manuseados ou vistos por um agente tendem a ser inconscientemente associados como tendo maior importância, de modo que, se ele estiver inserido em um ambiente com uma agenda específica constantemente reforçada, esta pode adquirir importância pela simples exposição.

Por fim, a visão de mundo dos decisores, inclusive sob o ponto de vista político, também exerce influência relevante. Esse ponto será aprofundado adiante, mas há estudos que correlacionam uma posição mais conservadora ou mais liberal com visões do direito (inclusive metodológicas) diametralmente opostas. Enfatiza-se o uso de métodos

---

[86] BAUM, L. **Judges and Their Audiences:** A Perspective on Judicial Behavior. Reino Unido: Princeton University Press, 2006. p. 30-33.

[87] Nesse ponto, cabe trazer a lição de Mello, que afirma que "as decisões judiciais constituem um veículo pelo qual os magistrados se comunicam com os referidos grupos e buscam validar junto a esse público, que lhe é tão caro, uma identidade que venha a ser por ele aprovada. Durante um julgamento e seus debates, os juízes têm diversas oportunidades de autoapresentação e suas atitudes, ainda que inconscientemente, carregam um significado simbólico. Elas constituem uma performance, que busca afirmar seu valor social, através da reafirmação de sua adesão a tais grupos e a seus valores e crenças. Nessa perspectiva, a vida e também os tribunais funcionam como o teatro. Cada agente seleciona um 'personagem' com o qual deseja ser identificado e realiza uma 'encenação' com esse propósito, buscando o reconhecimento da sua 'platéia'". MELLO, P. P. C. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 127.

[88] A ideia do viés ou heurística da disponibilidade é descrita por Kahneman da seguinte forma: "Definimos a heurística de disponibilidade como o processo de julgar a frequência segundo a 'facilidade com que as ocorrências vêm à mente'. [...] A heurística da disponibilidade, como outras heurísticas de julgamento, substitui uma questão por outra: você deseja estimar o tamanho de uma categoria ou a frequência de um evento, mas comunica uma impressão da facilidade com que as ocorrências vêm à mente". Mais adiante, o autor traz pesquisa quanto a uma expansão dessa ideia para outros julgamentos além do de frequência, do seguinte modo: "Sustein e um colaborador, o jurista Timur Kuran, inventaram um nome para o mecanismo por meio do qual os vieses fluem para as políticas públicas: a cascata de disponibilidade (*availability cascade*). Eles comentam que, no contexto social, 'todas as heurísticas são iguais, mas a disponibilidade é mais igual do que as outras'. O que eles têm em mente é um conceito expandido da heurística, em que a disponibilidade forneça uma outra heurística para os julgamentos que não a frequência. Em particular, a importância de uma ideia é muitas vezes julgada pela fluência (e carga emocional) com que essa ideia vem à mente". KAHNEMAN, 2011.

que promovam resultados que, no mérito, estejam mais de acordo com as posições políticas do decisor, não por razões estritamente políticas, mas porque tais preferências estão entremeadas com a compreensão de mundo do decisor, que influencia sua interpretação e impacta todo o resto[89].

Não se trata de uma observação fatalista, isto é, de que todas as decisões nada mais são do que fruto de subjetividade, servindo as justificativas apenas para ludibriar a todos. No entanto, há um potencial de influência que não deve ser desconsiderado se a intenção é ver o sistema como um todo do modo como ele realmente funciona[90].

Dito isso, é preciso considerar que, no âmbito jurídico, nos casos "não difíceis", a influência da subjetividade tende a ser mitigada, seja pela "cultura de segurança jurídica", seja pela busca de aprovação pelos pares[91]. Essa questão, ainda que já adiantada, será retomada adiante ao se abordar a subsunção.

Todavia, isso não ocorre com a elaboração normativa em abstrato. Alguns elementos dessa atividade a tornam particularmente vulnerável à subjetividade, a ponto de ser dificultosa ou até inviável a repetição de tal atividade: não seria razoável concluir que dois agentes com os mesmos elementos tenderiam a decidir do mesmo modo. A especial vulnerabilidade das decisões na elaboração normativa em abstrato em comparação com as decisões jurídicas em geral será objeto da próxima seção deste trabalho.

---

[89] FURGESON, J.; BABCOCK, L.; SHANE, P. Behind the Mask of Method: Political Orientation and Constitutional Interpretive Preferences. **Law and Human Behavior**, v. 32, n. 6, 2007. p. 509.

[90] Nojiri afirma, sobre a questão, que "se passarmos a compreender o papel das regras como uma ferramenta, ainda que essencial, mas de eficácia limitada, torna-se necessária a sua realocação do centro das atenções doutrinária [...] Célebres juristas constroem, de forma solene, pretensiosos 'sistemas' que não menos solenemente apresentam o direito como se fosse constituído exclusivamente de 'normas' ou de 'imperativos', e o estudo do direito como sendo essencialmente o estudo de regras e princípios. Todo esse cenário faz com que apenas juristas bem treinados movam-se confortavelmente e com segurança entre essas regras e seus significados doutrinários, e isso, de acordo com Llewellyn, afasta as outras disciplinas sociais dos estudos de direito". NOJIRI, S. **Emoção e intuição:** como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021. p. 173.

[91] Segundo Baum, "a pretensão de ser visto como um bom intérprete da lei dentro da comunidade jurídica é consistente com a maneira pela qual os juízes gostariam de se verem: como pessoas que 'estão fazendo bem o trabalho que lhes fora confiado'. Central para fazer bem esse trabalho é demonstrar a capacidade de colocar de lado as preferências pessoais a serviços do bom direito". BAUM, 2006, p. 107. No original: "The aspiration to be seen as a good interpreter of the law within the legal community is consistent with the way that most judges want to see themselves: as people who 'are doing their assigned job well' (Merrill 1997, 975). Central to doing that job well is demonstrating the capacity to set aside personal preferences in the service of good law".

2.2.3 A incidência acentuada da subjetividade na interpretação de valores abstratos e fluidos

A vulnerabilidade de decisões à subjetividade não é uma constante, muito menos algo cartesiano, mas um gradiente que depende da abertura das normas e dos incentivos dos julgadores. A decisão com base apenas em princípios, em razão do seu caráter mais aberto, é mais suscetível a outras motivações. Em muitos casos, inclusive, as convida e legitima.

Há diversos estudos empíricos que concluem haver influência significativa de ideologias e agendas em chamados "juízos morais". Julgadores politicamente mais conservadores ou progressistas tendem a levar essa mesma visão para as decisões jurídicas que se resumam a juízos morais. A mera presença de colegas de colegiado mais tendentes a uma ou outra visão é capaz de influenciar o voto de um julgador – um conservador com colegas de câmara progressistas tende a emitir votos mais progressistas do que outro conservador com um colega progressista e outro conservador[92]. Enfim, inúmeras outras variáveis podem influir em decisões que importem em juízos morais, a ponto de se colocar em dúvida sua "repetibilidade".

Vale registrar que, no sopesamento, os próprios incentivos são distintos. Em decisões a partir de regras, com aplicação previsível, espera-se consistência, coerência e previsibilidade. Tais valores não se submetem ao pleito por justiça, mas sim, para muitos, definem a decisão como jurídica[93]. No entanto, na decisão a partir de princípios, o incentivo das partes envolvidas é meritório, é chegar na melhor decisão, na justiça, no ato "ótimo", no melhor atendimento do interesse público[94]. São casos difíceis que, por definição, não contam com precedentes, parâmetros objetivos ou substrato de onde retirar qualquer previsibilidade.

---

[92] SUNSTEIN, C. R. *et al*. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution, 2006. p. 42-45.

[93] ÁVILA, H. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 124-125.

[94] Nos termos do art. 3º do Código de Ética da Magistratura Nacional, a atividade judicial objetiva "assegurar e promover a solidariedade e a justiça". A missão do STF é "garantir a supremacia da Constituição, com respeito à segurança jurídica, aos direitos fundamentais e à integridade do Estado Democrático de Direito", enquanto o art. 102 da Constituição atribui-lhe a "guarda da Constituição". Já quanto ao TCU, seu Planejamento Estratégico 2019-2025 traz como missão "aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo" e como valores organizacionais a "ética", a "justiça", a "efetividade", a "independência" e o "profissionalismo".

É comum que órgãos abarquem e promovam um leque de valores que lhes é caro. Não há erro algum em se constatar que o STF ou o TCU atribuam a si a promoção de direitos fundamentais específicos, do mesmo modo que órgãos do Executivo e mandatários possuem agendas, visões e plataformas. Dificilmente, pode-se cogitar qualquer organização totalmente neutra, muito menos seria isso necessariamente positivo[95]. Ademais, sendo órgãos colegiados formados por decisores humanos, é razoável esperar alguma conduta de seus membros em conformidade com um conjunto de valores (coincidentes ou não com os adotados pela instituição).

É esperado que um órgão (normatizador, controlador ou de qualquer outra natureza) que tenha como missão a promoção de um determinado valor o privilegie ao julgar uma causa permeável a tais juízos, como já visto. Diante de um caso difícil, um juiz é levado a julgar de modo a representar a "justiça", ou melhor, "sua" justiça. De modo similar, o TCU julgaria um caso com o intuito de "aprimorar a Administração", considerando o que tal órgão (ou cada um de seus componentes, ou, ainda, seu corpo técnico) entende por "melhoria".

Em tais casos, não só a decisão, por sua natureza, seria permeável a juízos morais. O decisor, desde já, anuncia que decidirá a partir de determinados valores que considera mais relevantes, estabelecendo em seu planejamento estratégico a intenção de ser visto de um modo específico, como promotor de uma agenda singular que ele definiu para si, que não se limita a qualquer operação estritamente exegética de aplicação da lei ao caso concreto. Sem as "amarras" do entendimento unificado, da subsunção ou da "facilidade" do caso, as intenções anunciadas pelo órgão decisor vão à tona.

Reitere-se: não se está a condenar a explicitação dos valores institucionais dos órgãos de controle. O que se pretende enfatizar é, justamente, a existência de tais valores – que tanto as decisões de normatização quanto as de controle são fundamentadas em uma agenda, espelham as preferências de quem as emitiu, que escolheu ser esse o melhor modo de ação. Nas situações em que a solução envolve um sopesamento de princípios, o clamor por segurança jurídica se atenua, dando espaço à promoção da visão de interesse público da instância decisória, qualquer que seja sua natureza. Nesse contexto, há pouca distinção entre o órgão normatizador e o órgão controlador.

[95] Sobre as vantagens de a organização ter uma visão ou missão: WILSON, J. Q. **Bureaucracy:** What Government Agencies Do and Why They Do It. Nova Iorque: Basic Books, 1989. p. 109-110.

Assim, se antes o decisor e sua audiência poderiam ser atendidos pela decisão simplesmente coerente, na decisão por sopesamento, há espaço pleno para se buscar a decisão justa, que adentra ao mérito, que seja a "melhor"[96], o que não atenua a subjetividade, mas a potencializa.

Por se tratar de uma decisão em abstrato, ambos os decisores trabalharão com o mesmo contexto. No entanto, em razão do caráter moral do julgamento, dos limites fluidos, ou até inexistentes, que incidem sobre a valoração de princípios a ser feita, e o incentivo para que o julgador busque não a decisão que seja mais segura, mas a que chegue melhor na justiça, no "ato ótimo", não há como razoavelmente esperar que as duas decisões sejam sempre, ou quase sempre, no mesmo sentido. Em essência, há uma autêntica "escolha" entre indiferentes jurídicos, uma "decisão difícil", como se passa a tratar.

2.2.4 "Decisões difíceis" na edição de decretos regulamentares: o poder normativo como uma escolha entre indiferentes jurídicos

A produção normativa, fundamentada no art. 84, IV, da Constituição, constitui-se, em regra, algo análogo ao chamado "caso difícil"[97], ou seja, uma decisão que não encontra resposta clara no ordenamento. O órgão normatizador terá de, efetivamente, escolher entre inúmeras e potencialmente infinitas possibilidades de atuação[98], fundamentando sua opção a partir de sopesamento de princípios próprio, respeitados os limites trazidos

[96] O risco de "voluntarismos" é, inclusive, pontuado por Barroso, um dos principais defensores da ponderação como método decisório, e Barcellos. Segundo os autores, "é bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos aos fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto". BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n. 19, maio-junho de 2003. p. 156.

[97] Parte-se da definição de Hart, obtida pela contraposição feita em relação aos casos "simples" ou "claros". Segundo o autor, "é certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis [...], mas haverá também casos aos quais não está claro se elas se aplicam ou não [...]. Estas últimas são situações de fato, continuamente criadas pela natureza ou pela inventividade humana, que possuem apenas alguns dos traços presentes nos casos simples, enquanto outros estão ausentes. Os cânones de 'interpretação' não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las; pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação". HART, 2009, p. 164.

[98] Retome-se, neste ponto, a ideia de "juízo de oportunidade", de Grau. Ainda que se parta da premissa de que seria possível reduzir a discricionariedade a partir das peculiaridades do caso concreto, quando se elabora uma norma, não há caso concreto – a análise é em abstrato, ainda que se considerem efeitos concretos futuros. Nesse sentido, dificilmente se poderia arguir ser possível estabelecer, *a priori*, uma preferência de uma rota sobre outra – haveria mais de uma opção defensável (caso contrário, não haveria porque regulamento). Essa questão será reiterada neste trabalho.

pela norma superior. Sem um caso concreto sobre o qual aplicar a norma[99], havendo lacuna, o decisor a preencherá com a opção que, em abstrato, julgar mais oportuna, a partir dos seus parâmetros de escolha (no caso, os direitos fundamentais envolvidos – como se verá adiante).

A distinção entre a elaboração normativa infralegal e a decisão do órgão de controle na análise de casos concretos é que esta é incidentalmente "difícil", enquanto aquela o é por essência. Como visto, o poder regulamentar só existe quando há lacuna, quando os termos da lei são insuficientes para se atingir, em abstrato, o entendimento a ser seguido. Essa é a própria definição adotada do que seria "caso difícil": a incapacidade de se atingir a decisão por meio das regras de hermenêutica usualmente utilizadas. Nesse tipo de situação, uma decisão terá de ser "criada", com todas as intempéries citadas anteriormente. E, havendo uma criação, não há mais a predominância de um dever de consistência[100], mas sim de justiça[101].

Por exemplo, o art. 2º, § 1º, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002[102], que trata da licitação na modalidade pregão, estabelece a possibilidade de sua realização na forma eletrônica conforme regulamentação. Esta deverá estabelecer, por exemplo, o procedimento para apresentação de lances, já que a lei se limita a dizer que haverá lances "verbais e sucessivos", que seriam inviáveis em um ambiente virtual nos idos de 2002.

Nesse contexto, existem infinitas possibilidades de regulamentação, já que o único requisito é que haja, em um primeiro momento, a apresentação de uma proposta em oito dias úteis e, depois, "lances sucessivos". Poder-se-ia cogitar, em tese, uma sessão aberta com lances em tempo real, sem qualquer limitação. Limites temporais podem ser incluídos, e fases de lances fechados e abertos podem ser encadeadas, com um fim fixo ou aleatoriamente determinado[103]. Há um universo de possibilidades dentro da

[99] Ressalvados, para todos os efeitos, os regulamentos de efeitos concretos, os quais não são objeto desta dissertação.
[100] Pela ausência de um referencial sólido com o que ser consistente.
[101] O que seria a consistência em abstrato com um ideal de um valor ou outro, o qual não necessariamente será compartilhado por todos. A segurança desse compartilhamento de ideais exigiria pesquisas empíricas nesse sentido que inexistem.
[102] "Art. 2º (VETADO) § 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica." BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].
[103] Por exemplo, no caso do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, adotou-se um fechamento de lances aleatoriamente determinado em um período de até 30 minutos, conforme art. 24, § 7º. Essa estratégica foi

determinação legal, sem que qualquer uma delas sobressaia sob o ponto de vista estritamente jurídico.

Indo um passo adiante, algumas opções podem até ser eliminadas após algum tempo de aplicação concreta. Percebeu-se, por exemplo, que haveria um uso maciço de robôs para realização dos lances, o que inviabilizaria a prática de uma sessão aberta com lances sem limitações por tornar o processo absolutamente caótico e inóspito para quem não puder custear essa tecnologia. A mesma razão retiraria a vantagem do uso da finalização aleatória da sessão, já que o uso de robôs aumenta as chances de que o lance provisoriamente vencedor seja de uma empresa que utiliza tais mecanismos[104]. Em suma: circunstâncias em concreto podem limitar a discricionariedade do decisor na regulamentação de tal disposição.

Dito isso, ainda remanesce uma infinidade virtual de opções. Para tanto, basta observar o teor do Decreto nº 10.024, de 2019. Mesmo após inúmeros estudos quanto à ineficiência do encerramento aleatório da fase de lances, bem como a inserção de diferentes limitações em tal etapa em razão dos robôs, tal norma trouxe duas possibilidades de "modo de disputa": o aberto, em que há apenas lances abertos em uma sessão que se estende enquanto novos lances são apresentados; e o aberto e fechado, em que há um período de lances abertos seguido de um lance final fechado.

A mera combinação de tempos possíveis para as fases, de modos abertos e fechados, e de limites à apresentação de lances, já geraria um número bastante

modificada no Decreto nº 10.024, de 2019, que usou o fim aleatório apenas parcialmente no modo de disputa aberto e fechado.

[104] Cite-se, nesse ponto, a Nota Técnica para Atos Normativos nº 461/2018-MP, elaborada pela Secretaria de Gestão do então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (e obtida pela Lei de Acesso à Informação), a qual, após trazer dados a esse respeito, conclui que: "35. Tais resultados corroboram o entendimento de que o uso de robôs, nos moldes atuais, não é efetivo para a redução dos preços. Torna-se ainda mais evidente que o problema não está no uso em si dessas ferramentas automatizadas, mas sim no modelo de disputa na fase de lances do Comprasnet. O encerramento aleatório incentiva o uso desses dispositivos e confere vantagens a quem os utiliza. 36. Nessa esteira, pretende-se com a nova metodologia que será apresentada nesta Nota Técnica uma potencial economia no modelo a ser adotado pelo governo federal, importando destacar que o Banco Mundial já constatou que eventuais mudanças nas regras da fase de lances podem gerar uma economia em torno de 0,6% a 7,1% sobre o volume total de compras por pregão eletrônico. 37. Dentre as alternativas colhidas de outros órgãos entidades, destaca-se o modelo de prorrogação de lances utilizado pela Bolsa Eletrônica de Compras de São Paulo – BEC/SP. Tal modelo consiste na prorrogação automática do prazo a cada novo lance realizado. Essa prorrogação ocorre de maneira sucessiva até que não mais sejam registrados lances. Com isso, o uso de robôs perde a importância na definição dos resultados da licitação tendo em vista que a ampliação do prazo entre os lances passa a durar alguns minutos ao invés de segundos. No caso da BEC, o prazo de prorrogação é de três minutos". BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Nota Técnica para Atos Normativos nº 461/2018-MP**. Alteração do Decreto nº 5.450, de 21 de maio de 2005. Brasília, DF: Secretaria de Gestão, 2018.

significativo de soluções, igualmente razoáveis em abstrato sob o ponto de vista jurídico. Esse universo aumenta ainda mais se acrescidas as possibilidades dos modos de disputa fechado e fechado e aberto trazidas pelo art. 56 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021[105].

Eros Grau[106] qualifica situações como essa na categoria "juízos de oportunidade", em que se decide entre possibilidades juridicamente indiferentes. Esse conceito já foi abordado, mas merece ser aprofundado. Quando da elaboração normativa, em abstrato, potencialmente algumas opções podem ser descartadas como objetivamente inadequadas (seja por ilegalidade, seja por ineficiência ou violação "absoluta" de algum dever incumbido à Administração). No entanto, desse exercício, mais de uma opção pode remanescer ao órgão normatizador, que escolherá à luz do interesse público.

Retomando o exemplo dos modos de disputa do pregão, talvez o gestor preze por oferecer mais opções à "ponta" e trazer mais de uma possibilidade ao órgão licitante, implementando-as no sistema. Por outro lado, talvez considere essa escolha onerosa demais, pois envolveria modificações consideráveis no sistema respectivo, e prefira um modo de disputa mais simples que ainda assim seja capaz de prover um resultado satisfatório com um nível razoável de confiabilidade. Sob o ponto de vista da publicidade, é possível que opte por criar um modelo de sessão pública em que qualquer interessado possa acompanhar (apenas visualizar) ou até interagir – cada opção tem seus méritos (mais publicidade, menor custo) e deméritos (menor publicidade, maior custo).

Note-se que os elementos invocados para a decisão do administrador podem ser relacionados a princípios jurídicos (nesse exemplo, eficiência e publicidade), de modo que dizer que são "indiferentes jurídicos" demanda esclarecimento adicional. A indiferença nesse ponto não se dá por não serem jurídicos, mas sim porque, no momento da elaboração do ato, o ordenamento não privilegia um ou outro caminho – por definição, os princípios são sopesados no caso concreto, na medida em que há algo em concreto na análise. Em abstrato, não haveria qualquer precedência entre eles[107].

