

REFLEXÕES SOBRE O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NA LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA (LEI Nº 13.655/2018)

REFLECTIONS ON LEGAL CONSEQUENTIALISM IN THE LAW FOR SECURITY OF PUBLIC INNOVATION (LAW Nº 13.655/2018)

José Luiz de Moura Faleiros Júnior¹

Alexandre Walmott Borges²

Alex Cabello Ayzama³

Resumo: O núcleo essencial das legislações concernentes à disciplina do direito público depende, em variados graus, da análise da evolução histórica das codificações. Nesse contexto, o surgimento de diversas legislações pontuais e esparsas, como a recente reforma promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (“Lei de Segurança para a Inovação Pública”) demanda pontuações sucintas, mas certas, para fins de contextualização do constante incremento de uma preocupação com o caráter fundante das decisões (administrativas e judiciais) e da necessidade de seu efetivo controle. Isso se dá em razão da adesão ao chamado consequentialismo jurídico. O postulado de desenvolvimento deste artigo voltar-se-á à apreciação mais detida de alguns prolegômenos relativos à proposta de adoção da governança como alternativa à já superada pretensão de codificar o direito público. A pesquisa utilizará o método de abordagem histórico-sociológico, com implementação de substratos obtidos em pesquisa bibliográfico-doutrinária acerca do fenômeno das codificações no Direito. Por fim, serão tecidas considerações finais voltadas à explicitação de apontamentos que permitam uma compreensão mais assertiva do tema.

Palavras-chave: Consequentialismo; LINDB; inovação pública; Lei de Segurança para a Inovação Pública.

Abstract: The essential nucleus of legislation concerning the discipline of public law depends, to varying degrees, on the analysis of the historical evolution of codifications. In this context, the emergence of several punctual and scattered laws, such as the recent reform promoted in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB) by Law nº 13.655, of April 25, 2018 (“Law of Security for Public Innovation”) demands succinct but accurate scores, in order to contextualize the constant increase in concern with the fundamental character of decisions (administrative and judicial) and the need for their effective control. This is due to adherence to the so-called legal consequentialism. The postulate on the development of this article will focus on a more detailed assessment of some prolegomena related to the proposed adoption of governance as an alternative to the already outdated claim to codify public law. The research will use the method of historical-sociological approach, with the implementation of substrates obtained in bibliographic-doctrinal research about the phenomenon of codifications in Law. Finally, final considerations will be made aimed at explaining notes that allow a more assertive understanding of the theme.

Keywords: Consequentialism; LINDB; public innovation; Security Law for Public Innovation.

1- Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Cível Empresarial, Direito Digital e Compliance. Participou de curso de extensão em direito digital da University of Chicago. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Professor de cursos preparatórios para a prática advocatícia. Foi pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Membro do Instituto Avançado de Proteção de Dados - IAPD. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil - IBERC. Autor de obras e artigos dedicados ao estudo do direito e às suas interações com a tecnologia. Advogado. E-mail: jfaleiros@ufu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8003626279023743>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0192-2336>.

2- Doutor em Direito. Doutor em História. Professor visitante do programa de pós-graduação em Direito da Unesp. Professor dos programas de pós-graduação em Direito, UFU, e Biocombustíveis, UFU. Pesquisador líder do LAECC. E-mail: walmott@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6465037595208646>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5354-5149>.

3- Professor convidado pela Universidade Privada del Valle (Univalle - Bolívia, 2019). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Membro do Grupo de Pesquisa y Estudios en Derecho Internacional (GEPDI, UFU-CNPq); Laboratorio Americano de Estudios Constitucionales Comparados (LAECC); Direito e Migração (MIGRAST, UFU). Advogado. E-mail: ayzamalex@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0443537525210054>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0706-2293>.

1. INTRODUÇÃO

O núcleo essencial das legislações concernentes à disciplina do direito público depende, em variados graus, da análise da evolução histórica das codificações vislumbradas no direito privado que, em certa medida, sempre foram fonte saudável para o abastecimento dos mananciais normativos de regência dos afazeres do Estado e às suas inter-relações com os cidadãos.

Nesse contexto, o surgimento de diversas legislações pontuais e esparsas, como a recente reforma promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (“Lei de Segurança para a Inovação Pública”) demanda pontuações sucintas, mas certas, para fins de contextualização do constante incremento de uma preocupação com o caráter fundante das decisões (administrativas e judiciais) e da necessidade de seu efetivo controle.

A adesão da norma ao chamado consequencialismo jurídico insere no ordenamento brasileiro instrumento capaz de imantar a “nova LINDB” de *status* peculiar, elevando-a ao patamar de verdadeira metanorma jurídica, sob o pretexto de frear a utilização de parâmetros abstratos nas razões de decidir, impondo, com isso, limites desdobrados do dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor.

Para além desse exemplo, observa-se, entretanto, uma oportunidade perdida pelo legislador pátrio, que poderia ter caminhado rumo à aglutinação das inúmeras legislações concernentes ao trato do direito público – ou ao menos aquelas de maior carga axiológica – em um novo direito, codificado, ou de partir para a propagação da governança pública como caminho definitivo e inexorável para dotar de racionalidade, unidade decisória e vetor teleológico o sistema.

Sendo certo que o direito privado tem uma tradição e o histórico de operações longevas nesse quesito, já havendo cogitações em torno de um processo de recodificação desdobrado do recrudescimento dos chamados microssistemas, o que se vislumbra, no direito público, é a carência de uma tendência à codificação, até então não vislumbrada no campo pragmático, que gera reflexos (lacunas, ou *gaps*), que lhe enfraquecem.⁴

O postulado de desenvolvimento deste artigo voltar-se-á à apreciação mais detida de alguns prolegômenos relativos à proposta de adoção da governança como alternativa à já superada pretensão de codificar o direito público, com o objetivo de indicar a necessidade de superação do atual panorama desdobrado da “nova LINDB”.

A pesquisa utilizará o método de abordagem histórico-sociológico, com implementação de substratos obtidos em pesquisa bibliográfico-doutrinária acerca do fenômeno das codificações no Direito. Por fim, serão tecidas considerações finais voltadas à explicitação de apontamentos que permitam uma compreensão mais assertiva acerca da necessidade de que o direito público perpassa pela codificação sistematizada e parametrizada por tais premissas e valores.

2. A (RE)CONFIGURAÇÃO DO DIREITO PÚBLICO HODIERNO

Não se cogita mais de uma desconexão entre o público e o privado na compreensão da ciência jurídica, porquanto é inegável que “existem evidências suficientes de certa desordem na fronteira entre ambos, que se tornou móvel, em alguns casos confusa e, em numerosos casos, permeada por problemas e princípios”. (LORENZETTI, 2010, p. 39) Cumpre, em verdade, considerar o direito como a “estrutura das relações nas quais os homens estão uns perante os outros e perante as coisas” (KAUFFMAN, 2002, p. 42), a ponto de se justificar uma apreciação da formação do Estado do ponto de vista ontológico.

Como consequência, é de se destacar que tal descompasso encontra sua gênese na inegável modificação dos elementos essenciais da até então incontestável separação entre o direito público e o direito privado, e, no que diz respeito ao direito administrativo, cuja disciplina jurídica remonta à queda do período Absolutista, em que o poder centralizado na figura inatingível do monarca – personificação do

4- Sobre a concepção sistemático do direito privado ver Claus-Wilhelm Canaris. (CANARIS, 20002)

próprio Estado –, passou a ruir e dar espaço ao surgimento de uma disciplina jurídica concernente aos *affairs* do Estado (CRETELLA JÚNIOR, 1980, p. 61), historicamente marcado pela crescente historicização, racionalização e secularização do pensamento político. (BÖCKENFÖRDE, 1991, p. 27)⁵

A ascensão do Estado Liberal e a consolidação do ‘*contrato social*’, ilustrado por Jean-Jacques Rousseau, implicou um repensar do papel do homem no convívio social (ACKERMAN, 1980, p. 3), que, “enquanto realidade histórico-existencial, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização social” (WOLKMER, 2003, p. 56), e o modelo de Estado que se desenvolveu a partir de então foi pautado no primado da liberdade individual e do afastamento máximo do Estado em relação às inter-relações jurídicas. (LAST, 2017-2018, *passim*) (SKINNER, 1996, *passim*)

É nesse exato contexto que merece menção a profunda pesquisa desenvolvida por Natalino Irti (1979), ao se debruçar sobre o tema das codificações e pontuar o que denominou de “*mondo della sicurezza*”, expressão cunhada para designar as grandes sistematizações que tomaram corpo no Continente Europeu a partir dos anos 1800, no pós-Revolução Francesa.

O Conselho de Estado francês exerceu papel determinante na consolidação jurisprudencial que, posteriormente, daria ensejo à formação de um ‘ramo autônomo’ do Direito, que se ocuparia da solução de eventuais litígios revolvendo às relações com a Administração Pública a partir de uma série de institutos jurídicos peculiares (ZIPPELIUS, 1997, p. 446), em que pese ser inegável que a formulação de um Código dedicado exclusivamente a determinada matéria traz como desdobramento a inquietude relacionada à plenitude do ordenamento.

Se a força-motriz do Estado Liberal é o indivíduo, a máxima busca pelo atingimento de seus interesses pessoais, e até mesmo egoístas, seria a razão essencial para a separação estatal das relações privadas. (MORAES, 2014, p. 272).