---

[105] "Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:
I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;
II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação." BRASIL, 2021a, *on-line*.

[106] GRAU, 2013, p. 90.

[107] SILVA, V. A . **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 50-51.

O órgão normatizador faz um juízo preditivo das consequências de cada opção que visualiza e avalia qual seria a mais adequada. Não é um juízo preciso ou confiável, mas sim "ruidoso"[108]. Pode-se cogitar vício no ato se houver um erro já na premissa adotada pelo órgão normatizador (por exemplo: "se eu vedar o acesso aos dados das sessões, terei menos impugnações" – a previsão parte de um pressuposto que viola a publicidade e busca um fim ilícito), mas não se trataria de um "indiferente jurídico" de hierarquia inferior. Nesse sentido, seria um vício no elemento "finalidade" do ato, presente na sua motivação ou não.

Fora tais possibilidades, sob o ponto de vista do órgão normatizador, pela sua avaliação predominantemente em abstrato, as soluções são juridicamente "indiferentes" não porque não sejam do interesse do direito, mas porque todas são igualmente valorizadas por ele, na medida em que sejam razoáveis e embasadas em princípios que não tenham uma hierarquia *a priori*.

De tudo o que foi exposto nesta seção, a conclusão é que a autoridade normatizadora faz uma escolha. Escolhe porque há inúmeras opções equivalentes e porque é da essência de tais decisões algum grau de subjetividade, em especial quando não há uma solução minimamente clara dada pelo ordenamento, devendo a opção ser feita a partir de parâmetros fluidos, como é o caso da elaboração normativa, conforme demonstrado. Afinal, reitere-se: se a lei já trouxesse diretamente a solução adequada, não haveria necessidade da edição, como regra, de regulamentos ou da própria competência de assim fazê-lo. Cabe, então, tratar do parâmetro da escolha – o melhor atendimento do interesse público –, na seção seguinte.

2.3 O PARÂMETRO DA ESCOLHA: A PREFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PELO MELHOR ATENDIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO

O último elemento do título deste capítulo diz respeito ao parâmetro de escolha da autoridade pública, mais especificamente o presidente da República, ao elaborar decreto

[108] Sobre juízo preditivo e os ruídos decorrentes, Kahneman, Sibony e Sunstein afirmam que "a ilusão de validade é encontrada onde quer que julgamentos preditivos sejam feitos, devido a uma falha comum em distinguir entre dois estágios na tarefa de previsão: avaliar os casos na evidência disponível e prever os reais resultados. Podemos frequentemente ficar muito confiantes em nossa avaliação sobre qual de dois candidatos *parece* ser o melhor, mas adivinhar qual deles será *de fato* o melhor são outros quinhentos. É seguro cravar, por exemplo, que Nathalie parece uma candidata mais forte que Monica, mas longe disso afirmar que Nathalie será uma executiva mais bem-sucedida do que Monica. A razão é simples: você sabe a maior parte do que precisa saber para avaliar os dois casos, mas perscrutar o futuro é profundamente incerto". KAHNEMAN; SIBONY; SUNSTEIN, 2021.

regulamentar que envolva juízos subjetivos. Como não poderia ser diferente, em se tratando de uma decisão, deve haver um objetivo a servir como referencial de escolha. Neste caso, é a melhor forma de atendimento do interesse público.

Todavia, invocar o interesse público não transmite muita confiança. Tal expressão é comumente usada para legitimar tanto as melhores políticas quanto as mais vis demonstrações de patrimonialismo. É uma ideia tão cheia de importância quanto vazia de substância, o que propicia uma invocação irregular e, muitas, vezes oportunista[109].

Desse modo, seja para melhor delimitar o fundamento teórico desta dissertação, seja para legitimá-lo enquanto um uso metodologicamente adequado de tal expressão, cabe tratar do que se entende por "interesse público" e como ele acaba por potencializar a regulamentação enquanto um ato de escolha a partir de princípios, um sopesamento.

Inicialmente, abordar-se-á o caráter procedimental do interesse público, ou seja, como a compreensão dos seus termos remete não a um conceito estanque, mas à atuação em busca da própria finalidade do Estado. Nessa oportunidade, será abordada a aparente antinomia entre interesse público e interesse privado, sob a perspectiva da atuação estatal por intermédio de seus órgãos e autoridades. Após, discorrer-se-á sobre a finalidade do Estado Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988 de concretização de direitos fundamentais e como ele acaba por resgatar, no exercício da função pública, o dever de buscar o melhor modo de atendimento de tais direitos mediante sopesamento.

2.3.1 Interesse público como um conceito procedimental: legitimação pela busca da finalidade estatal

O Estado é uma pessoa jurídica, sua personalidade decorre de uma ficção, de modo que incapaz de ter "vontade" própria. O que se chama de "interesse" associado ao seu funcionamento pode ter duas origens: ou é o interesse público genuíno, estabelecido em norma pelas autoridades competentes como objetivo do poder público, razão de sua existência e finalidade para todas suas ações; ou é o "interesse não público", que pode

[109] HARBERLIN, M. **Uma teoria do interesse público:** fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2017. p. 49.

ser das autoridades públicas, de particular ou do Estado como um fim em si mesmo[110], distinto do interesse dito "primário"[111].

Iniciando com o "interesse público", muitos tentaram fornecer um conceito suficiente em si, mas sem êxito. Sabe-se que o Estado deve se pautar a partir do que seria interesse público, o bem comum da e para a sociedade que governa[112]. Mas o que seria o bem comum ou o conteúdo buscado pelo interesse público?

O Estado Democrático representa, ao mesmo tempo, um amálgama de interesses particulares e o provedor e defensor de interesses da sociedade. São duas facetas: uma individualista e outra coletiva, que, muitas vezes, colidem entre si, gerando perspectivas mais "liberais" ou "sociais". Uma visão mais social esperará do Estado providências distintas de uma visão mais liberal.

Além disso, o próprio conteúdo dos interesses tutelados difere conforme as pessoas e a sociedade. Países com minorias étnicas terão o interesse específico de preservação cultural ausente nos locais de população mais homogeneizada. Governos teístas irão diferir de laicos, e estes, de ateístas. Os Estados Unidos, na época da escravatura, tinham nesta um interesse de alta relevância que hoje seria visto como abominável.

Diversos outros exemplos podem ser citados, mas o que se pretende demonstrar é que o "interesse público" não pode ser definido, simplesmente porque carece de definição ou até de conteúdo próprio. Trata-se de um termo referencial, que faz referência a outro conceito para que seu sentido possa ser apercebido. É de interesse público a atuação do Estado que vise ao atingimento de seu propósito, sua razão de existência. Esse propósito difere conforme o momento histórico e a sociedade, variando a partir do conteúdo dos interesses tutelados e da visão de mundo adotada.

O propósito em si do Estado será ponto retomado na seção adiante. O que importa ressaltar é que, para os fins deste trabalho, a atuação em conformidade com o interesse público não significa a admissão de uma lista de condutas e a inadmissão de outras, mas uma atuação procedimentalmente adequada.

---

[110] BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 72-73.
[111] Reitera-se que se discorda veementemente da juridicidade da expressão "interesse público secundário", pois induz a erros crassos, como se verá neste trabalho.
[112] BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 59.

O Estado só pode agir para atingimento do interesse público, é ele a "finalidade" de qualquer ato. Em toda atuação administrativa, deve estar clara a presença do interesse público, ainda que, para tanto, seja necessário utilizar motivação expressa e exauriente. O Estado só se legitima objetivamente se buscar seus objetivos constitucionais, e só se legitima com seu povo se justificar seus atos com base nesses mesmos objetivos constitucionais. Nenhum outro argumento serve como força motriz para o Estado, nenhuma outra razão o legitima. O Estado, como construção, só serve à finalidade a que foi criada, cujo processo de atingimento denomina-se "interesse público"[113].

Por fim, cabe retornar ao início desta seção com o termo "interesse não público" para que se esclareça o que não se categoriza como interesse público enquanto força motriz da atuação estatal.

Sabe-se do debate sobre a supremacia do interesse público[114] entre a ala clássica e a ala individualista[115]. Todavia, entende-se que não há nem oposição entre "interesse público" e "interesse privado"[116] nem espaço para a figura do "interesse público secundário", esta última seja pela confusão que gera, seja pela ilusão de que a realização imediata do interesse público sempre seria superior à realização mediata (pela prévia coleta de recursos ou preparação de outra forma)[117].

O interesse público e o interesse privado possuem um com o outro uma relação similar ao que Edgar Morin denomina "princípio hologramático", no qual a parte contém o todo que contém a parte[118]. O interesse público é parcialmente[119] fruto de uma combinação de interesses privados, inclusive na medida em que o ordenamento jurídico e a liderança e estrutura do Executivo são frutos da maior representação do interesse privado: o voto. Por sua vez, o interesse privado ganha uma dimensão pública na medida em que abarcado em direitos fundamentais, como a livre iniciativa, a autonomia da

[113] O chamado "interesse público" existe para além dos limites do próprio Estado. A análise desse instituto sob a perspectiva estritamente estatal se dá apenas em razão do objeto da presente pesquisa, de modo a não desviar demais da problemática trazida. Todavia, compreende-se que esse instituto pode ser utilizado juridicamente na esfera estritamente privada, sem necessidade de mencionar o Estado.
[114] Sobre o histórico desse debate: BARBOSA, J. C. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022. p. 48-68.
[115] Terminologia extraída de: BARBOSA, 2022.
[116] HARBERLIN, 2017, p. 179.
[117] Nesse ponto, anui-se às inteiras com os alertas contidos em: HARBELIN, 2017, p. 162-163.
[118] MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 74-75.
[119] Parcialmente na medida em que há interesses sociais e difusos que também merecem promoção e proteção, muitas vezes contra interesses particulares.

vontade, a saúde, a segurança e tantos outros. Permanecem sendo interesses privados, pois detidos por pessoas individualizadas, mas também são interesses públicos, já que condizem com a finalidade estatal em maior ou menor grau (ao menos nesse exemplo), além de serem por eles influenciados, como ocorre ao se verificar o papel da educação.

Registre-se que é comum que se cite o interesse privado como um contraponto ao interesse público[120]. Pode ser uma forma generalizante de tratar a questão: a maior parte das pessoas visa a objetivos de vida lícitos e razoáveis, de modo que seus interesses privados iriam ao encontro do interesse público, e não de encontro a ele. Isso só faria sentido se o conceito de "interesse privado" representasse aquele de particular que não esteja abarcado no interesse público, mas tratar-se-ia de uma falácia lógica, pois a própria formação da definição criaria artificialmente a contraposição. O mesmo procedimento poderia ser aplicado com qualquer outro par de conceitos para gerar essa contradição: se removermos todas as bicicletas azuis do conceito de "bicicleta", esta e "azul" seriam categorias tão contrapostas quanto "interesse público" e "interesse privado".

Vale destacar que, se fosse para entreter uma categoria de interesses não abarcados pelo direito como "interesses privados" contraposta ao interesse público, a ponto de fundamentar uma tal supremacia, os exemplos clássicos teriam de ser revistos. Nos casos usualmente citados de desapropriação e requisição, o direito de propriedade do particular, em si, é certamente resguardado pelo direito, de modo que, por essa contraposição artificial, não seriam "interesses privados", ainda que atenuados mediante sopesamento feito pelo Constituinte. Haveria interesse privado se, nesse caso hipotético, a propriedade requisitada ou desapropriada fosse incendiada após o ato de "supremacia" respectivo para intencionalmente gerar prejuízos (potencialmente até um crime, dependendo das circunstâncias) – mas isso nunca está nos exemplos.

Prosseguindo com a análise, cabe tratar do chamado "interesse público secundário", usualmente definido como o interesse estritamente financeiro do Estado ou algum interesse deste como um fim em si mesmo. Sob uma perspectiva material, trata-se de um "interesse", mas não se pode caracterizá-lo como um "interesse público", mesmo secundário. Tendo em vista que o interesse público consiste no atingimento da finalidade estatal, a atuação vendo o Estado como um fim em si mesmo, conceitualmente, não pode

[120] Vide como exemplo: HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 292-293.

ser caracterizada como interesse público. Talvez seja um "interesse estatal não público", mas não um "interesse estatal público" enquanto legitimador da atuação estatal.

Sob o mesmo aspecto, o interesse quanto ao erário pode ser visto por meio de duas perspectivas. De um lado, considerando que toda política pública demanda recursos para sua execução, o recebimento de receitas pelo Estado consiste no atingimento mediato de sua finalidade, pois sem esses recursos não há como ele agir[121]. Se temos o atingimento da finalidade estatal, há interesse público. Não há qualquer razão para que o atingimento "mediato" tenha menor importância *a priori* que o atingimento "imediato", em especial considerando que, virtualmente, todas as políticas dependem de dinheiro, o que o torna altamente versátil. Do outro, uma atuação excessivamente "fiscalista" como um fim em si mesmo pode configurar, igualmente, um "interesse estatal não público". Nesse caso, não necessariamente por ser fiscalista ou por dizer respeito especificamente ao dinheiro, mas sim por se tratar de ver o Estado como um fim em si mesmo.

Desse modo, há interesses estatais públicos, interesses estatais não públicos, interesses privados públicos e interesses privados não públicos, entendendo-se "público" como "condizente com a finalidade estatal". Tais categorias não são condizentes com uma contradição entre "interesse público" e "interesse privado". Pode-se afirmar que há uma contraposição entre "interesses estatais" e "interesses privados", mas ambos podem ser públicos.

Ao fim e ao cabo, o Estado sempre fará apenas o que for interesse público. Não há supremacia: para o Estado, o interesse "não público" não existe, é desconsiderado, a decisão tomará em conta, unicamente, o que se configura como "público", seja ele estatal ou privado. Por outro lado, o interesse privado condizente com a finalidade estatal comporá a equação do "melhor atendimento do interesse público" e deverá ser considerado na decisão sem qualquer primazia *a priori* – a decisão, como se verá, é tomada por sopesamento, ganhando importância a pessoa do decisor[122].

---

[121] BARBOSA, 2022, p. 65.

[122] Sobre a importância da escolha do decisor na determinação da política pública, Komesar diz que "a escolha de objetivos e a escolha institucional são ambas essenciais para o direito e a política pública. Eles são intrinsecamente ligados. De um lado, performance institucional e, portanto, a escolha institucional não pode ser avaliada, salvo se em comparação com um referencial de meta social ou um conjunto de objetivos. Por outro lado, como, em abstrato, qualquer objetivo pode ser consistente com uma variedade ampla de políticas públicas, a escolha de quem decide determina como a meta definirá a política pública. É a escolha institucional que conecta objetivos com os resultados tanto legais quanto relacionados às políticas públicas respectivas". KOMESAR, N. K. **Imperfect Alternatives:** Choosing Institutions in Law, Economics and Public

Este, portanto, é o interesse público (no singular) que se tem por parâmetro de escolha da autoridade normativa (no caso, o presidente da República): a busca pelo melhor atingimento do propósito do Estado por ele "presentado", tutelando interesses públicos (no plural), independentemente de origem privada, social ou estatal. Dito isso, para que se evite o risco de uma tautologia, consistente na afirmação de que o interesse público é o cumprimento do propósito do Estado, o qual seria o atingimento do bem comum (considerado um conceito análogo a interesse público), é necessário compreender a finalidade do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988. É sobre esse ponto que se tratará a seguir.

2.3.2 A finalidade de concretização de direitos fundamentais: o retorno ao sopesamento

Como já indicado, dizer que a finalidade estatal é essa ou aquela não se mostra viável sem que se faça antes um corte geográfico e temporal. De qual tipo de Estado se está a tratar? Qual a cultura do povo respectivo? O que dispõe sua Constituição, caso tenha uma?

No caso brasileiro, foco desta dissertação, está-se a tratar de um Estado Democrático de Direito, cuja Constituição dá especial ênfase a toda uma sorte de direitos fundamentais (individuais, coletivos e difusos; de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta gerações etc.) e é tão plural quanto os envolvidos em sua elaboração.

O próprio povo tende a ser receptivo à concessão de direitos "pelo Estado", a ver esses direitos mais como uma dádiva do Executivo do que uma conquista da população, de modo que, para o bem ou para o mal, a visão que se tem do Estado vai muito além daquele meramente protetor, o Estado *gendarme*[123]. Não que isso signifique que a Constituição seja de ideologia progressista ou liberal etc.: sua elaboração foi fragmentária

Policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. p. 5. No original: "Goal choice and institucional choice are both essential for law and public policy. They are inextricably related. On the one hand, institutional performance and, therefor, institutional choice can not be assessed except against the bench mark of some social goal or set of goals. On the other, because in the abstract any goal com be consistente with a wide range of public policies, the decision as to who decides determines how a goal shapes public policy. It is institutional choice that connects goals with their legal or public policy results".

[123] CARVALHO, J. M . **Cidadania no Brasil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 221.

a ponto que dificilmente possa dela extrair uma única linha ideológica desse tipo[124]. No entanto, ainda assim, é um texto pródigo na concessão de direitos de seu povo[125].

Isso nos leva ao ponto desta seção. Entende-se que a função[126], o propósito do poder público, é a concretização de direitos fundamentais abarcados na Constituição, que lhe forma e confere legitimidade[127]. Se a Carta Magna estabelece como objetivo da "República Federativa do Brasil", por exemplo, a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária" ou a promoção do "bem de todos", conforme art. 3º, tal previsão seria vazia de normatividade se não implicar reconhecimento da necessidade de os órgãos que compõem a República atuar sempre nessa direção.

O Estado, considerando as três funções que o compõem e, no caso brasileiro, sua divisão em entes federados, tem o dever de se conduzir não só de forma passiva para não violar os direitos dos particulares, mas de forma proativa para defendê-los, assegurá-los e promovê-los, ao legislar, julgar e administrar, de modo que sempre será necessária dele uma ação de proteção[128]. É insuficiente a enunciação de um direito fundamental na esfera estritamente abstrata, se a partir dele não se puder demandar um dever de atuação específica.

Sob esse viés, a atuação administrativa deve ser efetiva na concretização de tais direitos, e não há como se ter uma concepção de "interesse público" que não seja diretamente vinculada à Carta Magna e aos interesses alçados à condição de fundamentais pelo ordenamento jurídico. Em última instância, ou sua atuação visa à concretização de direitos fundamentais mediata ou imediatamente, podendo variar a forma como isso ocorre, ou não há legitimidade em suas ações.

Nesse contexto, insere-se a regra da juridicidade como fundamento da atuação estatal. A administração pública só poderá fazer aquilo que o ordenamento jurídico permite. Isso não significa que a lei trará, de forma restritiva, as ações que podem ser

---

[124] SOUZA NETO, C. P .; SARMENTO, D. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 160- 171.
[125] *Ibid.*, p. 172-173.
[126] Segundo Justen Filho, "na acepção finalística, a função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa o seu interesse próprio e individual. Como contrapartida da atribuição desse encargo, o sujeito recebe um poder jurídico, cujo conteúdo e delimitação dependem das circunstâncias e da adequação à realização do fim imposto pelo direito". JUSTEN FILHO, 2010, p. 92.
[127] DEZAN, S. L.; HERKENHOFF, H. G.; GUIMARÃES, J. F. **A administração pública concretista de direitos fundamentais:** um olhar para além do positivismo jurídico. Belo Horizonte: Arraes, 2019. p. 46-54.
[128] MAURER, H. **Direito do Estado:** fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais. Tradução de Luis Afonso Heck. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018. p. 332.

feitas, mas sim que o fundamento de atuação, sua finalidade, deverá ser, necessariamente, extraída da norma, e não de uma mera "vontade" etérea e abstrata, não vinculada a um dever jurídico de atuação, a um interesse público dito "primário".

A necessária vinculação entre a atuação administrativa e o chamado "interesse público" (especificamente o dever de concretização de direitos fundamentais) é a linha que conecta a atuação pessoal do agente público e a função relacionada ao cargo público. O decreto regulamentar terá sua edição associada a princípios, e o processo decisório que o gera será inevitavelmente subjetivo, como já visto.

Para se chegar a uma decisão de regulamentação, a autoridade normativa deverá considerar os interesses públicos (no plural) envolvidos e deles extrair o interesse público cabível ao caso (no singular). Sendo a ideia de "interesse público" vinculada à máxima efetividade do conjunto constitucional de direitos fundamentais, essa transformação, pelo gestor, dos interesses plurais em um interesse singular só poderá ocorrer mediante sopesamento.

A autoridade pondera os interesses envolvidos, considerando o dever de maximização de direitos fundamentais na medida do que viável, e busca o que, no linguajar administrativo, seria o "ato ótimo". Tal ato é subjetivo, no sentido de ser intrinsecamente ligado à pessoa do decisor, pois essa ponderação será condicionada por sua apreciação, o modo como o contexto a ele se desvela, gerando uma conclusão que lhe será própria, legitimada por sua competência de agir. Ao final, gera-se regra a ser aplicada por subsunção, ao menos partindo de uma análise em abstrato[129].

Assim, tem-se que a edição de um decreto regulamentador possui três características centrais necessárias à sua compreensão: a inovação no ordenamento, por interpretação pura, integração ou autorregulação, a partir de um sopesamento original de valores que passa a estar positivado; o caráter subjetivo da decisão (escolha), o que faz sobressair a importância do agente decisor; e o referencial de escolha do interesse público

[129] "Esse é um ponto que é muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentos, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção." SILVA, 2010, p. 52. O mesmo autor passa a tratar do que ele chama de "casos problemáticos" que excepcionariam a premissa anterior. Todavia, considerando que o presente trabalho se centra na análise em abstrato, ou seja, sem o contexto de um "caso problemático", entende-se que tais exceções não se aplicariam para os fins desta dissertação, ao menos não em regra.

enquanto dever de concretização de direitos fundamentais, dando caráter jurídico a tal escolha, ainda que remanesça fruto de um processo de algum modo subjetivo.

A partir dessa análise, passa-se a tratar da questão sob o ponto de vista do controle externo, de sua atuação a partir de regras e princípios e da repetibilidade de seus atos.

3. OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE NORMATIVA EM ABSTRATO A PARTIR DO USO DA SUBSUNÇÃO E DA PONDERAÇÃO

No primeiro capítulo desta dissertação, o enfoque foi a elaboração do decreto regulamentar sob a perspectiva do órgão administrador normatizador. Já neste capítulo, buscar-se-á retomar a elaboração normativa sob um segundo enfoque: o do órgão controlador externo. Para tanto, serão utilizados os dois métodos decisórios mais usuais: a subsunção e a ponderação. Optou-se por calcar a análise na subsunção e na ponderação, pois, rediscutindo-se o processo decisório a partir da subjetividade, afigura-se relevante centrar a análise em estruturas lógicas mais comumente utilizadas, ou ao menos ensinadas, para aplicação de atos normativos.

Iniciar-se-á com a aferição do controle externo por subsunção, seja a partir de regras, seja excepcionalmente relacionado a princípios. Após, o enfoque será no controle externo por ponderação ou sopesamento e no modo como ele estimula decisões subjetivas e, portanto, irrepetíveis. Por fim, será abordada uma exceção à discussão quanto à legitimidade ou não do uso do sopesamento: a defesa do princípio democrático, hipótese em que a solução decorre não de regras de competência, mas do postulado da proporcionalidade na aplicação da chamada "democracia militante".

3.1 A ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE EXTERNO POR SUBSUNÇÃO

Para ser possível questionar quando a atividade de controle pode vir a ser "anômala", é necessário traçar as hipóteses em que possível a comparação entre o ato controlado e o parâmetro, o modelo de conduta ideal. Argui-se que o modo de aplicação de regras, no "tudo-ou-nada", mediante silogismo, permite alguma previsibilidade na comparação entre o que está no ato controlado e na regra prevista na norma. Nesse raciocínio, inclui-se a verificação do cumprimento do dever de moralidade, de consideração dos princípios aplicáveis ao caso mediante análise da racionalidade ética exprimida na motivação. Tais questões adiantadas serão aprofundadas adiante.

3.1.1 A previsibilidade da subsunção

O direito aspira a ser capaz de produzir respostas com segurança e previsibilidade, e seus termos têm razoável capacidade de prevenir uma excessiva subjetividade em alguns casos (e não em outros)[130]. Estudiosos e operadores do direito, em suas respectivas atuações, também agem nesse sentido, seja porque sua própria formação assim os ensina, seja pelos incentivos decorrentes dessa forma de atuação, originários de sua "audiência", como já visto. Em regra, constituir e respeitar precedentes, dotar o direito e sua aplicação de parâmetros objetivos, por exemplo, são práticas recomendadas não só pela dogmática em si, mas em razão da reação que causa no público-alvo. Conforme já abordado, ser consistente não só é "correto" mas também pode render popularidade com o auditório do decisor.

Seria exagerado concluir que a permeabilidade da decisão humana a aspectos de subjetividade significaria a morte da racionalidade[131]. Todo e qualquer juízo humano é passível de embasamento de caráter lógico, podendo ser em silogismo, probabilidades, observação ou outras tantas metodologias[132]. Para que incida a subjetividade, é necessário que haja uma textura aberta na norma – quanto mais aberta, mais a decisão transforma-se em um ato de vontade. O inverso também se aplica: quanto mais "fechada" é a textura de uma norma, mais "fácil" o caso, menor o espaço para influência da vontade na decisão[133]. Em outras palavras, remanesce a mera aplicação da lei por uma operação

---

[130] Furgeson e Babcock trazem o seguinte ensinamento a esse respeito: "Quando os fatos do caso não são ambíguos e é difícil encontrar argumentos razoáveis para um lado, vieses cognitivos não terão rotas para infiltrar a tomada de decisões judicial. A ambiguidade é o solo fértil necessário para esses vieses e haverá maior latitude para os vieses ideológicos em situações em que há argumentos legítimos para ambos os lados e uma multiplicidade de interpretações plausíveis. É nesses tipos de casos, frequentemente referidos pelos juízes como 'casos difíceis' que os julgamentos são mais comumente baseados em ideologia". FURGESON; BABCOCK, 2012, p. 689. No original: "When the facts of the case are unambiguous and it is difficult to muster reasonable arguments for one side, cognitive biases have no routes to infiltrate judicial decision making. Ambiguity is the necessary breeding ground for such biases, and there will be more latitude for ideological biases in situations where there are legitimate arguments on both sides and a multitude of interpretations that are plausible. It is in these types of cases, often referred to by judges as "hard cases," that judgments are most likely to be biased by ideology". Esse entendimento não só esclarece a relativa admissibilidade da própria existência do controle em casos "não ambíguos" (ou não tão ambíguos) como coloca em xeque a coerência de tal função nos casos de alta ambiguidade, os tais "casos difíceis", expostos adiante.

[131] PINKER, S. **Racionalidade:** o que é, por que parece estar em falta, por que é importante. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022. p. 86-87.

[132] Diz Pinker: "E, por melhor que seja nosso sistema cognitivo, no mundo moderno precisamos saber quando deixá-lo de lado e entregar nosso raciocínio a instrumentos – as ferramentas da lógica, da probabilidade e do pensamento crítico, que ampliam os poderes da razão para além do que os que a natureza nos deu". PINKER, 2022, p. 50.

[133] HART, 2009, p. 166, 169-170 e 179.

lógica. O equívoco não seria ver a racionalidade como um pilar do Direito, mas sim tê-la como único alicerce deste[134].

Associa-se aos realistas estadunidenses o entendimento de que o direito seria o que o julgador "comeu no café da manhã", ainda que tal frase não tenha origem nos expoentes dessa corrente de pensamento[135]. De qualquer modo, não é incomum sua invocação ao se argumentar que o direito é apenas o que decidem os tribunais, suas preferências, ideologias, partidos políticos preferidos, contexto em que cresceram os julgadores etc.

Não é necessariamente isso que se observa. Todos os ramos do direito têm inúmeros pontos de consenso. A jurisprudência, em inúmeros assuntos, é pacificada de "baixo para cima", ou seja, a partir de decisões de juízos de primeira e segunda instâncias apenas referendadas pelos tribunais superiores, e não em um ato de "intervenção" destes naqueles. Autores podem divergir em diversos pontos em suas respectivas obras, mas o leitor que leia uma e outra normalmente reconhecerá ambas como tratando do mesmo assunto, dada a frequência de premissas coincidentes. Julgadores mais "arrojados" são facilmente identificados como "minoritários", o que denota a existência de um entendimento majoritário, reconhecível como adotado por uma coletividade, o que retira uma conotação meramente "individual" de tais decisões.

O direito, portanto, não pode ser resumido ao produto de inúmeros julgadores ou doutrinadores entendendo conforme sua própria subjetividade. Independentemente de qualquer arrazoado ora apresentado, não é essa a realidade observável. Há, indubitavelmente, muito subjetivismo na aplicação do direito – o que costuma ser identificado e criticado como um "elemento estranho"[136]. Talvez seja ilusório achar que o direito pode ser integralmente objetivo[137], mas a capacidade de detectar uma decisão subjetiva indica a existência ao menos de níveis – algumas são menos subjetivas e outras mais.

---

[134] SCHMIDT NETO, A. P.; FACCHINI NETO, E. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, ago. 2018. p. 66-86.

[135] PRIEL, D. Law is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea. **Buffalo Law Review**, v. 68, n. 3, p. 899-930, 2020.

[136] Um exemplo está, novamente, no Código de Ética da Magistratura, o qual, após prever o dever de prudência do juiz, dispõe que: "Art. 24. O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável".

[137] HART, 2009, p. 166-167.

A hipótese adotada para tanto é o método utilizado para chegar-se à decisão. É de se dizer: a subsunção, na medida em que consiste, por definição, em um silogismo lógico[138], é predisposta a gerar juízos repetíveis. Presume-se, como já visto, que a aplicação da norma consiste em uma operação racional, e eventual subjetividade incidente seria um subproduto inerente ao sistema jurídico.

Na medida em que impossível ao legislador criar um ato normativo geral que abarque todas as especificidades de todos os casos concretos, a densificação terá de ocorrer na norma individual[139]. Em outras palavras, a norma geral acaba por ser uma norma "incompleta", deixando em aberto aquilo que não pode antever para que aquele que for editar uma norma mais concreta (tal como o regulamento em relação à lei) supra suas lacunas.

Comumente, uma norma terá, pois, disposições com "textura aberta", dando margem para que alguém situado entre o legislador e o aplicador final (incluindo este) se utilize da discricionariedade conferida pela norma e julgue a solução mais adequada ao caso concreto. Nessas situações, ter-se-ia a aplicação do direito conforme as peculiaridades dos fatos, por opção do próprio legislador, porém com a consequência de, invariavelmente, abrir margem para uma maior subjetividade judicial.

Desse modo, de início, deve-se considerar que não se está a presumir que a subsunção seja indene de subjetividades, mas sim que esta existe na medida em que indispensável à própria existência do direito como tal. Na concretização de uma norma geral, nessa tradução, pode ocorrer a incorporação de uma vontade oriunda do julgador, o que se resolve não impedindo essa operação (que consistiria em impedir o próprio fenômeno jurídico), mas criando a possibilidade de revisões, uniformizações de jurisprudência e outros meios de conferir segurança jurídica. Em outras palavras, se a

---

[138] Sobre a subsunção, cabe trazer a lição de Atienza, segundo o qual "costuma-se dizer que o silogismo subsuntivo, a subsunção, é o esquema geral de argumentação na justificação judicial. Ou, dito em outros termos, constitui a justificação interna do raciocínio judicial. Isto é aproximadamente certo, na medida em que a premissa normativa (final) do raciocínio judicial é, em geral, uma regra de ação que tem a forma: 'se ocorrem as circunstâncias ou condições de aplicação X (um caso genérico), então alguém pode, deve ou está proibido de realizar uma determinada ação Y'. A partir daqui, tudo o que se necessita é classificar ou subsumir certa realidade no suporte fático dessa norma. Pode haver problemas interpretativos ou problemas de tipo fático, porém, uma vez que sejam resolvidos (realizada a justificação externa), o que fica é esse esquema classificatório". ATIENZA, M. **Curso de argumentação jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017. v. 1. p. 64-65.

[139] GRAU, 2013, p . 38-39.

questão é meramente o sentido de determinada palavra na regra, trata-se de divergência de interpretações, o que não gera uma usurpação de competências[140].

Pode parecer arbitrário definir, para os fins desta dissertação, que a subjetividade incidente na subsunção é tolerável, enquanto a presente na ponderação implicaria irrepetibilidade. Tal crítica tem seu mérito. O argumento ora trazido se apresenta, neste contexto, muito mais como uma hipótese de trabalho[141] do que propriamente uma premissa técnica bem estabelecida.

Todavia, essa conclusão não é feita sem seus fundamentos específicos. Além dos estudos já citados quanto à menor incidência da subjetividade nos casos em que os termos da norma são melhor definidos, há uma diferença crucial entre os processos subjuntivos e os de sopesamento. Naqueles, há um texto que, ainda que com limitações, reflete a intenção do legislador (ou da lei); nestes, tal intenção tem de ser intuída, descoberta, criada ou desconsiderada, e a decisão fundamentada a partir de um conjunto de termos fluidos, como "igualdade", "liberdade", "eficiência", "legalidade" etc., em um processo que se mistura com a própria racionalidade do intérprete, como se verá adiante.

Dito de outra forma, o decisor que se depara com uma norma em forma de regra pode trabalhar apenas com as restrições do texto, para então, sobre o resultado, aplicar o silogismo. Ainda que o texto seja imperfeito como modo de comunicação, há um plexo de significados possíveis e uma infinidade de outros impossíveis. Desse modo, um julgamento subjetivo[142] teria como barreira as limitações do próprio texto, salvo se este for totalmente ignorado, caso em que dificilmente ainda haveria uma subsunção[143]. Esse obstáculo virtualmente não existe ao se tratar de ponderação: não só cada princípio em si tem significado altamente fluido, a aplicação dos princípios colidentes é conjunta, e haverá usualmente um capaz de apoiar eventual pretensão de quem quer que seja.

---

[140] Segundo Grau, é da natureza da interpretação a ausência de solução única. Diz o autor: "Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz 1983:86]. A norma não é objeto de *demonstração*, mas de *justificação*. Por isso, a alternativa *verdadeiro/falso* é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução, nenhuma exata". GRAU, 2013, p. 63.

[141] Uma hipótese não passível de confirmação nesta oportunidade, dado que o estudo empírico necessário para tanto seria muito maior do que o ora empreendido.

[142] Consciente ou inconscientemente.

[143] Salvo se a regra for suplantada por outra específica, posterior ou de maior hierarquia. Ainda assim, será aplicada por subsunção. No entanto, se o afastamento ocorrer por "derrota" em razão da aplicação de um princípio, já haveria ponderação.

Ainda nessa linha de ideias, cabe tratar especificamente dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados"[144] e dos conceitos de caráter técnico[145]. Estes qualificam-se por serem matéria científica e não estritamente legal, enquanto aqueles não são passíveis de gerar uma orientação aprioristicamente.

Uma norma com estrutura de regra que se utiliza de um conceito de caráter técnico pode ter seu conceito determinado pelo órgão competente. Por essa razão, não faz o juízo decisório (subsunção ou ponderação) modificar-se substancialmente para os fins desta dissertação. Por exemplo, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, traz inúmeras disposições envolvendo o que denomina "arma de fogo", mas o conceito técnico de tal expressão não é autoexplicativo, muito menos é trazido na lei. Entretanto, o Anexo III do Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019, traz o aludido conceito[146], e de posse dele o aplicador do direito pode decidir, *a priori*, qualquer caso que se apresente diante de si mediante simples subsunção. Conceitua-se o termo apenas uma vez, para que haja sua aplicação em infinitos casos.

O mesmo não ocorre com um conceito jurídico indeterminado. Antes de valer-se do art. 137, VIII, da Lei nº 14.133, de 2021[147], a autoridade competente deverá avaliar se há

---

[144] Sobre eles, diz Grau: "Podemos, todavia, de modo amplo e sumariamente, mencionar que são tidos como 'indeterminados' os 'conceitos' cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente os imprecisos – , razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como 'conceitos' carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes; concepções, essas, que variam conforme a atuação das forças sociais [Forsthoff 1973: 17-18]. Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade, seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido – o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, *sempre*, é da *participação no jogo de linguagem* no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento". GRAU, 2013, p. 158-159.

[145] Osório, ao comentar os parâmetros de controle de questões objetivas de concurso, refere-se não a uma análise de caso concreto, como faz Grau quanto aos conceitos indeterminados, mas sim à ciência e às fontes formais do direito. Segundo o autor: "A discricionariedade é técnica, insista-se, porque demarcada pela Ciência e pelas fontes formais do Direito. No caso dos concursos jurídicos, é a Ciência Jurídica que deveria dar os limites da discricionariedade administrativa, juntamente com as fontes de produção do Direito. É isso que se solicita dos candidatos: conhecimento científico e conhecimento das fontes". OSÓRIO, F. M. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. *In*: ÁVILA, H. (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 246.

[146] "Arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases, gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil." BRASIL. **Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento de Produtos Controlados. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b.

[147] "Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações: [...] VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante; [...]" BRASIL, 2021a, *on-line*.

"razões de interesse público", naquele caso concreto, que embasem uma rescisão contratual. Trata-se de avaliação valorativa considerando benefícios e prejuízos ao interesse público (leia-se: concretização de direitos fundamentais) da manutenção do contrato[148]. Não há mais juízo de subsunção, mas de ponderação. Ademais, a concretização desse conceito terá de ocorrer novamente em cada caso dessa natureza apresentado à autoridade competente. Uma conceituação feita em um caso não se aproveita integralmente no seguinte, ressalvado o dever de coerência do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O uso pela norma de um conceito jurídico indeterminado implicará necessidade de uma análise casuística do respectivo aplicador, a partir de sua discricionariedade. Sendo um ato discricionário, é possível sua restrição pelo uso da autovinculação da autoridade hierarquicamente superior. No entanto, não se concebe que o órgão de controle diga quando há "relevante interesse público", por exemplo, pois se trata de um juízo de ponderação, e não de subsunção, e, ao fazê-lo, o órgão respectivo simplesmente ordenará a Administração a agir do modo que entende mais "oportuno", e não como prevê a lei, diferentemente do que haveria no manejo de conceitos técnicos.

Nesse sentido, tem-se ser repetível o controle por subsunção, incluindo quando se está a tratar de conceitos de caráter técnico, cuja densificação ocorrerá *a posteriori*, uma única vez. Eventual variação de entendimentos é da natureza do direito e, por isso, é tolerado e remediado pelo seu próprio modo de funcionamento. Porém, não se afigura como correto o enquadramento do controle por subsunção quando envolver a densificação de um conceito jurídico indeterminado em uma situação em abstrato, já que se trata de um juízo de ponderação. Ademais, só seria admissível falar no controle de princípios, incluindo no contexto dos conceitos jurídicos indeterminados, pelo uso da subsunção a partir do dever de moralidade e da racionalidade ética, como se passa a tratar a seguir.

3.1.2 O uso excepcional da subsunção no controle a partir de princípios

Não se advoga a completa ausência de uma análise de cumprimento de princípios dentro do escopo da atuação do controle externo. No entanto, não sendo possível a constituição de um ideal regulatório sobre "como" um determinado princípio é aplicado,

[148] SARAI, L. (org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:** Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 1.279-1.280.

deve-se buscar um outro método de aferir o uso de tais normas. Defende-se, pois, que ao órgão de controle incumbirá aferir o cumprimento do dever de moralidade mediante análise da racionalidade ética, o qual será verificado na fundamentação apresentada.

3.1.2.1 A utilização da juridicidade como parâmetro de controle por subsunção: o dever de moralidade e a racionalidade ética

Este trabalho argumenta pela ilegitimidade do uso da ponderação no controle em abstrato de atos normativos, pois implica substituição da escolha do administrador pela do julgador, em desconformidade com a separação de poderes e as escolhas institucionais feitas na Constituição. Esse ponto será tratado adiante.

Inicialmente, tem-se que essa conclusão, isolada, não responde à problemática apresentada plenamente, pois, se os princípios são dotados de uma dimensão de "peso", a doutrina respectiva ensinará que sua aplicação, a rigor, ocorreria verificando os princípios incidentes, bem como eventuais restrições, e utilizando a respectiva lei de colisão[149], atraindo a proporcionalidade. Eliminar a ponderação significa ter de instituir uma forma de aferição da aplicação de princípios pelo administrador, sob pena de retroceder a uma ausência de normatividade dessas espécies normativas, o que não se pretende fazer neste momento[150].

É necessário diferenciar o dever de aplicar um princípio de sua aplicação efetiva. Na medida em que se discute em abstrato um ato normativo infralegal, o controlador deverá verificar se tal ato foi editado em conformidade com os parâmetros respectivos (juízo de legalidade), não lhe cabendo fazer juízo de oportunidade. Dentro desse juízo de legalidade, estaria o dever do administrador de "levar em consideração" os princípios efetivamente incidentes[151] no caso. Ao menos quando se fala na análise em abstrato de atos normativos, o controle envolve verificar se houve a aplicação de princípios, o que não significaria necessariamente aplicá-los em substituição à autoridade competente.

---

[149] ALEXY, 2015, p. 93-94.

[150] A normatividade dos princípios, em si, é um tema de alta relevância, que merece análise muito mais aprofundada do que permite este trabalho. Nesta dissertação, parte-se de sua normatividade e obrigatoriedade de cumprimento, mas apenas como premissa de trabalho, para que se possa desenvolver o problema em questão, sem prejuízo de esta vir a ser, eventualmente, revista em outra oportunidade.