Segundo Paulo Bonavides (2011, p. 40-41),

Com a construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, haver encontrado formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo. (...) A sociedade, por sua vez, na teoria do liberalismo, se reduz à chamada poeira atômica de indivíduos. A cláusula kantista, do respeito mútuo da liberdade de cada um, converte-se e, domínio onde as aptidões individuais se concretizam, à margem de todo esboço de coação estatal. (...) Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia.

Conforme se anotou, novos elementos passaram a balizar a organização do Estado e o modelo liberal, até então hegemônico, começou a ser permeado pelo desenvolvimento de estruturas funcionais de intervenção estatal em inúmeros segmentos não apenas de mercado, mas de todo o arquétipo social inaugurado a partir de Rousseau. Migrava-se, pois, ao período do chamado Estado Social e à tendência de limitação do poder. (NOVAIS, 2006, p. 191) (BOBBITT, 2003, *passim*)

Passou a surgir enorme gama de incursões jurídico-teóricas sobre o tema, agora encarado de forma conceitual, com distinção quanto às formas de governo, às teorias de poder, aos elementos constitutivos do Estado (BOBBIO, 1987, p. 94 *et seq*), dentre outros fatores como a codificação. (DÍEZ-PICAZO, 1993, p. 17)

As decorrências da relação entre capital e trabalho propulsionaram esse novo paradigma, abrindo espaço a reivindicações que consubstanciaram ideais disruptivos e proposições completamente novas. (POLANYI, 2000, p. 140).

5- Sobre a dicotomia do direito público x direito privado a visão sistematizadora de Norberto Bobbio. (Bobbio, 1987). Também em Ferraz Jr. (FERRAZ JR., 1993).

A transição para o chamado Estado pós-social é marcada pela derrocada de um período “dourado” da economia global. (BITTAR, 2014, p. 141) Diversos eventos propulsionaram a ruptura do cenário socio-econômico mundial, propiciando uma reformulação do perfil intervencionista do Estado para dar espaço à desregulamentação e à busca pelo ‘Estado mínimo’ (GRAU, 2010, p. 44; SARMENTO, 2010, p. 28; ABRUCIO, 2006, p. 193-196), a ponto de despertar o alerta de Bauman (1998, p. 244-245) quanto aos impactos do liberalismo e do comunitarismo.⁶

Nesse sentido, a configuração do Estado de Direito, a partir da centralidade constitucional e do avanço da sociedade em torno do princípio democrático conduzem a um repensar do direito público que implica considerar-se a necessidade de fixação de novos limites ao poder estatal pela inter-relação entre o papel gerencial e o primado dos direitos fundamentais, uma vez que, nos dizeres de Karl Larenz (1985, p. 151), o propósito primordial desse novo modelo é evitar que “aqueles a quem eventualmente é confiado o exercício do poder estatal o utilizem de um modo distinto do sentido que impõe o Direito”.

Sem embargo, invocando a noção de que ao homem se impõe o convívio em sociedade, é possível compreender o quão importante se torna o papel do Estado no que diz respeito à tomada de decisões e às liberações quanto aos rumos da sociedade na coordenação do convívio social, cuja meta é a efetivação do interesse público.

3. O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NA LEI DA SEGURANÇA PARA A INOVAÇÃO PÚBLICA

Uma das mais recentes propostas de modernização do direito administrativo brasileiro adveio do propósito de aumentar a qualidade das decisões e, simultaneamente, de elevar o nível de segurança jurídica do ordenamento: trata-se da recente reforma promovida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (“Lei de Segurança para a Inovação Pública”). (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 277)

Nitidamente inspirada no consequentialismo jurídico, a norma em questão é fruto dos estudos empreendidos pela Sociedade Brasileira de Direito Público e pelo Grupo Público da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo, a partir de propostas de Carlos Ari Sunfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, que acabaram por conduzir à “apresentação do PLS 349/2015 até a ampla discussão a propósito da aprovação do PL 7.448/2017”, que gerou a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, após a realização de audiências públicas e debates a propósito de seus termos. (DERZI; BUSTAMANTE, 2017, p. 330)

As raízes do consequentialismo jurídico remontam ao *common law* e à Análise Econômica do Direito, desenvolvida, em seus primórdios, por Ronald Coase (1960), que estatuiu o chamado ‘Teorema de Coase’⁷ e Guido Calabresi (1961), e se baseando nas interações entre Direito e Economia quanto à análise de custo e benefício transacional na formação dos processos de tomada de decisão. (Cf. COOTER; ULEN, 2011; POSNER, 2007). Outra vertente influenciadora são os trabalhos de Neil MacCormick: (ALVES, 2019, p. 125)⁸

Another relevant author in the discussion of the use of consequences in legal adjudication was Scottish philosopher Neil MacCormick.⁴⁰ He has an intense bibliographical production about the relations between law, morality and politics, and it is worth highlighting, in what concerns the present work, his theory of legal argumentation.