[151] Fala-se "efetivamente" porque há uma tendência de "criação" de princípios sem um embasamento normativo específico. Não é possível nem razoável exigir que o administrador tenha em mente ou leve em consideração princípios "criados" pelo julgador ou que não estejam claros (de forma implícita ou explícita, mas ainda assim claros) na norma.

O administrador pode ter discricionariedade para escolher a opção mais adequada aos princípios incidentes, porém ele não tem a opção de não considerar tais princípios na equação. É possível que o resultado do sopesamento implique "anulação" de um princípio, na medida em que, conforme Virgílio Afonso da Silva, o "núcleo essencial" de um direito fundamental é verificado no caso concreto[152], mas, ainda assim, é necessário, para tanto, que tal princípio seja sopesado pelo administrador, não desconsiderado de plano.

Nesse ponto, cabe citar o dever de moralidade, na conceituação de Marcio Cammarosano, segundo o qual "o princípio da moralidade administrativa não está referido à moral comum, mas ao próprio Direito, que consagra valores que recolhe de outras ordens normativas do comportamento humano, inclusive de ordens morais"[153]. Dizer que a Administração deve atender à moralidade significa que ela deve agir em conformidade com os princípios cuja proteção o direito lhe incumbiu. Há uma estreita ligação entre a moralidade e a ideia ampliada de legalidade, conhecida como juridicidade[154].

A incidência do controle, em tais casos, ocorrerá, principalmente, não sobre a norma em si, sobre o abstrato e o etéreo, mas sobre sua fundamentação – aquilo que o órgão normatizador trouxe como razão para sua elaboração. Se os princípios incidentes (ou sua valoração para fins de sopesamento) estiverem indetectáveis em um decreto (cabendo a cada intérprete "adivinhá-los"[155]), estes deverão estar expressos na fundamentação e, desse modo, haverá uma efetiva atividade de controle reconhecível como tal.

Nesse ponto, ganha relevância a teoria de Manuel Atienza acerca da racionalidade legislativa. Segundo o autor, um projeto legislativo deve atender, em sua fundamentação, a cinco tipos de racionalidade: linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética[156]. Ainda que o trabalho seja direcionado ao Legislativo propriamente dito, nada em

---

[152] SILVA, 2010, p. 196-200.

[153] CAMMAROSANO, M. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 74.

[154] "Essa referibilidade a valores juridicizados, consubstanciados em normas e princípios, não nos permite reconhecer a moralidade administrativa como princípio dotado de autonomia. Para que pudesse ser considerado autônomo seria preciso que pudéssemos dar um exemplo de ato administrativo que comportasse invalidação com a só invocação desse princípio, sem que se vislumbrasse ofensa a qualquer outro. E esse exemplo não logramos encontrar." CAMMAROSANO, 2006, p. 95-96.

[155] "Adivinhação" tal que se confundirá com um sopesamento próprio do aplicador quanto à presença e adequação do tratamento de um princípio, pois não há como seguramente acessar a vontade do normatizador a partir da norma. Nesse sentido, Grau afirma que "ocorre que o legislador dos exegetas, titular dessa vontade, e o Deus dos teólogos são uma e a mesma pessoa, já que, como anota Vermengo [1977:85], seus atributos são indiscerníveis". GRAU, 2013, p. 79.

[156] ATIENZA, M. **Contribuición a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

sua teoria impede seu uso em outros tipos de atuação normativa, tal como a edição de decretos objeto desta dissertação.

Interessa a este trabalho, em especial, a chamada "racionalidade ética", isto é, a demonstração da conformidade da proposta com os valores adotados no ordenamento jurídico em vigor. À luz do positivismo inclusivista hartiano, adotado aqui como referencial teórico, tais valores seriam aqueles positivados, corporificados como princípios[157]. No entanto, tem-se que simplesmente verificar a menção de todos os princípios potencialmente aplicáveis seria uma exigência inviável. Por exemplo, no âmbito licitatório, o número de princípios é imenso (cinco no art. 37, *caput*, da Constituição[158]; onze no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993[159]; vinte e dois na Lei nº 14.133, de 2021[160]; onze no art. 2º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999[161]; além de incontáveis princípios implícitos), nenhuma justificativa poderia razoavelmente entrelaçar todos eles.

Nesse ponto, incide a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Não se pode exigir que se demonstre a não violação em relação a todos os princípios, expressos ou implícitos, mas sim o embasamento da medida positivamente em alguns dos princípios aplicáveis. Conforme ensina Manuel Atienza, "uma lei é irracional se não está justificada eticamente, ou porque quem a editou carece de legitimação ética (ou porque não prescreve o que seria moralmente obrigatório que prescrevesse), ou ainda por perseguir fins ilegítimos"[162].

---

[157] Não se descarta a possibilidade dos chamados "valores axiomáticos" incidirem diretamente nessa análise de compatibilidade da proposta com o ordenamento jurídico. Todavia, tal objeto requer uma análise muito maior do que os limites desta dissertação. Aqui, admite-se a incidência de valores na percepção do decisor quanto à conclusão sobre a interpretação de regras e o sopesamento de princípios, na medida em que vai ao encontro de outros achados sobre subjetividade. No entanto, como a perquirição sobre a incidência direta já transcende o que este trabalho se propôs a tratar, eventual detalhamento sob esse ponto de vista não será objeto desta dissertação. DEZAN, 2018, p. 189.

[158] Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

[159] Isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo.

[160] Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável.

[161] Legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[162] "Una ley es irracional si no está justificada éticamente, bien porque prescriba comportamientos inmorales (o porque no prescribe lo que moralmente sería obligatorio que prescribiese), bien porque persiga fines ilegítimos". ATIENZA, 1997, p. 39.

Em outras palavras, a dimensão "ética" é aferível de modo positivo, se houve uma fundamentação razoável conforme parâmetros a serem vistos adiante. Isso não só em relação ao ato normativo visto coletivamente, mas a cada decisão nele contida, espelhada em seus dispositivos individualizados. Dessa forma, entende-se que a obrigação que recai sobre a Administração, ao exercer o poder normativo, é de demonstrar a racionalidade ética de seus atos. Trata-se de um dever de ação. Ela deve, em sua fundamentação, justificar eticamente a proposta. Cumprido esse ônus argumentativo, o ato é, em abstrato, sob uma perspectiva principiológica/ética, válido, sem prejuízo de que, no caso concreto, a aplicação seja distinta em razão de autêntico sopesamento.

Falando de modo mais assertivo, o meio mais razoável de aferir se uma norma está adequada, em abstrato, com a principiologia a ela aplicável não é mediante sopesamentos específicos, pois tende a ser impossível resultar em perfeita concordância entre emissor do ato e controlador (gerando a usurpação de competências, a ser abordada adiante). O controle da norma em abstrato ocorre por intermédio da racionalidade ética de Manoel Atienza: basta que haja justificativa ética para a norma, apreensível por subsunção. Não incumbe ao controlador concordar com a justificativa, mas meramente verificar sua existência e adequação formal, nos termos da seção seguinte.

Cabe ressaltar que, ao contrário do que usualmente pode ocorrer no ambiente combativo do direito, a análise da argumentação dos atos normativos, no que tange ao cumprimento do dever de moralidade, deve se pautar pela caridade retórica, segundo a qual cada argumento deve ser lido em sua "melhor luz", sob o ponto de vista que o torna mais correto[163]. O que se busca não é a menção literal a todos os princípios, mas sim se é possível extrair das razões trazidas, sob um olhar caridoso, motivos que explicitem ter havido a consideração da temática pela perspectiva do princípio analisado pelo controle.

Estabelecido esse entendimento, cabe tratar do tipo de fundamentação exigível nos atos normativos editados pela administração pública, o que se faz a seguir.

3.1.2.2 O controle externo por princípios pelo exame da fundamentação: o dever de motivação, o desvio de finalidade e a presunção de legitimidade

Foi-se o tempo em que a motivação era vista como um elemento facultativo dos atos administrativos. Não se concebe, em um Estado que se repute democrático, um ato

[163] WILSON, N. L. Substances without Substrata. **The Review of Metaphysics**, v. 12, n. 4, 1959. p. 532.

cujas razões não sejam publicizáveis, salvo nos casos excepcionais em que a exposição de tais razões sabote o próprio interesse público dito primário[164]. Não obstante ser possível observar doutrina que ainda admite que a motivação seria obrigatória apenas em algumas situações[165], esta dissertação parte da premissa de que, em especial quanto aos atos normativos, a motivação é obrigatória e deve ser logicamente bem estruturada e abrangente em seu conteúdo, como se verá a seguir.

Diversos argumentos podem ser trazidos para subsidiar esse pressuposto. Sob a perspectiva democrática ora tratada, ao editar o ato, o administrador exerce sua competência de falar pelo Estado. Por isso, aqueles que dão a esse mesmo Estado e seu administrador sua autoridade possuem o direito fundamental[166] de conhecer as razões que moveram a atuação em questão, sobre elas ter seus próprios juízos de valor, criticá-las e proceder a diálogos com vistas ao aperfeiçoamento da atuação estatal[167].

Do outro lado, vendo a questão sob o ponto de vista da eficiência administrativa, a conclusão não é distinta. Não só a elaboração mas também a aplicação[168] de um ato normativo ocorrem de modo procedimental, entendendo-se procedimento como a execução de atos sucessivamente encadeados, os quais se apoiam e se fundamentam uns nos outros[169]. Qualquer pretensão de atuação pressupõe clareza nas razões que subsidiam a atuação administrativa, inclusive a regulamentar. Para tanto, no procedimento, é necessário que, efetivamente, o ato seguinte possa "conversar" com os atos anteriores – o que inclui, por exemplo, os atos de aplicação ou revisão em relação aos atos de normatização[170].

Para que a motivação consiga atingir sua finalidade, independentemente do fundamento usado para arguir sua obrigatoriedade, alguns requisitos devem ser cumpridos. Ela deve basear-se no encadeamento de razões e informações[171], de modo a

---

164 E não meramente o interesse político de quem editou o ato.
165 CARVALHO FILHO, 2008, p. 105-106.
166 BARCELLOS, A. P . **Direitos fundamentais e direito à justificativa:** devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 135-139.
167 *Ibid.*, p. 143-146.
168 SALES, H. T. M. Dever de motivação adequada pelos órgãos públicos nos procedimentos para elaboração de atos normativos como decorrência do princípio da eficiência administrativa. *In*: DEZAN, S. L; CARMONA, P. A. C.; GUEDES, J. C. C. (org.). **Hermenêutica do direito e processo administrativo: fundamentos do processo administrativo contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2021. p. 363-388.
169 MEDAUAR, O. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27-32.
170 SALES, *op. cit.*, p. 363-388.
171 BARCELLOS, 2020, p. 141-142.

dar sustentação fática aos juízos preditivos e avaliativos da autoridade decisora, não se compondo apenas de "opiniões". Os motivos (ou problemas) que geraram a edição da norma, as finalidades almejadas e os custos ou impactos antecipados hão de ser abordados, sob o ponto de vista do que é conhecido[172]. Por fim, a motivação não pode ser obscura, contraditória ou insuficiente[173].

Ainda quanto à motivação em si, relevante retomar a ideia de seus contextos (descoberta e justificativa). Como visto, a motivação é produzida, muitas vezes, para dar uma aparência "objetiva" a uma decisão movida por outros motivos. Isso não é, em si, algo que a inutilize como parâmetro de controle. Como a decisão é imputável ao Estado, e não à autoridade como pessoa física, a razão enunciada deve sustentar-se por si só, pois a pessoa jurídica estatal, sendo uma abstração, não possui "vontade", muito menos pode gerar um contexto de descoberta próprio. Para ser válido o decreto, ele deve ser capaz de ser fundamentado no interesse público autônomo em relação a eventuais interesses de caráter particular[174]. A motivação expressa é relevante na medida em que fornece um fundamento embasado em uma ideia de interesse público que, se for reputado "defensável", implicará validade do ato, independentemente do interesse particular da autoridade.

De qualquer sorte, sabe-se que, na exposição de motivos dos atos normativos, esse tipo de detalhamento não é usualmente encontrado, o que talvez mine a viabilidade prática da conclusão desta dissertação. Todavia, ao fim e ao cabo, não se busca legitimar a atuação administrativa introspectiva, mas sim republicana, no sentido de representar a "coisa pública".

Tendo-se a motivação, passa-se ao seu controle. O primeiro ponto a ser considerado é o desvio de finalidade, quando o ato é praticado em desconformidade com a finalidade enunciada ou prevista na legislação de regência[175]. Esse vício não decorre propriamente da forma da motivação, mas parte de uma informação nela constante. É possível que ocorra desvio de finalidade seja quando a lei traz um objetivo específico para

---

[172] *Ibid.*, p. 256.
[173] ANDRADE, J. C. V. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 239.
[174] Isso sem tornar a pessoa do decisor irrelevante. Inúmeras decisões defensáveis não serão tomadas por decisores específicos por estarem em desacordo com suas posições pessoais. A identificação do decisor determina a decisão dentre uma infinidade de possibilidades, enquanto a análise da motivação dada auxilia a garantir que ao menos essa decisão, ainda que influenciada ou determinada subjetivamente, esteja em conformidade com alguma ideia de interesse público justificável.
[175] BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 59.

o ato e outro é trazido na motivação, seja quando o contexto fático (ou a "motivação extra-autos") traz motivos distintos para a edição do ato em relação aos legais ou aos constantes da motivação formal.

No âmbito licitatório, um exemplo é a Medida Provisória nº 896, de 6 de setembro de 2019. Em suma, ela estabelecia o fim da publicação de editais de licitação em jornais de grande circulação. Sua edição ocorreu pouco depois da Medida Provisória nº 892, de 5 de agosto de 2019, a qual desobrigava empresas de capital aberto de publicar seus balanços em jornais de grande circulação. A Medida Provisória nº 892, de 2019, foi acompanhada de declarações presidenciais indicando uma intenção de diminuir os recursos obtidos pelos jornais[176]. Ao fim, foi rejeitada no Senado, e a Medida Provisória nº 896, de 2019, foi suspensa por decisão monocrática no STF[177], enquanto redação de igual efeito permanece sendo aplicada para pregões eletrônicos no Decreto nº 10.024, de 2019[178], cuja constitucionalidade sequer discutiu-se.

Sem querer adentrar no mérito, ao menos neste momento, quanto à efetiva configuração do supracitado vício nesse caso, entende-se que, mesmo que como contexto de descoberta[179], a suspensão da Medida Provisória nº 896, de 2019, partiu de uma constatação de que teria ocorrido desvio de finalidade. Edita-se uma medida provisória para retirar uma formalidade legal sob o argumento (formal e razoável, em abstrato) de ser obsoleta[180]. Entretanto, a partir de declarações "extra-autos", percebeu-se uma

---

[176] Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-ironiza-o-globo-ao-falar-que-assinou-mp-que-afeta- faturamento-de-jornais/. Acesso em: 16 abr. 2022.

[177] A decisão, tomada na Medida Cautelar na ADI 6.229/DF, teve o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, defiro parcialmente a medida cautelar requerida, *ad referendum* do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), para suspender a eficácia imediata da Medida Provisória 896/2019, até conclusão de sua análise pelo Congresso Nacional ou até o julgamento de mérito pelo Plenário desta Corte".

[178] "Art. 20. A fase externa do pregão, na forma eletrônica, será iniciada com a convocação dos interessados por meio da publicação do aviso do edital no Diário Oficial da União e no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação. Parágrafo único. Na hipótese de que trata o § 3º do art. 1º, a publicação ocorrerá na imprensa oficial do respectivo Estado, do Distrito Federal ou do Município e no sítio eletrônico oficial do órgão ou da entidade promotora da licitação." BRASIL, 2019a, *on-line*.

[179] Já que a decisão judicial não mencionou desvio de finalidade como razão de decidir, talvez por razões de caráter político.

[180] A Nota Técnica para Atos Normativos nº 131/2019-MP, elaborada pela Secretaria de Gestão do então Ministério da Economia (e obtida pela Lei de Acesso à Informação), fundamentava a exclusão da publicação em jornal de grande circulação no que veio a se tornar o Decreto nº 10.024, de 2019, sob o argumento de que "com isso, reduz gastos efetivos com publicações em jornal de grande circulação local, regional ou nacional previstos no Decreto atual e em desuso pela Administração Pública, em face das novas tecnologias de informação e comunicação". BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Gestão. **Nota Técnica para Atos Normativos nº 131/2019-MP**. Proposta de minuta de Decreto que regulamenta o pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e contratação serviços comuns, inclusive os serviços comuns de engenharia e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da União, em substituição ao Decreto nº

intenção de utilizar tal instrumento para "retaliar" jornais de grande circulação após ataques, diminuindo sua receita.

A finalidade real desvia-se em relação à enunciada, e aquele, em si, não é compatível com o interesse público. Se a finalidade real não for compatível com o interesse público, o ato é nulo, sem que se cogite a repetição de atos irrepetíveis. É por essa razão que o desvio de finalidade, nos moldes descritos, seria admissível como razão para pronúncia de nulidade, sem violação de competência, na medida em que a comparação entre a finalidade legal/enunciada e a finalidade real é um juízo repetível.

Além do desvio de finalidade, a motivação permite que se verifique se a edição da norma levou em consideração a principiologia incidente sobre o caso, a partir da racionalidade ética. Assim, deve o órgão de controle, a partir da análise da motivação produzida quando da edição do ato normativo (o que não se limita à motivação do ato em si, mas também, conforme o ato, a dos atos precedentes que a embasaram), verificar se houve desvio de finalidade. Caso negativo, a norma é avaliada se foi devidamente motivada, embasada em principiologia aplicável, de modo caridoso, decidindo quanto aos pontos incidentes sobre a decisão em abstrato.

É possível a constatação do malferimento da moralidade pela racionalidade ética pela absoluta falta de tratamento da questão, a ponto de se considerar erro grosseiro, desvio ou até mesmo dolo, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[181]. Nesse caso, o controlador analisará, invariavelmente, a norma em busca do tratamento do princípio buscado, o que redundará em um juízo de ponderação, ainda que apenas para concluir se há tratamento "suficiente" sobre a matéria. Saliente-se, entretanto, que a admissibilidade de controle de "erro grosseiro", por expressa previsão legal, não deve ser lida de forma ampliativa, de modo a permitir, por vias transversas, o uso da ponderação.

5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Revogação do Decreto nº 5.450, de 21 de maio de 2005. Brasília, DF: Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, 2019c.

[181] Ou, então, o surgimento de alguma circunstância não existente quando da elaboração da norma, mas, nesse caso, o controle em si não será tão em abstrato assim. A omissão no tratamento de uma circunstância existente irrelevante pode ser considerada a desvalorização desta no sopesamento.

Tal erro não se presume, a conclusão pela sua ocorrência é séria e gera repercussões de alta relevância (inclusive para responsabilização)[182], e sua invocação desmedida como forma de legitimar um controle pode também configurar uma violação a regras institucionais não escritas, dando ares de legitimidade a uma atuação que não teria guarida na Constituição, como se verá adiante. Ausentes vícios como erro grosseiro, dolo ou fraude, uma regra em ato normativo que espelhe uma ponderação de princípios pelo respectivo normatizador deve ser, simplesmente, aplicada por subsunção.

À guisa de exemplo, tem-se a seguinte situação. Suponha-se a criação de um procedimento administrativo de interesse de particulares cuja abertura da fase externa ocorre mediante publicação de aviso no sítio eletrônico do órgão e que tal disposição foi objeto de adequada motivação. Ausentes regras específicas sobre essa forma de publicação, incide apenas o princípio da publicidade. Nesse caso, a presença de uma forma de publicidade significa que tal princípio foi posto em consideração – o juízo não tem legitimidade para "discordar" do nível de publicidade dada à abertura do procedimento e não pode decidir pela necessidade de publicação em jornal de grande circulação, por exemplo, pois tal forma de proceder implica substituição da escolha administrativa pela sua.

Entretanto, se, no mesmo caso, não existir na norma nenhuma regra de publicidade, muito menos justificativa ou fundamentação para a "anulação" desse direito fundamental em eventual sopesamento, o juízo pode constatar a ausência do cumprimento do dever de "levar em conta" um princípio aplicável e, por essa razão, decidir a respeito[183]. De qualquer sorte, nas duas hipóteses, a aplicação da norma pelo controle judicial se deu no modo "tudo-ou-nada", a partir da avaliação da ação, e não do fim: ou a Administração levou em conta o princípio ou não o levou. Trata-se de raciocínio por

[182] Nesse ponto, cabe alertar quanto ao risco de banalização do "erro grosseiro" levantado por Rodrigo dos Santos, segundo o qual "enquanto não resolvermos – especialmente no plano das mentalidades – a necessidade de respeito e deferência das instâncias controladoras aos administradores públicos (o que é muito diferente de imunidade de controle), será difícil que as inovações da Lei 13.655/2018 sejam adequadamente absorvidas. Pior. Corremos o sério risco que sob o pretexto de se aplicar a limitação de responsabilidade contida no art. 28 da LINDB apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro, que elevemos o nível de decisionismo dos responsáveis pelo controle externo sobre os agentes administrativos, pois doravante todas as condutas passarão a ser 'dolo' ou 'erro grosseiro', de modo a prosseguir na velha 'interpretação retrospectiva' de cariz tipicamente punitivista, a despeito das inovações normativas". SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 291.

[183] Tal decisão, a depender da forma de controle e da corrente de entendimento adotada, pode variar desde instar o órgão competente para complementar a norma, anulá-la, integrá-la por analogia ou efetivamente criar a norma-texto do que estiver "faltando". Esse ponto, entretanto, foge do âmbito deste estudo, de modo que não haverá aprofundamento a esse respeito.

subsunção. Não incumbiria, *a priori*, nem ao aplicador nem ao controlador eventualmente "sopesar" tal regra com um princípio ou o princípio que a fundamenta com outro, pois isso já foi feito[184]. Sobre esse ponto, veja-se a seção seguinte.

3.2 A INADMISSIBILIDADE DO CONTROLE EXTERNO EM ABSTRATO POR PONDERAÇÃO POR CONFIGURAR FORMA DE SUBSTITUIÇÃO DA DECISÃO DO ADMINISTRADOR E USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Anteriormente, focou-se em tratar da subsunção como um procedimento suficientemente racional para que se possa com ele seguir com alguma repetibilidade. Na subsunção, há subjetividade, mas de forma atenuada, já que os parâmetros decisórios (regras) são de aplicação mais direta.

O sopesamento é o exato oposto disso. O processo decisório é altamente permeável às preferências do decisor, os parâmetros de decisão são abstratos e incapazes de balizar com alguma precisão a escolha "correta", e os incentivos voltados à autoridade controladora fazem-na prezar mais pela justiça do que propriamente por "consistência", até porque, dificilmente, esta seria atingível. Em última instância, é uma forma de decidir altamente subjetiva.

Não se pretende aqui condenar o uso do sopesamento em geral, em especial considerando sua razão de ser na análise de casos concretos. O que se pretende demonstrar é que seu uso no controle em abstrato de normas configura-se uma dupla desvirtuação: tanto da função de controle quanto do próprio sopesamento. Desnatura-se o controle porque este parte da premissa de que há um procedimento repetível, ou seja, suscetível de comparação com um ideal regulatório, enquanto a ponderação, por definição, é irrepetível, não parte de um ideal regulatório, mas o cria para o caso concreto, a partir da visão própria do decisor. Já o desvirtuamento da ponderação se dá pelo seu uso como meio de usurpação de competência. O método decisório de solução de casos difíceis acaba sendo usado para subverter e modificar em abstrato a própria solução que

[184] Nesse sentido, vale citar a lição de Ávila, segundo o qual "isso porque as regras têm a função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável, entre razões pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E daí se dizer, por consequência, que, num conflito, efetivo ou aparente, entre uma regra constitucional e um princípio constitucional, deve vencer a regra". ÁVILA, H. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **REDE**, Salvador, n. 17, 2009. p. 5.

seria dada pelas regras de hermenêutica, pois se modifica o ato normativo aplicável em abstrato, e não necessariamente a norma. Sobre tais pontos, veja-se a seguir.

3.2.1 A irrepetibilidade do sopesamento: a criação do ideal regulatório como atividade normativa

Conforme explicitado em várias ocasiões, a ideia de controle parte da premissa de que há algum parâmetro de comparação, que será denominado "ideal regulatório" para os fins deste trabalho. Pela etimologia da palavra "controle", ele consiste no contraste ("cont") com um modelo ("rôle")[185]. No que tange ao controle de atos administrativos, isso significa comparar o ato efetivamente feito com o que deveria ter sido feito, para então concluir pela regularidade do ato praticado e por eventuais pendências em seus termos.

Em casos regulados apenas por princípios, chegar a um ideal regulatório não é trivial. Afirmar que a Administração deve ser eficiente não traz um parâmetro apto para fins de comparação se não se sabe o quão eficiente se deve ser sem prejudicar a publicidade, a impessoalidade etc. Pode-se arguir que há um parâmetro, no entanto, se ele é incompleto, não se presta ao controle. Seria necessário chegar ao balanço de cada princípio (balanço esse que consistiria no "ideal regulatório") para que qualquer comparação se faça possível.

Se o atingimento desse ideal for uma atividade predominantemente subjetiva, não "descoberto", mas "criado" pelo órgão controlador, a atividade de controle não se constituiria uma comparação, mas uma substituição de vontades. Tais pontos, a descoberta ou criação do ideal regulatório e a substituição de vontades, serão abordados adiante.

3.2.1.1 A ausência ou intangibilidade do ideal regulatório no mérito da elaboração normativa

Quando, por exemplo, é feito o recebimento definitivo de um bem adquirido por meio de licitação, ocorre a comparação entre as especificações e características do bem entregue e as listadas na proposta vencedora. Qualquer dissonância entre o previsto e o executado deve gerar o não recebimento ou a devolução para ajustes.

Com parâmetros suficientemente objetivos, a atividade de controle é simples de ser reconhecível como tal. Regras aplicáveis por subsunção, cuja previsão utiliza-se de conceitos de intelecção clara, trazem uma hipótese de incidência ideal, a servir como

[185] MEDAUAR, O. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 23-24.

referência para que se incida o controle. Se um servidor federal é removido por interesse da Administração, seu cônjuge também deve sê-lo para acompanhá-lo; é vedada a indicação de marca em licitação, salvo se para manter padronização, por compatibilidade, se a marca for a única a atender a demanda ou se como referência de qualidade. Esses são exemplos de regras que, abstratamente, possuem hipótese de incidência clara, de modo a gerar referências de comparação para o controle. Se a situação ideal em abstrato não se refletir em concreto, provavelmente há um erro a gerar a incidência do controle.

Do outro lado, estão normas de caráter flexível, cuja hipótese de incidência é mais fluida, intencionalmente ou não, das quais não é possível extrair um ideal de referência para fins de controle. Dizer que, nos termos do art. 37 da Constituição, a Administração deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por si só, não traz um referencial específico de conduta. Considerando apenas o referido dispositivo, sem adentrar em qualquer ato específico, há, de pronto, uma infinidade de combinações possíveis de sopesamento, sem qualquer indicação de maior correção de uma ou de outra. Em suma, não há como obter validação da resposta obtida, ao contrário do que pode ocorrer na física ou na matemática.

Nesses casos, é comum a invocação das certezas positivas ou negativas[186], mas elas precisam ser encaradas com cuidado. Essas incertezas ilustram bem como ocorre a compreensão desses conceitos pelo decisor individual: haveria uma zona preta de certeza positiva, de enquadramento; uma zona branca de certeza negativa, de não enquadramento; e uma zona cinzenta, em que há dúvida sobre se há enquadramento ou não. Sob esse aspecto, poder-se-ia cogitar um referencial parcial quanto a essas zonas: seria válido se enquadrado na zona preta, inválido se na zona branca, e indefinido se na zona cinzenta.

Porém, essa avaliação é dúbia e induz a erros, pois até a conclusão do que seria uma certeza positiva ou negativa é altamente subjetiva. Salvo se fosse feita uma pesquisa empírica com extrato populacional significativo, dizer que situação X configura uma certeza

[186] Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma [...] ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas". BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 29.

positiva ou negativa corre o risco de ser mais uma percepção do julgador do que alguma constatação estritamente descritiva.

Diante desse quadro geral, cabe tratar, especificamente, da elaboração de atos normativos. Como visto, por definição, só há a criação do ato regulamentar nas lacunas da norma superior que lhe dá fundamento. No exemplo da lei que prevê que a remoção de ofício do servidor gerará o acompanhamento do seu cônjuge[187], pode-se cogitar de regulamento para dispor sobre o procedimento para solicitar tal acompanhamento ou os documentos aptos a comprovar os requisitos legais, mas o direito em si a tal providência e seus condicionantes devem ser meramente repetidos (ou omitidos) no decreto, sob pena de ilegalidade, pois a lei foi exauriente, não deixou lacunas.

A norma superior, conforme já abordado, poderá estabelecer limites e direcionamentos, por intermédio de regras e princípios, mas, para que haja espaço para a regulamentação, é essencial que existam lacunas, e dentro delas cria-se o ato a partir de sopesamentos de princípios[188]. Pode-se arguir que, como na metáfora do Juiz Hércules[189], um ato "ótimo"[190] existiria e seria passível de atingimento para um decisor com tempo e dedicação infinitos, o qual poderia servir de ideal regulatório nesse caso. No entanto, tal alegoria, além de não representar a atingibilidade da decisão correta no mundo "real",

[187] Conforme art. 36, parágrafo único, III, alínea "a", da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990: "Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede. [...] Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção: [...] III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração; [...]". BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022].

[188] Nesse sentido, é a lição de Sundfeld: "Normas administrativas devem respeitar a primazia da lei, dar 'fiel execução' a ela (CF, art. 84, IV), não podendo contrariá-la nem ultrapassar seus limites – como, aliás, acontece com a ação administrativa como um todo. A legalidade impede a edição de normas administrativas contrárias à lei, mas não que a lei outorgue competência normativa à Administração. Há, por certo, limite a essa outorga, pois ela não pode ser feita em relação às decisões que a Constituição reserva à lei; mas fora disso a outorga é juridicamente viável. Os conteúdos possíveis das normas administrativas são definidos pelo conteúdo da lei a regulamentar e pelo conteúdo das demais leis vigentes". SUNDFELD, C. A. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 260.

[189] Alegoria criada por Dworkin para tratar da sua teoria do direito como integridade. DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 287.

[190] Quanto à busca pelo ato ótimo, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que "a discrição, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal". BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 32.

parte de uma decisão judicial no caso concreto, enquanto a elaboração normativa se dá em abstrato. Tal diferença gera importantes repercussões no tratamento em cada caso.

Por definição, a norma com estrutura de princípio se qualifica por sua volatilidade e maleabilidade conforme o caso concreto[191], de modo que se revela um contrassenso defender a existência, em abstrato, de um sopesamento "correto". A Administração deve cumprir a eficiência e a publicidade, deveres autônomos, ainda que potencialmente colidentes – a prevalência de um sobre o outro se dá conforme o caso concreto, já que, em tese, ambos são igualmente "deveres de otimização"[192].

Salvo se o normatizador (incluindo o legislador) positivar seu próprio sopesamento a partir de sua competência, soa um erro metodológico admitir a existência de uma resposta correta *a priori* em uma análise estritamente em abstrato. Como defendido reiteradamente neste trabalho, se há uma orientação apreensível em tese, é uma regra interpretável por subsunção (por exemplo: todos os atos públicos devem ser submetidos a ampla publicidade, mesmo que com prejuízo de sua eficiência). Se os resultados de todos os sopesamentos são apreensíveis em abstrato, não há princípios, apenas regras.

Ademais, o próprio sopesamento se dá a partir das preconcepções daquele que decide. A acomodação principiológica privilegiando um ou outro depende do valor que este tem no juízo do decisor. É uma apreciação eminentemente subjetiva. Pode-se cogitar a existência em tese, no mundo das ideias, de um ideal regulatório fruto da mais pura racionalidade, mas ele seria absolutamente inacessível a qualquer decisor humano, incapaz de alcançar a verdade objetiva[193], de modo que imprestável como ideal regulatório.

Nesse sentido, mesmo se, dentro de um universo de possibilidades, o controlador se deparar com o que seria um "ato ótimo" em abstrato, ele seria incapaz de, sozinho, de modo solipsista, reconhecê-lo como tal, muito menos de obter uma validação capaz de convencer terceiros. O ato ótimo é indistinguível do "quase-ótimo", especialmente em abstrato, já que, no direito, não se tem acesso às "condições ideais de temperatura e pressão". Como visto, ao contrário da física e da matemática, em que o cálculo em

[191] SILVA, 2010, p. 45-46.
[192] SILVA, 2010, p. 50.
[193] PINKER, 2022, p. 56.

condições ideais é acessível[194], não há tal operação no direito – o ato ótimo seria irreconhecível a um palmo de nossos rostos.

Isso não quer dizer que não espaço para a ideia de "ato ótimo". Muito pelo contrário. O Administrador tem o dever de conduzir-se sempre em busca do que seria sua melhor atuação possível, da excelência. Ele deve guiar-se, pois, pela missão de praticar aquele que, diante das circunstâncias e a partir de sua apreciação, seja o "ato ótimo". No entanto, só há espaço para uma concepção de "ato ótimo", e não para duas distintas. Sendo algo inacessível objetivamente, não há como o controle atuar também a partir do seu próprio entendimento do que seria a excelência do caso concreto. O mérito da atividade normativa consiste, eminentemente, na escolha entre indiferentes jurídicos para preenchimentos de lacunas deixadas pela lei. O controle de mérito[195] feito em tais casos seria a partir de um parâmetro fabricado, decorrente da subjetividade do controlador, gerando a substituição da vontade do normatizador pela sua, como se passa a tratar.

3.2.1.2 Controle a partir de juízos decisórios abertos como forma de normatização: a substituição da subjetividade do normatizador pela do controlador

Partindo da premissa de que o órgão controlador, ao analisar, em abstrato, um ato normativo, não o compara a um ideal regulatório (pois inexistente ou inatingível), mas sim cria um ato normativo a partir de sua subjetividade, a própria natureza de sua atividade precisa ser reanalisada.

Um controle de mérito de ato que parta de um referencial fabricado pelo próprio controlador não é uma comparação, mas sim uma execução ou normatização – quando muito, uma ratificação. Se o ato originário estiver em conformidade com o ato produzido pelo controlador, este apõe seu "de acordo" na norma em questão. Porém, a conformidade não é apenas em relação ao ordenamento que vincula a todos, mas, principalmente, à subjetividade do próprio controlador, o que traz uma relação de hierarquia entre este e o

[194] Vale registrar que o próprio uso de "condições ideais" nas ciências "exatas" é colocado em dúvida, assim como a pretensão de se atingir a perfeição ou, no caso do direito, a total segurança, pois ambas seriam inatingíveis. Nesse ponto, Cf.: CUNHA, R. A. V. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 24. No contexto, a maximização da função de controle, sob a premissa de racionalidade impessoal de seus processos, pode se mostrar um contrassenso.

[195] Razão pela qual o controle deveria abordar bem mais o modo de atuação da Administração do que o conteúdo de suas escolhas, a partir das justificativas apresentadas, como já visto. Trata-se não de comparar o referencial de ato ótimo da Administração com o do órgão de controle, mas de verificar se a Administração tentou se conduzir na busca de algum ato ótimo.

normatizador. O ato só se valida plenamente se confirmado a partir não da lei, mas da visão da pessoa do controlador.

Por outro lado, se o ato normativo originário estiver em desconformidade com o referencial fabricado pelo controlador, este prevalecerá, ainda que nos limites da eficácia do processo em que tal análise está sendo efetuada. Haverá, ainda que em âmbito específico, a substituição da subjetividade do gestor pela do controlador. O órgão controlador, sob a pretensão de exercer uma atividade impessoal, refaz o mesmo juízo de sopesamento do órgão executor considerando suas próprias "preferências" quanto a valores e cria, a partir desse juízo, um ato normativo e o aplica no âmbito de suas possibilidades[196]. Em termos práticos, pouco ou nada distingue tal atividade daquela exercida originariamente pelo órgão normatizador/executor, com nenhuma garantia de confiabilidade ou consistência do processo[197].

Reforce-se: é plenamente possível a incidência de autêntica atividade de controle no âmbito da elaboração normativa. A aferição do cumprimento das limitações impostas pela norma de maior hierarquia, bem como os deveres formais e processuais, são passíveis de checagem por subsunção, com incidência mais limitada da subjetividade do controlador. Em tais pontos, entende-se que não há desnaturação do controle, na medida em que a lei traz um parâmetro minimamente objetivo e a comparação se dá também de forma objetiva – a subjetividade não é da essência de tais processos, ela é incidental.

No entanto, fora de tais hipóteses, quando o órgão controlador, seja em um julgamento objetivo (como um incidente de arguição de inconstitucionalidade ou em consulta no TCU), seja em uma ação ordinária, tenta repetir o sopesamento já feito pelo órgão normatizador em abstrato, independentemente do caso concreto eventualmente existente, sua atuação não mais é caracterizada como de controle e deve obter legitimação específica para ser válida.

---

[196] O que inclui não só o processo em que se dá tal decisão mas também a força persuasiva ou vinculante de sua jurisprudência.

[197] Esse ponto é bem enfatizado por Cruz e Oliveira, os quais o ilustram a partir do julgamento do caso Ellwanger no STF. Segundo os autores, tanto o ministro Gilmar Mendes quanto o ministro Marco Aurélio utilizaram-se da técnica de ponderação, com justificativa pormenorizada, para tratar da questão, porém chegando, com os mesmos fatos e mesma técnica decisória, a conclusões diametralmente opostas. CRUZ, A. R. S; OLIVEIRA, F. F. A teoria da ponderação de valores e os direitos fundamentais: avanços e críticas. *In*: NOVELINO, M. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 199-203.

Em essência, no que tange a casos em abstrato, uma escolha discricionária, excepcionando os casos de discricionariedade reduzida a zero já na elaboração normativa regulamentar, representa uma decisão primada pela subjetividade, portanto marcada pela pessoa que decide. Não se trata de um processo decisório objetivo, apenas ilusoriamente. O órgão de controle que adentra em questões autenticamente discricionárias a partir de sopesamentos próprios, por melhor que seja sua justificativa, apenas traz um verniz de racionalidade para suas próprias preferências.

Para ilustrar a questão, cabe um exemplo. Em 2010, editou-se o Decreto nº 7.174, de 12 de maio, o qual, regulamentando a Lei nº 8.666, de 1993, e a Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, dispôs, no seu art. 3º, que qualquer equipamento de informática deveria ser adquirido com certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) ou de instituição por ele credenciada que ateste sua "segurança para o usuário e instalações", "compatibilidade eletromagnética" e "consumo de energia" [198]. Em outras palavras, o governo federal passou a exigir que os bens de informática adquiridos contenham determinado padrão de qualidade atestado pelo Inmetro.

O art. 37, XXI, da Constituição condicionou exigências de "qualificação técnica" apenas na medida em que "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"[199]. A previsão supracitada não era propriamente acerca da qualificação técnica, pois dizia respeito a uma característica do produto, e não da empresa. De qualquer forma, "segurança", "compatibilidade" e "consumo de energia" são fatores diretamente relacionados ao uso de tal equipamento, e a certificação por entidade acreditada serve

---

[198] "Art. 3º Além dos requisitos dispostos na legislação vigente, nas aquisições de bens de informática e automação, o instrumento convocatório deverá conter, obrigatoriamente: [...]
II - as exigências, na fase de habilitação, de certificações emitidas por instituições públicas ou privadas credenciadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - Inmetro, que atestem, conforme regulamentação específica, a adequação dos seguintes requisitos:
a) segurança para o usuário e instalações;
b) compatibilidade eletromagnética; e
c) consumo de energia; [...]" BRASIL. **Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010**. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2010.

[199] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]
XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." BRASIL, 1988 [2020], *on-line*.

como meio de "garantia". Ademais, o art. 3º é claro ao enunciar como princípio a "seleção da proposta mais vantajosa para a Administração".

Em suma, havia substrato principiológico suficiente para admitir que a lacuna legal fosse preenchida por decreto, com a possibilidade ou até obrigatoriedade, em regra[200], de requerer tais certificações nos editais. O sopesamento feito pela Administração, ao editar o Decreto nº 7.174, de 2010, foi claro. Independentemente disso, o TCU, em inúmeros julgados[201], ignorou completamente o decreto e consignou que a exigência de certificações na fase de habilitação afronta o art. 37, XXI, da Constituição e o art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993, inobstante não sejam documentos de habilitação propriamente. Apenas em casos muito excepcionais de exigência de certificação, fundamentados nos autos (e cujos parâmetros de aceitabilidade não estão claros), são admitidos pelo TCU. Para tanto, utiliza-se o argumento da restrição da competição, ainda que outros princípios de igual hierarquia embasem a previsão do decreto. Na prática, a Administração queria

[200] Fala-se "em regra" à luz do disposto na Orientação Normativa SEGES/MP nº 1, de 2015, a qual, no seu art. 2º, dispõe que: "Art. 2º Nos casos de comprovada inviabilidade técnica para a obtenção de certificações ou de aquisição de bens de elevada singularidade e personalização, o órgão poderá, de forma justificada, dispensar as certificações previstas no inciso II do art. 3º do Decreto nº 7.174, de 2010".

[201] São exemplos os Acórdãos 445/2016-Plenário; 165/2015-Segunda Câmara; 2318/2014-Plenário e 670/2013-Plenário. Como referência, cita-se do Acórdão 445/2016-Plenário o seguinte excerto:

"5. Há precedentes neste Tribunal que consubstanciam o entendimento de que a exigência de apresentação de certificações com base na Portaria 170 do Inmetro e no Decreto 7.174/10 é permitida em licitações como requisito dos bens a serem adquiridos, e não como critério de habilitação (Acórdãos 1225/2014 e 165/2015 - TCU – Plenário, entre outros).

6. No entanto, no caso presente, a exigência de documentação técnica feita pelo subitem 1.1.1, inciso I, acima transcrito, pelo menos em tese, pode constituir óbice para competitividade do certame. Isso se dá pelo fato de que, apesar do fato da emissão do documento não estar vinculada a nenhuma instituição certificadora específica, e de se ter como objetivo a demonstração da adequação técnica do objeto ofertado, o estabelecimento da exigência de certificação de adequação técnica segundo normas do Inmetro, como único meio de comprovação do cumprimento dos requisitos do produto, a meu ver, pode representar uma restrição indevida do universo potencial de licitantes.

7. Como é sabido, nos termos do art. 3º, inciso IV, da Lei nº 9.933/1999, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) é competente para exercer o poder de polícia, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, quando estão em questão os aspectos da segurança; da proteção da vida e da saúde humana, animal e vegetal; da proteção do meio ambiente; e da prevenção de práticas enganosas de comércio.

8. Fora desses moldes, a Portaria nº 170, de 10 de abril de 2012, estabeleceu, sob a modalidade de certificação voluntária, os requisitos técnicos para produtos de informática, uma vez que tal avaliação de conformidade tem como única finalidade informar e atrair o consumidor. Efetivamente, não se trata de uma certificação compulsória (obrigatória), pois não é resultante do exercício do poder de polícia da autarquia. Logo, é razoável que a Administração exija dos licitantes que os produtos por eles ofertados cumpram os requisitos técnicos previstos na referida norma, mas não podem ser obrigados a apresentar a certificação correspondente, pois ela é emitida por requerimento do fabricante, que não tem nenhuma obrigação legal de fazê-lo.

9. Portanto, a exigência de documentação técnica feita pelo subitem 1.1.1, inciso I, do Edital, extrapola o objetivo de servir como meio de demonstração da adequação técnica do objeto ofertado, e estabelece indevidamente um requisito limitador de potenciais concorrentes, ao obrigá-los a nomear a instituição certificadora (Organismo de Certificação de Produto – OCP) credenciada pelo Inmetro, responsável pela atestação técnica do produto."

garantir um parâmetro de qualidade, enquanto o TCU mostrou preferência por uma competição mais ampla. Sem competência para tanto, prevaleceu a "vontade" da Corte de Contas na definição da política de compras de tecnologia da informação do governo.

Esse posicionamento é interessante porque representa a confusão metodológica que muitas vezes "disfarça" a voluntariedade de seus termos. Fosse a conclusão decorrente apenas do entendimento de que o art. 30 da Lei nº 8.666, de 1993[202], seria uma norma com estrutura de regra contendo rol taxativo, tratar-se-ia de uma divergência interpretativa, e não de um sopesamento distinto, pois, nesse caso, a decisão partiria de uma subsunção. No entanto, a conclusão do TCU é pela inadmissão de tal documentação, salvo se devidamente justificada nos autos, uma exceção não contida na norma, disposta em abstrato, a qual decorre de um sopesamento próprio pelo tribunal, indicando uma decisão subjetiva.

Esse é apenas um exemplo de caso em que o órgão de controle, no afã de exercer seu *mister*, acaba por substituir a vontade do normatizador pela sua. Cabe tratar do modo como isso configura uma usurpação de competências, temática da próxima seção, adiante.

3.2.2 A necessidade de legitimidade autônoma para emitir juízos subjetivos próprios

A competência é reconhecida como um dos elementos de validade de um ato administrativo[203], incluindo atos normativos. Ainda que aparente ser uma questão formal "menor", a definição da competência é de suma importância – implica decidir quem terá legitimidade para falar em nome do Estado, discernir onde está o "interesse público". Essa

[202] "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso." BRASIL, 1993 [2021], *on-line*.
[203] JUSTEN FILHO, 2010, p. 364.

circunstância ganha especial importância nos casos ora tratados, em que a definição de quem avalia a questão influencia ou determina o próprio resultado.

Tudo o que fora dito sobre as falhas do juízo de ponderação serve para potencializar a importância da competência. Não que isso signifique que necessariamente apenas uma autoridade poderá ser competente para falar pelo Estado quando sua subjetividade for determinante, mas sim que tal modo de proceder exige uma atribuição de poderes específica, inexistente no mais das vezes quando se está a tratar do controle em abstrato dos atos regulamentares do art. 84, IV, da Constituição.

Esse ponto merece ser retomado. A competência do art. 84, IV, traz ínsita a necessidade de proceder a juízos subjetivos. A edição normativa em geral (incluindo decretos regulamentares) envolve, por definição, juízos de ponderação, de modo que conceder poder regulamentar ao presidente da República consiste em, necessariamente, dar-lhe a competência para, mediante juízos subjetivos, integrar a lei para possibilitar sua execução, com a maior fidelidade possível ao texto escrito.

Note-se, pois, que o art. 84, IV, ao seu modo, dá ao seu destinatário uma atribuição de formular juízos de ponderação em nome do Estado. Tais juízos podem conflitar-se com outros de mesma natureza – desde que também fundamentados com competências análogas concorrentes. O art. 48 da Constituição atribui ao Congresso Nacional o poder de "dispor sobre todas as matérias de competência da União", uma atribuição de caráter originário (e não de controle, ou seja, de análise da atuação de outro órgão) que, invariavelmente, abordará aspectos meritórios. É plenamente possível que haja conflitos entre a ponderação feita pelo Congresso e a do Executivo, os quais não terão uma solução simples, para além do diálogo, com decisões provisórias submetidas a escrutínios permanentes[204].

Em outro exemplo, na medida em que o STF é o órgão competente para a "guarda da Constituição"[205], ainda que todos aqueles que estejam sob a égide desta tenham legitimidade de interpretá-la em seus atos[206], o entendimento desse tribunal sobre a

[204] MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 177-179.
[205] "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]" BRASIL, 1988 [2020], *on-line*.
[206] HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 13-18.

interpretação a ser dada em normas de caráter flexível possui uma importância específica, dada pela própria Carta Magna. Possivelmente, o STF faria uma guarda da "sua ideia" de Constituição, mas isso seria inevitável – ou se guarda o texto constitucional a partir do ponto de vista do seu guardião principal, ou a defesa é parcial ou insuficiente, pois o guardião não exercerá seu *mister* plenamente, até o fim.

Do outro lado, uma visão das competências constitucionais do TCU não faz transparecer qualquer atribuição específica para direcionar onde estaria o "melhor interesse público". Os arts. 70 e 71 da Constituição associam à Corte de Contas a função de controle externo, e este, como já exaustivamente visto, é incompatível com juízos de ponderação em abstrato. A própria possibilidade de discussão de atos em abstrato não está clara no texto constitucional, já que todas as competências lá listadas dizem respeito à fiscalização e à apreciação de atos concretos (atos de admissão, análise de contas, aplicação de recursos etc.).

Ainda que possa haver jurisprudência que admita alguma apreciação em caráter mais abstrato pela Corte de Contas[207], não há como dizer que o texto constitucional atribui uma competência específica que legitima tal órgão a emitir juízos subjetivos em abstrato, apta a fazer frente ao art. 84, IV, da Constituição. Situação similar ocorre com o Poder Judiciário em geral. O art. 5º, XXXV, dispõe que a "lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Em abstrato, se o ato normativo é razoavelmente fundamentado, ele pode ser considerado "defensável", de modo que não se está a tratar de lesão ou ameaça a direito, mas de otimização ou atenuação de princípios – uma movimentação inerente à própria natureza destes, já que impossíveis de serem todos maximizados[208]. Um ato sem justificativa ou com justificativa falha pode ser revisto, pelo potencial de constituir uma lesão ou ameaça.

Para ilustrar a questão, cabe retomar um exemplo já citado: a Medida Provisória nº 896, de 2019, que eliminava a necessidade de publicação de atos públicos em jornais de grande circulação. Apresentada a ADI 6229 contra tal ato, foi proferida decisão monocrática suspendendo a norma sob o argumento de que haveria indicativos de

[207] Sendo exemplo o Enunciado nº 347 da Súmula de Entendimentos do STF, segundo o qual "o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público".
[208] SILVA, 2010, p. 109-110.

ausência de urgência e violação do direito à informação e publicidade em licitações públicas e à segurança jurídica[209].

Como indicado em seção anterior, entende-se que o contexto de descoberta que gerou a decisão foi distinto da justificativa enunciada, mas, neste momento, cabe analisar a motivação trazida expressamente na decisão. Nesse caso, a edição da medida provisória foi precedida de sopesamento administrativo quanto a esses mesmos fatores. Julgou-se tratar de questão relevante e urgente, bem como considerou-se que a publicidade oriunda da divulgação em diário oficial já seria suficiente para os fins da lei. O julgador do STF efetivamente repetiu os mesmos juízos feitos pela Administração, chegando a resultados diametralmente opostos e, a partir destes, suspendeu o ato.

O STF, enquanto guardião da Constituição, possui, ínsita às suas competências, um poder-dever de interpretá-la (inclusive seus princípios) que lhe legitimaria analisar conceitos de "relevância e urgência". Porém, se fosse o TCU[210] a tomar a mesma decisão pelos mesmos argumentos em abstrato (ainda que em uma consulta ou um processo de natureza distinta), a invasão de competência restaria clara.

Não seria o poder de controle que legitimaria a "repetição" e a substituição de sopesamentos, sendo necessária a atribuição de execução ou normatização ou, ainda, de interpretação nesse sentido. Caso inexista alguma competência específica que fundamente adentrar no mérito da opção feita pelo órgão normativo em questão, tal apreciação deve ser considerada inválida.

---

[209] Diz a fundamentação: "Em um juízo de cognição sumária, verifico presentes os requisitos necessários para a concessão do provimento cautelar. Isso porque, a despeito de não restar configurado o alegado desvio de finalidade na edição da Medida Provisória, outros fundamentos autorizam a conclusão de que há plausibilidade jurídica na inconstitucionalidade da norma, quais sejam: (i) a ausência de urgência constitucional da alteração proposta (art. 62 da CF/88), (ii) o risco de que a falta de detalhamento da norma impugnada prejudique a realização do direito à informação, à transparência e à publicidade nas licitações públicas (art. 37, XXI, da CF/88) e ainda (iii) a possível ofensa ao princípio constitucional da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, CF/88). Ademais, resta demonstrado que o perigo na demora da apreciação do mérito da ADI pode gerar danos de difícil reparação ao regime de publicidade dos atos da Administração Pública".

[210] Não se defende a tese de que o TCU não poderia interpretar a Constituição, já que esta é norma que vincula a todos. Mas o TCU não possui, nesse ponto, qualquer competência diferenciada, que não a genérica de controle, o que não ocorre com o STF (art. 102) ou o presidente da República (art. 84, IV). Por isso, enquanto um decreto regulamentar poderia emanar uma decisão subjetiva por força do art. 84, IV, e o STF sobre ele emitir um julgamento subjetivo/de ponderação de princípios constitucionais à luz do art. 102, o TCU não teria qualquer legitimidade adicional para também tentar fazer prevalecer sua visão de mundo, já que não se está mais a tratar de simples controle, e sua competência não vai além disso.

Isso vai além de um dever de "deferência"[211]. Há incompetência – o órgão controlador não possui, por ter essa condição, atribuição normativa. É possível pensar em uso do sopesamento caso a regra em abstrato demande ser excepcionada em razão de uma peculiaridade no caso concreto, mas não por uma discordância ainda em âmbito abstrato. Essa ação não possui a natureza de controle, não deve ser nem admitida nem tolerada como tal, sendo inválida.

De qualquer sorte, não basta um órgão de controle se deparar com uma discordância de mérito para que se sinta legitimado a "palpitar". Todos são dotados de opiniões: a competência serve justamente para eleger qual delas será considerada relevante para fins de determinação do interesse público. E, para desafiar a opinião de alguém competente, é necessária também uma competência própria – nesse ponto, não incluída no plexo de ações que formam a função de controle.

O órgão de controle que, por sua condição, substitui a vontade do normatizador pela sua usurpa a competência deste, por não ter atribuição de atuar desse modo. É necessário que se tenha competência específica para emitir juízos subjetivos em nome do Estado e, a partir disso, iniciar diálogos para que a resposta seja, contínua e infinitamente, aperfeiçoada.

Tratado, portanto, da tese principal de inadmissibilidade de uso da ponderação com base apenas na função de controle, cabe tratar da exceção a essa conclusão: a proteção ao princípio democrático, conforme se segue.

3.3 POSSIBILIDADE DE CONTROLE EXTERNO DE MÉRITO PELO JUDICIÁRIO POR PONDERAÇÃO PARA PROTEÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Considerando tudo o que fora defendido sobre a irrepetibilidade de juízos de sopesamento, entende-se que há uma exceção de relevância a ser pontuada. Tem-se que o Judiciário[212] pode exercer o controle de mérito de atos administrativos que desrespeitem

[211] Sobre deferência: "O princípio da deferência impõe que só haverá sindicabilidade diante de opções ou interpretações desprovidas de razoabilidade, flagrantemente inconstitucionais ou ilegais. Entre várias opções ou interpretações razoáveis, plausíveis, deverá ser respeitada a que foi adotada pela Administração, ainda que haja outras também plausíveis". ARAGÃO, 2012, p. 617.

[212] Fala-se apenas do Judiciário por este dispor de competência mais ampla para tratar de tal temática em relação ao TCU, o qual não possui, em seu plexo de atribuição, a defesa da democracia, da separação dos poderes ou de valores do gênero. Dito isso, em se inserindo a atividade de controle em alguma competência da Corte de Contas ou de outro órgão de controle externo, não haveria qualquer razão específica para que os argumentos ora tratados não sejam a eles extensíveis.

reservas institucionais para proteção ao princípio democrático. É possível cogitar a excepcionalidade dessa forma de se proceder, dada a relação de alto custo e benefícios relativos de que ela se reveste, mas o argumento de separação de poderes não poderia servir de impeditivo à sindicabilidade de ações que vise, justamente, atacar a mesma separação.

Para se chegar a essa conclusão, serão abordados quatro pontos a seguir: o modo como as reservas institucionais espelham a democracia enquanto princípio, mandado de otimização; a natureza do controle judicial de mérito como atenuação do princípio democrático; a incidência do paradoxo da tolerância para legitimação de ações antidemocráticas contra atos antidemocráticos; e, por fim, o dever de proporcionalidade entre a violação causada pela intervenção judicial e o ato regulatório originário.

3.3.1 Democracia como norma com natureza de princípio

A configuração jurídica da democracia depende muito do conceito que dela se tem. Caso se entenda que uma nação precisa apenas cumprir certos requisitos para que tenha a alcunha de "democrática", pode-se entender tratar-se de uma regra, aplicável no tudo-ou-nada, mediante subsunção. Já, entretanto, se for entendido que a democracia consubstancia um valor que, dotado de normatividade, deve ser otimizado da melhor forma possível, ela poderia ter natureza de princípio, possuindo uma dimensão de peso e sendo concretizada na medida do que mostrar-se viável considerando o caso concreto[213].

Não existe uma resposta certa para essa pergunta, ao menos em abstrato. Uma visão mais restritiva de democracia, que exija apenas a presença de eleições periódicas com sufrágio universal, pode qualificá-la como sendo uma regra. Um conceito dessa natureza, por exemplo, admitiria a existência das chamadas "democracias iliberais"[214], as quais, inobstante possuam eleições periódicas e sufrágio universal, têm governos autoritários que, a partir de toda uma sorte de manobras, se perpetuam no poder de forma abusiva. Já uma visão mais ampla da ideia de democracia estaria mais próxima de um

[213] Um exemplo da realização da democracia em graus pode ser observado pelo Índice de Democracia calculado pela revista "The Economist", a partir da mensuração de liberdades individuais, pluralismo e cultura política. O relatório referente ao ano de 2020 está disponível em: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/. Acesso em: 11 abr. 2021.

[214] SADURSKI, W. **Poland's Constitutional Breakdown**. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 243. Vale salientar que o autor pontua que a expressão "democracia iliberal" pode ter algum significado apenas na primeira eleição, em que não há ainda o sequestro do governo – após, a qualificação como "democracia" torna-se em dúbia.

princípio, mas com especial tratamento ao seu núcleo essencial. É que princípios são dotados de núcleos essenciais, os quais, em tese, não devem ser negados[215]. Entretanto, os limites desses núcleos essenciais são formados a partir, justamente, da regra de colisão, ou seja, conforme o caso concreto – não seria possível afirmar o que é essencial a um determinado princípio em abstrato[216], mas sim, apenas, dentro de um caso concreto, no cotejo com outros princípios colidentes[217].

No caso da democracia, esse núcleo essencial possui um tratamento diferente. Existiriam sim *standards* mínimos os quais, se não cumpridos, não seria possível sequer qualificar um país como uma "democracia" [218]. Nesse ponto, o termo "democracia" teria o fim de classificação da forma de governo, de estabelecer tratar-se não de um Estado formalmente monárquico (governo de um) ou aristocrático (governo de poucos)[219], mas sim de governo que se faz pelo povo, ao menos em tese.

Além desses parâmetros mínimos, a democracia também tem um aspecto valorativo. Ela representa uma série de ações, promoções e proteções que podem ser postas em um gradiente. Um Estado pode ter mais ações democráticas e, nesse sentido, ser mais democrático do que outro, sem que este passe a se qualificar como uma aristocracia ou monarquia. Uma nação que respeita a diversidade e promove o debate e as liberdades públicas atende melhor ao valor "democracia" do que outra que não o faz. No mesmo sentido, se uma Constituição assume como dever do Estado a execução de tais ações[220], positiva em seu ordenamento o valor "democracia" enquanto princípio, oponível ao Estado como um "mandado de otimização".

No caso brasileiro, a Constituição, no seu art. 1º, é emblemática ao associar o conceito de "democracia" a valores substantivos, alçando todos à condição de "fundamentos" da República. Não só há previsão da democracia representativa no

---

[215] MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 358-361.

[216] Admite-se que a definição da existência ou não de um núcleo essencial em abstrato é questão tormentosa na doutrina. Adota-se o posicionamento pela definição apenas no caso concreto por concordância, mas, em razão da natureza especial do núcleo essencial da democracia, acaba sendo uma discussão infrutífera para os fins deste trabalho.

[217] SILVA, 2010, p. 196-200.

[218] MANIN, B.; PRZEWORSKI, A.; STOKES, S. C. (ed.). **Democracy, Accountability, and Representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 1-3.

[219] ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998. p. 211-213.

[220] BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 536.

parágrafo único do dispositivo[221] mas também qualifica-se o Estado como "Democrático de Direito", associando a democracia a um regime de direito mais amplo, que tem por fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

No que tange à dignidade da pessoa humana, tomada como sustentáculo para direitos fundamentais em geral[222], sua relação com a democracia se dá, especialmente, na concessão de direitos associados à expressão, à informação e ao debate público[223]. Já quanto ao pluralismo político, verifica-se nele uma relação direta com a democracia, representando a proteção e promoção das minorias e a concessão de instrumentos para que elas possam se fazer ouvir. Uma sociedade plural é aquela em que a maioria não subjuga a minoria, assimilando-a, mas em que convivem visões distintas de mundo[224], em que decisões relevantes são feitas pelo debate de ideias e com tolerância mútua[225].

Ainda quanto à ideia de democracia adotada na Constituição brasileira, cabe tratar de sua relação com a separação de poderes. Em termos conceituais, são normas distintas, mas há uma relação de mútua dependência envolvida[226]. Especificamente, é elemento da democracia a existência de um arranjo institucional que traga limitações efetivas do poder pelo poder, que se convencionou chamar "separação de poderes" ou "sistema de freios e contrapesos"[227]. Democracias denominadas "iliberais", cuja própria qualificação como "democracia" é duvidosa, costumam transmutar-se do modelo "liberal" para o "iliberal" (e daí, muitas vezes, para regimes autocráticos plenos) a partir de medidas de "constitucionalismo abusivo", que atacam justamente o arranjo institucional de separação de poderes[228].

Em tais sistemas, mantém-se o sufrágio popular, mas o domínio das instituições e organizações, em razão da falta de controle do poder pelo poder, é tamanho que a mera

---

[221] "Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." BRASIL, 1988 [2020], *on-line*.
[222] SARLET, I. W. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 95-103.
[223] SOUZA NETO, C. P. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 301-302.
[224] BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 178-179.
[225] LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 103-107.
[226] Vide art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso em: 4 abr. 2020.
[227] SOUZA NETO, 2020, p. 262-263.
[228] Sobre a questão: LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, v. 47, p. 189-260, 2013.

existência desse sufrágio não é suficiente para garantir que a autêntica vontade do povo prevaleça, já que o autocrata usualmente detém meios de manipular essa vontade e, com isso, os próprios votos.

Independentemente da qualificação que se dê a tais regimes "iliberais" (se democráticos, autocratas ou algum terceiro gênero), fato é que cada ataque à separação de poderes move o arranjo institucional mais distante do ideal democrático e mais próximo da autocracia. A completa eliminação dos freios e contrapesos tende a gerar a impossibilidade de qualificar o Estado em questão como "democrático". Traduzindo essa constatação para a linguagem da teoria dos princípios, por meio da premissa de que um princípio deve ser visto *a priori* em sua efetividade máxima[229], cada ato de atenuação da separação de poderes representa uma restrição ao princípio democrático. Por sua vez, a transmudação do sistema de democrático para não democrático seria o atingimento do "núcleo essencial" de tal princípio.

Pode-se discutir em que momento a violação à separação de poderes atinge esse núcleo essencial, mas isso transborda o objetivo desta dissertação. O que interessa constatar por ora, e que servirá de premissa ao presente trabalho, é que, ainda que "separação de poderes" e "democracia" não sejam propriamente sinônimos, qualquer restrição ou violação ao sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição pode representar uma restrição ao princípio democrático, devendo ser como tal tratada[230].

Dentro da separação de poderes, o arranjo institucional, na prática, é formado de regras escritas e não escritas[231]. Aquelas possuem sua execução relativamente fácil, mas estas, ainda que igualmente valiosas, são de preservação muito mais dificultosa no caso de seu descumprimento. Regras institucionais não escritas, ora denominadas "reservas institucionais"[232], tendem a ser respeitadas até o momento em que não o são, sendo seu desrespeito um indicativo de rearranjos institucionais[233], os quais não necessariamente merecem albergue jurídico, acaso violem disposições constitucionais sensíveis.

---

[229] SILVA, 2010, p.164-167.

[230] Quando se fala em "violação à separação de poderes", não se quer dizer em modificação do arranjo institucional respectivo, mas em desequilíbrio que afete a própria capacidade do poder de limitar a si mesmo. Mudanças de arranjos institucionais são naturais, no entanto, quando elas enfraquecem o sistema de freios e contrapesos, há "violação" e impacto democrático.

[231] NORTH, D. C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 69-71.

[232] LEVITSKY; ZIBLATT, 2018. p. 107.

[233] TUSHNET, M. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, Chicago, v. 37, n. 2, p. 532.

Na condição de princípio, a democracia possui eficácia, *a priori*, máxima, sendo passível de limitações a partir de especificidades do caso concreto. Não é toda quebra de regra não escrita que gera violação ao princípio democrático, ainda que, em tese, seja plenamente possível cogitar a modificação de posturas em relação a costumes institucionais que não tenham relação direta com valores democráticos, mas apenas com práticas reiteradas de outra natureza.

Além disso, é possível que ações de desrespeito às reservas institucionais que venham a romper com a eficácia máxima *a priori* da democracia tenham base em outros valores igualmente respaldados. Após a Crise de 1929, e depois de diversas ações relacionadas ao seu *new deal* julgadas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos, Roosevelt promoveu interferência direta em outro poder, o que iria contra "regras não escritas", ao propor projetos de lei para modificar o número de componentes dessa instituição e, assim, obter maioria. Essa simples ameaça foi suficiente para que a Suprema Corte adotasse outra postura e referendasse os atos subsequentes daquele governo[234].

Nesse caso exemplificativo, houve evidente ruptura institucional e quebra de "regras de cortesia" não escritas[235], mas o fundamento na situação excepcional à época tornou tal medida "defensável", "do jogo político". Em outras palavras, pode ter havido uma restrição momentânea ao princípio democrático, mas que não chegou a violar o núcleo essencial da democracia do país. Obviamente, uma intervenção mais intensa, ou até a mesma intervenção em outro contexto, poderia gerar uma conclusão distinta sobre sua admissibilidade, conforme exemplos a serem tratados adiante.

Dito isso, se toda quebra de regras não escritas representa um rearranjo institucional, é inegável que persiste o potencial de ataque à democracia com tal forma de proceder. Se houver restrição ao princípio democrático, e esta não for fundamentada em algum outro princípio, bem como proporcional/razoável, haveria uma potencial supressão democrática injustificável, portanto suscetível de impugnação e derrubada. Em outras palavras, ainda que nem toda quebra de reservas institucionais gere repercussões democráticas, parte significativa dos ataques à democracia é feita mediante violação a regras não escritas[236]. Sendo tais regras representação da eficácia máxima da democracia

[234] TUSHNET, 2004, p. 544-545.
[235] Fenômeno chamado por Tushnet de *constitucional hardball* ou "jogo duro institucional", trazido ao Brasil por Glezer como "catimba constitucional". GLEZER, R. **Catimba constitucional:** o STF, do antijogo à crise constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.
[236] SOUZA NETO, C. P. **Democracia em crise no Brasil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 28-31.

enquanto princípio, sua violação implica atentado ao princípio democrático, devendo ser dessa forma tratada, o que pode gerar repercussões em sede de controle judicial, como se passa a expor a seguir.

3.3.2 A usurpação de competências como violação ao princípio democrático

Considerando tudo o que já fora estabelecido nesta dissertação sobre a natureza da elaboração normativa, bem como do seu respectivo controle, o que se busca verificar agora é a compatibilidade com o princípio democrático e a separação de poderes adotados pela Constituição Federal de 1988 da repetição de juízos de sopesamento.

No caso, a Administração edita um ato de efeitos abstratos, a partir de regular sopesamento fundamentado, e o Judiciário, ao fazer controle com mesma abrangência (controle abstrato para atos abstratos), tem seu próprio sopesamento e, havendo divergência de resultados, "impõe" seu entendimento como palavra final. Essa forma de proceder respeita a separação de poderes? À luz do art. 2º da Constituição, o relacionamento entre poderes é pautado na "independência" e "harmonia". A possibilidade de o Judiciário substituir o administrador naquilo que representa a essência do seu *mister*, avaliar o contexto social e normativo e decidir pela melhor forma de proceder à luz do interesse público não aparenta ser condizente com independência ou harmonia.

Vendo-se a "imunidade" de controle de forma mais ampla ou mais restrita, se entendermos que não existe "vontade pessoal" na atuação do Estado (seja porque não existe pessoa física "Estado" a ter vontade, seja porque é a vontade da Constituição que condiciona o "presentante", e não o inverso), a admissão de sindicabilidade do sopesamento de princípios ou valores envolvidos em determinada situação significa não restar muito mais de um ato discricionário que seja realmente da competência "independente" da Administração. Todo ato administrativo representaria uma "decisão liminar", cuja definitividade dependerá da ausência de derrubada judicial[237], o que não se coaduna com a ideia de "independência".

O posicionamento desta dissertação, já exposto, é claro no sentido da existência de usurpação de competência, inobstante a existência de entendimentos diversos. De qualquer sorte, adotando-se uma ou outra corrente acerca do assunto, é inegável, pelo

[237] Ou administrativa, no caso dos Tribunais de Contas, por exemplo.

menos, a defensibilidade do entendimento de que o controle judicial do mérito administrativo, como substituição dos juízos de ponderação feitos pela Administração na edição do ato administrativo, tem riscos de representar uma violação à separação dos poderes. Ademais, a aceitação, em sede doutrinária e jurisprudencial, como uma "regra não escrita", da constatação de que o Judiciário não deve adentrar no mérito administrativo a torna, em si, uma "reserva institucional", o que, como já visto, não necessariamente implicaria violação ao princípio democrático, apesar de ter o potencial de gerar esse resultado.

Sem a pretensão de predizer os efeitos de tal prática, o que se busca estabelecer é que há uma violação à competência do art. 84, IV, da Constituição quando, invocando-se uma função de controle para além do seu alcance, o órgão de controle externa acaba por agir para além do seu mandado. Há, para os fins deste trabalho, uma atuação contrária às reservas institucionais, o que pode indicar um atentado à democracia, ainda que potencialmente. Feitos esses esclarecimentos, passa-se à forma como o princípio democrático, à luz da chamada "democracia militante", pode servir como fundamento para o controle judicial do mérito administrativo.

3.3.3 A democracia militante como fundamento para o controle judicial excepcional do mérito administrativo em defesa das instituições democráticas

Após o suicídio de Getúlio Vargas e a eleição de Juscelino Kubitschek à presidência do Brasil, deu-se início a intenso período de turbulência política. A oposição, liderada por Carlos Lacerda, impugnava o resultado das eleições, o que encontrava respaldo em parte da sociedade e do Exército. A pretensão de desencadear um possível golpe passou a ser manifestada expressamente, com apoio do vice-presidente do país e do presidente da Câmara, Café Filho e Carlos Luz, respectivamente.

Em novembro de 1955, o então ex-ministro da Guerra, Marechal Henrique Lott, obteve junto ao Senado o impeachment do presidente em exercício e, no fim do mesmo mês, já tendo retornado ao posto de ministro, isolou Café Filho em seu apartamento com tropas do Exército e conseguiu seu impeachment, o segundo. Tudo isso finalizou, no dia

24 do mesmo mês, com a decretação do estado de sítio com aval do Congresso Nacional, até que finalizada a transição de poder com a posse do novo presidente eleito[238].

Esse episódio exemplifica o uso de manobras que seriam, em si, antidemocráticas como meio de impedir solavancos maiores na democracia (contragolpes). Nesse sentido, a realização de dois impeachments em 15 dias e o isolamento de um presidente com tropas do Exército não se mostram medidas condizentes com as reservas institucionais, quiçá com a separação de poderes, no entanto, se a alternativa é o desrespeito ao resultado das eleições, a admissibilidade de tal forma de proceder é ponto que merece alguma reflexão.

Karl Popper, em "A sociedade aberta e seus Inimigos", descreve o que chama de "paradoxo da tolerância"[239]. Em suma, argumenta o filósofo que a tolerância não deve ser ilimitada, ou ela própria estará em risco. Ser tolerante demais com os intolerantes geraria a prevalência destes e, com isso, o fim da tolerância. Na medida em que for inviável o diálogo racional como forma de combate à intolerância, ou seja, se for impossível combater a intolerância sem se utilizar desta própria, deve-se reservar o direito de não tolerar os intolerantes, quando isso se mostrar necessário.

O paradoxo da tolerância pode ser traduzido ao âmbito do estudo sobre democracia pelo chamado princípio da "democracia militante", segundo o qual "o regime democrático deve repelir as práticas tendentes a sua própria supressão"[240]. Afinal, se o argumento principal para uma postura passiva do Judiciário é o eventual atentado à democracia e à separação dos poderes, essa razão de agir perderia o sentido se, do outro lado, estiver, justamente, uma ameaça a esses exatos mesmos valores. Um sistema que, para se considerar democrático, tolera ações que levem ao fim da democracia é, no mínimo, autodestrutivo.

Era comum a incidência da democracia militante em casos de análise de registro de partidos políticos ou até de candidaturas a eleições, havendo casos históricos de partidos cujo registro fora indeferido por levantarem bandeiras fascistas, nazistas ou antidemocráticas em geral. O próprio surgimento de tal princípio teria se dado no contexto

---

[238] Conforme relato contido no acervo do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil da Fundação Getúlio Vargas (FGV): http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/henrique-batista-duffles-teixeira-lott. Acesso em: 11 abr. 2021.
[239] POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974. p. 289-290.
[240] SOUZA NETO, 2020. p. 295.

da Segunda Guerra Mundial, em que Hitler teria utilizado as eleições democráticas alemãs para obter o poder e, então, subverter a própria democracia[241].

Merece registro o fato de que, em épocas mais recentes, tentativas de uso da "democracia militante" foram limitadas pelos tribunais. Melhor dizendo, houve uma maior cautela na invocação desse princípio, com a imposição de limitações jurisprudenciais à sua incidência, até pela sua gravidade[242]. Afinal, consiste, assumidamente, em praticar um ato que, no vácuo, seria "antidemocrático" (ou melhor, "intolerante", nos dizeres de Popper) para combater uma ameaça ainda maior à democracia.

De qualquer sorte, a premissa lógica remanesce. Havendo uma ameaça à democracia (incluindo à separação de poderes) que não consiga ser devidamente debelada pelos discursos e debates democráticos, não seria razoável invocar a necessidade de preservação da democracia como argumento para fundamentar uma atitude claramente atentatória a essa mesma democracia. Por ação ou omissão, em qualquer dos casos, haverá um atentado à democracia: cabe seguir o curso de ação que gere o menor dano, ainda que se possa discutir o nível de cautela a ser tomada antes de qualquer ação institucional sob esse argumento.

Trazendo esse argumento para atos administrativos que violem reservas institucionais, deve-se observar o seguinte quadro. Inicialmente, deve-se verificar se o ato em questão, ao violar uma reserva institucional, representa alguma limitação democrática, já que, conforme visto, a violação a reservas institucionais é acompanhada de ou visa a rearranjos, o que não necessariamente representa malferimento democrático.

Para dar maior concretude ao que foi dito, cabe analisar alguns exemplos. No Mandado de Segurança 37.097/DF, o ministro do STF Alexandre de Moraes, monocraticamente, suspendeu a nomeação de diretor da Polícia Federal, sob o argumento de que tal ato seria feito com vistas a "transformá-la" em órgão de inteligência da Presidência da República.

A admissibilidade de adentrar no mérito, no presente caso, partiria de uma série de premissas. Se uma suposta independência da Polícia Federal for da essência do arranjo institucional que caracterize os freios e contrapesos democráticos, e se a nomeação em questão tiver força suficiente para mudar esse estado de coisas a ponto de representar

[241] SOUZA NETO, 2020, p. 295-297.
[242] *Ibid.*, p. 297-299.

uma ameaça significativa à democracia, a derrubada do ato seria cabível sem que se perquira atitude antidemocrática ou antirrepublicana do Judiciário[243] – o exame seria de proporcionalidade. De qualquer forma, a análise de tais pontos já implica adentrar no mérito do ato.

Outro exemplo similar, mas com desfecho distinto, também pode ser citado. Nos autos do processo nº 0802019-41.2019.4.05.8103, o juízo da 18ª Vara Federal do Ceará suspendeu nomeação de presidente da Fundação Palmares, sob a alegação de que o nomeado possuía postura pessoal diametralmente oposta aos fins da Fundação e sua condição futura de presidente de tal entidade poderia violar a equidade, a valorização do negro e a proteção da cultura afro-brasileira. A decisão foi mantida em 2ª instância, no Tribunal Regional Federal (TFR) da 5ª Região e, por fim, derrubada no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob os argumentos de que o Judiciário deveria se abster de manifestações quanto à conveniência e oportunidade, e que manifestações em redes sociais não seriam indicativos suficientes de competência profissional a ponto de fundamentar decisões desse gênero.

Nessa situação, o dilema ora tratado também se apresenta. Presumindo que houvesse comprovação suficiente de que o posicionamento pessoal do indicado para chefiar a Fundação Palmares era solidamente oposto aos objetivos institucionais da organização e que esta seria incumbida de fins relacionados à proteção de interesses minorias negras, é possível que se concluísse que a nomeação em questão representasse um atentado potencial[244] à democracia.

Nesse caso, invocar reservas institucionais[245] como argumento para que o Judiciário não entre no mérito da nomeação soa contraditório, já que em ambos os polos o valor a ser defendido é a democracia, ainda que sob óticas distintas. Seria possível negar o provimento caso não houvesse provas sólidas o bastante desse posicionamento oposto

[243] Não que não se revistam de tais características, mas sim que estas seriam "toleráveis".
[244] Sobre a utilização dos princípios da prevenção e da precaução no controle imediato de atos administrativos com base em seus efeitos futuros, Dezan define "o conceito de *precaução ambiental*, caracterizando-a como a conduta estatal que, considerando os riscos como prováveis, não aguarda conclusões científicas absolutas que demonstre a gravidade dos danos ou a sua irreversibilidade para a tomada de medidas economicamente viáveis, preventivas da possível degradação ambiental. Com efeito, a precaução requer somente o sopesamento dos riscos, pelo próprio Estado, para a adoção de ações ou de omissões políticas ou administrativo-executórias hábeis à contenção de possíveis riscos ambientais". O autor expande o uso da precaução como um parâmetro para a teoria da decisão administrativa como um todo, para além do âmbito estritamente ambiental, a partir do princípio da juridicidade. DEZAN, 2014, p. 48.
[245] Pelo uso de artifícios como "assuntos *interna corporis*" ou "insindicabilidade do mérito administrativo", em especial, se ocorrer de modo aleatório, sem uma metodologia específica.

aos fins da Fundação ou da relação entre os fins desta e a defesa das minorias; ou caso se entendesse que não passaria pelo exame de proporcionalidade, em sentido estrito, a intervenção judicial em relação à violação democrática havida com a nomeação em questão. No entanto, em ambos os casos, o Judiciário faria a apreciação do mérito e repetia o sopesamento feito pela Administração, com a diferença que, ao contrário do caso anterior, seu resultado seria pela manutenção da decisão[246].

O mesmo fenômeno pode ser observado também na esfera internacional. Após sua derrota nas eleições de 2016, o governador republicano do estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos, nomeou quase mil funcionários de sua confiança, ao passo que o Legislativo estadual, majoritariamente republicano, passou a exigir confirmação do Senado para alguns cargos, mudou a composição de conselhos para retirar do governador poderes de nomeação, dando-lhes representação partidária igual, com a presidência sendo ocupada pelos republicanos nos anos eleitorais, bem como diminuiu a Corte Suprema estadual em três membros, retirando três indicações do governo seguinte. Em essência, o governo republicano (Executivo e Legislativo) aprovou diversas medidas para limitar em demasia a autonomia do governo seguinte, democrata[247].

Esse caso é constantemente citado como um exemplo de quebra de reservas institucionais. Nenhuma das medidas, vistas no "vácuo", viola alguma regra escrita, propriamente. A nomeação de funcionários é medida recorrente, e a alteração do modo de funcionamento de conselhos ou até da Corte Suprema é possível. O problema ocorre quando tais medidas são utilizadas em conjunto com a clara finalidade de subverter o resultado legítimo de um processo democrático, tirando do novo governo autonomia em "retaliação".

O uso de mudanças institucionais impessoais para fins "pessoais" (ainda que partidários) viola regras não escritas, e a extensão de como isso foi feito, no exemplo mencionado, representa uma grave violação à democracia[248]. Nesse tipo de situação, se

[246] Reitere-se: em ambos os casos, a discussão é estritamente metodológica, ou seja, se a decisão poderia adentrar no mérito do ato, e não se, adentrando, deveria concluir de um modo ou de outro. Argui-se que, se os requisitos para aplicação da exceção não estiverem presentes, o órgão controlador sequer poderá repetir a ponderação que gerou o ato. Nas condições das hipóteses anteriores, seria admissível a repetição dessa ponderação, o que não significa dizer que, no exame de proporcionalidade, o exame deveria ser esse ou aquele. Para tanto, inúmeros outros fatores que vão além desta pesquisa influenciarão a decisão.
[247] LEVITSKY; ZIBLATT, 2018. p. 200-201.
[248] Sobre o potencial destrutivo de instituições extrativistas (não só economicamente, mas sob o ponto de vista político-patrimonialista): ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 356-389.

o Judiciário é instado a agir, não se mostra razoável a utilização de argumentos como "assuntos *interna corporis*" ou "usurpação de competências legislativas" quando estes visam defender a mesma democracia cuja proteção se pretende obter com a intervenção judicial. Se a intervenção for menos "antidemocrática" que a omissão, deve-se intervir, ainda que na estrita medida do que se mostrar indispensável.

Feitas essas considerações, cabe uma última advertência, retomando pontos antecipados anteriormente. Dizer que, juridicamente, seria possível ao Judiciário entrar no mérito de decisões de outros poderes que atentem contra reservas institucionais não significa que tal medida sempre deverá ocorrer ou que não haveria qualquer limite a tal modo de proceder. Há uma série de fatores que influenciam a decisão judicial, em especial da jurisdição constitucional ou do STF[249], e a admissibilidade jurídica de uma intervenção não implica prudência ou eficiência de assim fazê-lo, como se passará a tratar.

3.3.4 O temperamento da aplicação da democracia militante pelo princípio da proporcionalidade: limites fáticos e jurídicos à intervenção judicial

Na seção anterior, partiu-se da premissa de que, para defesa do Estado contra prática de ato antidemocrático, o controle externo (especialmente o Judiciário) estaria, de certo modo, "legitimado" a também agir com certa desconformidade com o princípio democrático, com as reservas institucionais.

No entanto, como indicado, não é qualquer forma de intervenção judicial que se encontraria legitimada, mas sim aquela proporcional, já que, sendo um modo de atuação estatal como qualquer outro, deve obediência à regra da proporcionalidade. Nesse sentido, a decisão judicial será precedida de duplo juízo de sopesamento: o primeiro, repetindo o efetuado pelo órgão executor (o qual estaria legitimado pela constatação de risco de atentado à democracia); o segundo seria para que, constatando-se uma efetiva violação democrática, a intervenção ordenada pelo juízo seja adequada, necessária e proporcional à defesa da democracia, considerando a ameaça constatada. Esse segundo juízo seria original, não efetuado por ninguém antes.

[249] MELLO, P. P. C. Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 373-384.

Reiterando argumento já defendido, salvo se o órgão de controle detiver competência autônoma, ele não teria sequer a possibilidade de repetir o juízo de sopesamento feito pelo órgão executor. Caber-lhe-ia, apenas, verificar o cumprimento dos requisitos de legalidade, bem como a verossimilhança do atendimento da racionalidade ética quanto aos demais princípios, incluindo eventual desvio de finalidade. Se "sentir" que há atenuação "indesejada" de qualquer princípio em favor de outro, salvo no caso de sua completa desconsideração, não lhe incumbiria um juízo distinto, já que, no caso, a separação de poderes deu ao executor a atribuição de fazer esse juízo subjetivo, em que a regra de competência é tão determinante.

Essa forma de raciocínio não se aplica quando a democracia for o princípio atenuado na colisão de princípios. Nesse caso, a razão que impediria o sopesamento pelo órgão de controle é justamente o valor que seria protegido por tal modo de atuação. Assim, se houver atenuação do princípio democrático, o órgão de controle poderá fazer seu primeiro juízo de sopesamento, pela regra de proporcionalidade[250], e emitir sua decisão sobre o ato em si (se é proporcional ou não).

Representando uma efetiva violação democrática, faz-se o segundo juízo de ponderação conforme a regra da proporcionalidade, verificando-se a adequação, necessidade e proporcionalidade de seu próprio ato subsequente em defesa da democracia[251]. A decisão do juízo, tanto quanto o ato normativo original, deve ser apenas o estritamente necessário para reestabelecer o valor protegido (democracia) ao *status quo ante*, considerando que sua própria atuação é irregular.

Essa linha de raciocínio não se baseia apenas em um entendimento jurídico mas também, e principalmente, em premissas fáticas, pragmáticas. O chamado "constitucionalismo abusivo", já abordado, caracteriza-se, em especial, por sua versatilidade. Há inúmeras formas de manipulação dos arranjos institucionais para favorecer um ou outro poder ou interesse, e boa parte desses mecanismos não são suscetíveis a bloqueio por decisões judiciais. Para a defesa democrática, não basta uma Corte ativa ou ativista, sendo necessário o comprometimento de toda a sociedade com

[250] SILVA, 2010. p. 167-178.
[251] Quanto à admissibilidade do controle judicial para assegurar a participação democrática, inclusive quanto às minorias, Cf.: ELY, J H. **Democracy and Distrust:** A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

tais valores[252], de modo que permeiem as demais instituições e organizações, todas imbuídas desse mesmo propósito.

Casos pontuais de violações a reservas institucionais, dentro de um ambiente em que valores democráticos são minimamente preservados, podem ser devidamente tratados mediante intervenção judicial. Além dos exemplos citados, o governo de Álvaro Uribe, na Colômbia, em uma época em que lideranças caudilhas com viés autoritário estavam surgindo na América Latina, pleiteou e conseguiu a aprovação da segunda reeleição, o que foi bloqueado pela Corte Suprema, por violação democrática em razão do potencial de captura das instituições[253]. A ausência de novas tentativas, ou até de retaliação contra a Corte Suprema, fala muito mais sobre a democracia colombiana do que sobre a eficiência ou admissibilidade do controle judicial de mérito em tais casos.

Entretanto, se o contexto é desfavorável, a atuação judicial é inútil, se não suicida. O caso turco é emblemático disso. A Suprema Corte turca, na década de 1990, decidiu banir o "Islamist Welfare Party", um partido político que supostamente violaria o caráter secular da política do país. A decisão foi mantida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, a partir da democracia militante. Entendia-se que sua plataforma era religiosa a ponto de ser incompatível com o regime democrático.

Ocorre, entretanto, que tal partido tinha representação significativa e fazia parte da coalizão majoritária. Seu banimento gerou partidos sucessores: primeiro, o "Virtue Party", banido logo após pela Corte Suprema; depois, o "Justice and Development Party". Esta última iteração obteve, em eleições, a maioria do Parlamento em 2002, 2007 e 2011. Eventualmente, essa maioria foi utilizada, justamente, para alterar a composição e os poderes da Corte Suprema[254].

No caso russo, a Corte Constitucional recém-criada proferiu diversas decisões garantindo poderes ao Parlamento de influir no governo do então presidente Boris Yeltsin. Tais decisões seriam, supostamente, respaldadas pelo texto literal da constituição, mas, ainda assim, a discordância do presidente era intensa. Com o presidente interpretando extensivamente seus poderes, o Parlamento não renunciando a suas atribuições de intervenção, e a Corte Suprema tendo de intermediar esse conflito, a tensão escalava.

[252] GINSBURG, T; AZIZ, H. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018. p. 245.
[253] LANDAU, 2013, p. 200-203.
[254] *Ibid.*, p. 220-224.

Eventualmente, Yeltsin ordenou o bombardeio do Parlamento e fechou a Corte Suprema, reabrindo-a depois com a nomeação de ministros leais ao presidente. Ao fim, a postura ativa da Corte Constitucional em defesa da democracia resultou na sua própria derrocada[255].

Tais exemplos são ilustrativos do ponto que se deseja enfatizar. É juridicamente admissível que o Judiciário adentre no mérito de atos administrativos, quando tais atos violam reservas institucionais. A defesa da democracia, por suas regras não escritas, pode ser argumento para uma postura judicial mais ativa, caso não haja possibilidade de lidar com a ameaça à democracia por meios que importem em menor intervenção entre poderes.

A possibilidade jurídica de agir dessa forma não implica conveniência ou viabilidade política de assim fazê-lo. A quebra de regras não escritas de um lado incentiva o mesmo tipo de ação do outro[256]. O Judiciário é incapaz de barrar totalmente ameaças que estejam calcadas em constitucionalismo abusivo, e qualquer tentativa "heroica" de assim fazê-lo poderá implicar suicídio institucional. A intervenção pontual, no caso concreto, para que seja possível, não só sob o aspecto jurídico, demanda a existência de um tecido social que valorize a democracia e as instituições, sendo o mecanismo mais eficiente de defesa de tais valores.

Não incumbe ao órgão de controle externo (ou a qualquer órgão público) engajar-se em disputas sobre quem mais viola regras institucionais. Cada vez que se joga fora as regras não escritas, corre-se o risco de reduzi-las à insignificância, banalizá-las. Como já pontuado, a possibilidade de atuação excepcional em defesa da democracia não significa o benefício de assim fazê-lo – muitas vezes, é uma atuação que se mostra prejudicial. Decisores devem ser cientes e ciosos não só de suas competências estritas mas também de seu papel na atuação do Estado enquanto promotor de direitos fundamentais, e não como fim em si mesmo.

[255] SCHEPELLE, K. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transitional Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary). **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 23, 2014. p. 58-60.
[256] LEVITSKY; ZIBLATT, 2018. p. 204.

4. CONCLUSÃO

O art. 84, inciso IV, da Constituição dá ao chefe do Poder Executivo o poder de editar decretos para regulamentar leis expedidas pelo Congresso Nacional visando à sua "fiel execução". Essa expressão é enganadora, pois expõe um paradoxo: só se pode vislumbrar a necessidade de um ato normativo complementar naquilo em que a lei for incompleta e/ou incerta. E, por outro lado, não é possível ser fiel às lacunas, ou seja, aos espaços onde a lei não existe, foi omissa. Essa dualidade deve ser compreendida, em termos, como um ideal, ou seja, a fiel execução é na medida em que existe a lei, sendo esta o ponto de partida, e não o de chegada.

Só se pode admitir a existência de decretos regulamentares (ou qualquer outro ato normativo) na medida em que tiverem o efeito de inserir, criar algo no ordenamento jurídico, ainda que seja a certeza de determinado entendimento. Tal criação, imputada ao Estado, é resultado não de alguma decisão elevada, gerada pelo acesso à pura racionalidade após esforço hercúleo, mas da apreciação subjetiva de princípios por um decisor humano, que, ainda que busque o melhor interesse público, possui uma maneira particular de compreender o mundo que invariavelmente afeta seu ponto de vista.

Talvez se cogite que, se a decisão tiver de ser submetida a uma ou mais instâncias de controle, o resultado possa vir a ser mais refinado. Parcialmente, talvez seja uma afirmação correta, afinal, o controle externo é capaz e tem o dever de corrigir falhas procedimentais e formais, bem como ilegalidades, na medida em que há regramento respectivo ou vícios de motivação como o desvio de finalidade, o abuso de poder ou o erro grosseiro.

Entretanto, no mérito em si da escolha, a apreciação não é aditiva, mas substitutiva. O órgão de controle (ou quem quer que venha a reanalisar a decisão) não a aperfeiçoará na parte em que envolve o sopesamento de princípios, mas substituí-la. Em um ciclo vicioso, a decisão inicial substitui a feita pelo normatizador, e cada recurso apresentado gera novas apreciações que substituem as decisões das instâncias inferiores. Ao fim, a visão subjetiva de mundo que prevaleceria seria a do último a falar, o que não implica, necessariamente, um resultado melhor ou mais legítimo. O decreto representará a visão de um ou uma analista, assessor(a), juiz(a), desembargador(a), turma, seção ou plenário que tenha tratado da questão, e não do chefe do Poder Executivo.

Em última instância, aquele que fala mais alto ou fala por último não necessariamente é quem deve falar. O Estado tem apenas uma "boca", ainda que dela possam sair várias vozes. Há inúmeros meios e órgãos capazes de gerar entendimentos imputáveis ao Estado. Diversos centros de poder, em uma visão bem complexa do esquema de pesos e contrapesos, podem, em tese, falar pelo Estado. Todavia, o poder da decisão, nesse ponto, não é dado pela força ou pela capacidade, mas por aquilo que Hart chama de regras secundárias[257] – nesse caso específico, as regras de competências.

O que ora se conclui do desenvolvido nesta dissertação é que as decisões decorrentes de sopesamento de princípios, abstraídas as falhas formais e de motivação, são únicas. Não podem ser "controladas", não por conta de algum impedimento etéreo e inexplicável, mas por impossibilidade material: o controle é a comparação de um ato com um ideal, e não há ideal existente ou acessível para esse tipo de decisão subjetiva. Controlar, nesse caso, seria decidir e escolher. Substituir a vontade do decisor pela do controlador. E apenas aqueles que têm competência específica para falar subjetivamente pelo Estado podem tais juízos subjetivos em seu nome, o que vai além da competência de controle.

Incumbe ao chefe do Poder Executivo motivar suas escolhas ao decidir sobre os sopesamentos de princípios que fizer na edição de decretos regulamentares. Sendo adequada a motivação apresentada, apenas outros órgãos igualmente competentes podem emitir outros atos e estabelecer diálogos: o Congresso pode trazer uma nova lei a respeito, e o STF pode julgar naquilo que for estritamente interpretação constitucional, estabelecendo-se diálogo. No entanto, nada na competência estrita de "controle" dá aos órgãos respectivos o poder de substituir os sopesamentos feitos pelo chefe do Poder Executivo por seus próprios em situações em abstrato.

[257] HART, 2009. p. 105.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. **Por que as nações fracassam:** as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALEXY, R. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 4, p. 443-449, 2003. Disponível em: https://is.muni.cz/el/1422/jaro2008/CM218Zk/um/3479707/Alexy_-_Balancing_and_Subsumption.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, J. C. V. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAGÃO, A. S. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

ATIENZA, M. **Contribuición a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.

ATIENZA, M. **Curso de argumentação jurídica**. Curitiba: Alteridade, 2017. v. 1.

ÁVILA, H. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". **REDE**, Salvador, n. 17, p. 1-19, 2009. Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595. Acesso em: 26 jan. 2023.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, H. **Teoria da segurança jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, O. A. **Princípios gerais de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1 e 2.

BARBOSA, J. C. **O interesse público constitucional numa formulação à luz de pressupostos teóricos, contextos e fatos no âmbito dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

BARCELLOS, A. P. **Direitos fundamentais e direito à justificativa:** devido procedimento na elaboração normativa. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARGH, J. **O cérebro intuitivo:** os processos inconscientes que nos levam a fazer o que fazemos. Rio de Janeiro: Schwarcz, 2017.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **o *in* Interesse Público – IP, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 5, n. 19, maio-junho de 2003**.

BAUM, L. **Judges and Their Audiences:** A Perspective on Judicial Behavior. Reino Unido: Princeton University Press, 2006.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, G. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. *In*: ARAGÃO, A. S; MARQUES NETO, F. A. (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 145-204.

BOLSONARO ironiza *O Globo* ao falar que assinou MP que afeta faturamento de jornais. **Poder360**, 8 ago. 2019. Disponível em: https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-ironiza-o-globo-ao-falar-que-assinou-mp-que-afeta-faturamento-de-jornais. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M; MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010**. Regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7174.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10024.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.030, de 30 de setembro de 2019**. Aprova o Regulamento de Produtos Controlados. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10030.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12 mar. 2023.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer n. 00006/2021/CNMLC/CGU/AGU**. Resposta a questionamentos em razão do advento do Acórdão TCU nº 1211/2021-Plenário, o qual admite a inclusão, como documentos complementares, de documentação de habilitação que deveria ser encaminhada junto com a proposta, mas não o foi por erro do licitante. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, 2021b. Disponível em: https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=755960816. Acesso em: 22 jan. 2023.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Secretaria de Gestão. **Nota Técnica para Atos Normativos nº 461/2018-MP**. Alteração do Decreto nº 5.450, de 21 de maio de 2005. Brasília, DF: Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria de Gestão. **Nota Técnica para Atos Normativos nº 131/2019-MP**. Proposta de minuta de Decreto que regulamenta o pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e contratação serviços comuns, inclusive os serviços comuns de engenharia e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da União, em substituição ao Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Revogação do Decreto nº 5.450, de 21 de maio de 2005. Brasília, DF: Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, 2019c.

CAMMAROSANO, M. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO, J. M. **Cidadania no Brasil**. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRUZ, A. R. S; OLIVEIRA, F. F. A teoria da ponderação de valores e os direitos fundamentais: avanços e críticas. *In*: NOVELINO, M. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: teoria da Constituição**. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 183-205.

CUNHA, R. A. V. **Segurança jurídica e crise no direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DEMOCRACY Index 2020: In Sickness and in Health? **Economist Intelligence Unit**, [c2023]. Disponível em: https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2020/. Acesso em: 11 abr. 2021.

DEZAN, S. L. **Administração pública & políticas de meio ambiente:** o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.

DEZAN, S. L. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2018.

DEZAN, S. L.; HERKENHOFF, H. G.; GUIMARÃES, J. F. **A administração pública concretista de direitos fundamentais:** um olhar para além do positivismo jurídico. Belo Horizonte: Arraes, 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, J. H. **Democracy and Distrust:** A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

FERRAZ JR, T. S. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, J. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURGESON, J.; BABCOCK, L. Legal Interpretation and Intuitions of Public Policy. *In*: HANSON, J. **Ideology, Psychology and Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 684-704.

FURGESON, J.; BABCOCK, L.; SHANE, P. Behind the Mask of Method: Political Orientation and Constitutional Interpretive Preferences. **Law and Human Behavior**, v. 32, n. 6, p. 502-510, 2007. Disponível em: https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17917800/. Acesso em: 26 jan. 2023.

GINSBURG, T; AZIZ, H. **How to Save a Constitutional Democracy**. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GLEZER, R. **Catimba constitucional:** O STF, do antijogo à crise constitucional. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, P. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

HACHEM, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAIDT, J. Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgement, and the Search for Evidence. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 4, p. 867-880, 2013. Disponível em: https://www.law.ua.edu/resources/pubs/lrarticles/Volume%2064/Issue%204/4%20Haidt%20867-880.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

HARBERLIN, M. **Uma teoria do interesse público:** fundamentos do Estado Meritocrático de Direito. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

KAHNEMAN, D. **Rápido e devagar:** duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KAHNEMAN, D.; SIBONY, O.; SUNSTEIN, C. R. **Ruído:** uma falha no julgamento humano. Rio de Janeiro: Objetiva, 2021.

KANG, J. *et al*. Implicit Bias in the Courtroom. **UCLA Law Review**, v. 59, p. 1.126-1.186, 2012. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2315&context=faculty_scholarship. Acesso em: 24 abr. 2022.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOMESAR, N. K. **Imperfect Alternatives:** Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

LANDAU, D. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, v. 47, p. 189-260, 2013. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MANIN, A.; PRZEWORSKI, A.; STOKES, S. C. (ed.). **Democracy, Accountability, and Representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.; SARLET, I. W. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, R. M. Dispensa de licitação e discricionariedade administrativa. *In*: SCHWARZ, R. G. (org.). **Direito administrativo contemporâneo**. São Paulo: Elsevier, 2010.

MAURER, H. **Direito do Estado:** fundamentos, órgãos constitucionais, funções estatais. Tradução de Luís Afonso Heck. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018.

MEDAUAR, O. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, O. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, P. P. C. Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal. *In*: FELLET, A. L. F.; PAULA, D. G.; NOVELINO, M. (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 359-386.

MELLO, P. P. C. **Nos bastidores do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

MORAES, G. O. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, E. B.; PEREIRA, P. P. Art. 30 da LINDB: o dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, edição especial, p. 243-274, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657. Acesso em: 5 mar. 2022.

MORIN, E. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NOJIRI, S. **Emoção e intuição:** como (de fato) se dá o processo de tomada da decisão judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2021.

NORTH, D. C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA, B. S. F. “Era óbvio que isso iria acontecer”: considerações sobre o viés retrospectivo. **Revista de Psicologia**, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 63-71, 2017. Disponível em: http://www.periodicos.ufc.br/psicologiaufc/article/view/9278. Acesso em: 25 ago. 2022.

OLIVEIRA, R. C. R. Precedentes administrativos no Brasil. *In*: VALE, L. M. B.; OLIVEIRA, R. C. R. (coord.). **Por uma teoria dos precedentes administrativos**. São Paulo: Juspodivm, 2022.

ORIENTAÇÃO sobre contratação de instituição sem fins lucrativos - Acórdão nº 2.426/2020-TCU-Plenário. **Portal de Compras do Governo Federal**, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/noticias/orientacao-sobre-contratacao-de-instituicao-sem-fins-lucrativos-acordao-no-2-426-2020-tcu-plenario. Acesso em: 12 mar. 2023.

OSÓRIO, F. M. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. *In*: ÁVILA, H. (org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

PATRICK, C. When Souls Shudder: A Brief History of Disgust and the Law. *In*: BANDES, S. A. *et al.* (ed.). **Research Handbook on Law and Emotion**. Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2021. p. 80-93

PINKER, S. **Racionalidade:** o que é, por que parece estar em falta, por que é importante. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2022.

POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974.

PRIEL, D. Law is What the Judge Had for Breakfast: A Brief History of an Unpalatable Idea. **Buffalo Law Review**, v. 68, n. 3, p. 899-930, 2020. Disponível em: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4874&context=buffalolawreview. Acesso em: 29 abr. 2022.

SADURSKI, W. **Poland’s Constitutional Breakdown**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SALES, H. T. M. Dever de motivação adequada pelos órgãos públicos nos procedimentos para elaboração de atos normativos como decorrência do princípio da eficiência administrativa. *In*: DEZAN, S. L.; CARMONA, P. A. C.; GUEDES, J. C. C. (org.). **Hermenêutica do direito e processo administrativo: fundamentos do processo administrativo contemporâneo**. Curitiba: CRV, 2021.

SANTOS, R. V. **Direito administrativo do medo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SARAI, L. (org.). **Tratado da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:** Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos. São Paulo: Juspodivm, 2021.

SARLET, I. W. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHEPELLE, K. Constitutional Coups and Judicial Review: How Transitional Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (With Special Reference to Hungary). **Transnational Law & Contemporary Problems**, v. 23, 2014.

SCHMIDT NETO, A. P.; FACCHINI NETO, E. Ensaio jurídico sobre a racionalidade humana: maiores, capazes e irracionais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 64-88, ago. 2018. Disponível em: https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5313/3992. Acesso em: 26 jan. 2023.

SILVA, C. S. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição:** o caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, V. A. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, C. P. **Democracia em crise no Brasil**. Rio de Janeiro; São Paulo: Contracorrente, 2020.

SOUZA NETO, C. P. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. **Direito constitucional:** teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRUCHINER, N. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. *In*: REIS, I. **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 43-59.

SUNDFELD, C. A. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNSTEIN, C. R. *et al*. **Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary**. Washington: Brookings Institution, 2006.

TUSHNET, M. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, Chicago, v. 37, n. 2, p. 523-553, 2004. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=451960. Acesso em: 15 fev. 2021.

WILSON, J. Q. **Bureaucracy:** What Government Agencies Do and Why They Do It. Nova Iorque: Basic Books, 1989.

WILSON, N. L. Substances Without Substrata. **The Review of Metaphysics**, v. 12, n. 4, p. 521-539, 1959. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/20123725. Acesso em: 28 jan. 2023.