6- Na dicção de P. Bobbit, ocorreu a substituição do Estado Nação pelo Estado Mercado. (BOBBITT, 2003)

7- Para o autor, quando os custos de determinada transação equivalem a zero, a alocação de recursos para a formação decisional deixa de levar em conta, com eficiência, aspectos importantes para atingir resultados eficientes.

8- “The distinction between theories of rightness and practical decision procedures is probably quite old. It appears to go back at least to Henry Sidgwick. It is quite clearly formulated, for example by Eugene Bales in 1971 and by Peter Railton in 1987. Bales stresses “the importance of maintaining a sharp distinction between (a) decision-making procedures, and (b) accounts of what makes right acts right”. Railton distinguishes, in a similar manner, between subjective and objective consequentialism.” (BERGSTRÖM, 1996. E-book.)

António Castanheira Neves (2013, p. 196) é quem mais adequadamente explica a metodologia consequentialista:

O esquema metodológico até aqui esboçado postula uma racionalidade normativa de fundamentação e não uma racionalidade político-social de índole consequential: o concreto juízo decisório deverá encontrar a sua validade nos fundamentos normativo-jurídicos que convoque e assimile, não a sua justificação nos efeitos político-sociais que se proponha ou realize. O que não significa que, afastada nestes termos a submissão da racionalidade metodológico-jurídica a um estrito *Zweckprogramm*, se aceite a redução dessa racionalidade ao modelo de um formal *Konditionalprogramm* (...).

Para muito além do aspecto psicológico (Cf. TONETTO *et al*, 2006) de todo processo decisional, o consequentialismo tem lastro em parâmetros de eficiência, sendo o raciocínio lógico-dedutivo a baliza central das análises retrospectivas e prospectivas que partem do chamado “individualismo metodológico”, assim sintetizado por Ricardo Luis Lorenzetti (2010, p. 194):

As condutas individuais estão orientadas a fins, e dentro disso a análise econômica considera um aspecto: “Os indivíduos tratam racionalmente de maximizar o seu bem-estar”. Ao perseguir esse propósito, cada sujeito ordena as suas preferências, deixa algumas de lado, porque compara os custos da decisão tomada (custos de transação), e atua. Cada indivíduo está condenado a escolher, porque os bens são escassos, e não há possibilidade de satisfazer todas as preferências. Cada decisão pode ser ou não ser consciente, mas a análise econômica constrói um modelo sobre essa premissa.

E também os dizeres de Luís Schuartz (2008, p. 132):

O alcance universal da pretensão de validade que necessariamente acompanha todo juízo consequentialista restringe-se, no entanto, à sua dimensão descritiva. 2 Da componente normativa do juízo, consistente na ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos, poder-se-á cobrar, no máximo, a consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. O espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política. Por exemplo, sejam D1 e D2 duas alternativas de decisão que geram, respectivamente, as alocações econômicas C1 e C2, e suponha-se que C1 seja mais eficiente que C2 e C2 seja mais justa do ponto de vista distributivo que C1 (para uma dada definição de justiça distributiva). Neste caso, uma eventual opção do decisor por D2 somente será irracional erga omnes se, segundo as normas e práticas consideradas como obrigatórias na comunidade jurídica de que é parte o decisor, ou, ainda, segundo as normas tratadas como obrigatórias pelo decisor, o valor que deveria ter orientado a sua decisão for a eficiência e não a justiça distributiva - caso em que quaisquer divergências relativas à adequação de D2 serão solucionáveis por meio de argumentos econômicos (assumindo-se que todos os dados e informações necessários a um desfecho conclusivo da discussão estarão disponíveis aos participantes da discussão).

Numa abordagem ampla, Mariana Pargendler e Bruno Salama (2013, p. 99-100):

Nossa hipótese básica é a de que, no Brasil, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequentialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Esta hipótese se divide em três aspectos: (i) um ligado aos seus vetores, (ii) outro ligado à sua fenomenologia jurídica, e (iii) um terceiro ligado aos seus limites. Vetores. A paulatina mudança no método da produção acadêmica em direito no Brasil se explica menos por fatores internos à academia, sublinhados pela literatura estrangeira,¹¹ e mais por fatores decorrentes da profunda transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um Estado liberal a um Estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas –

de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios –, fizeram crescer entre nós a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequentialistas. Fenomenologia jurídica. Quer se goste ou não, ponderações sobre as prováveis consequências fáticas de determinadas normas jurídicas – antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia etc.) – hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil.¹² Isso principalmente porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins – juízos estes que necessariamente dependem de ilações sobre os efeitos concretos de um ou outro regime jurídico. Assim, a própria incidência normativa dependerá intimamente de suas prováveis consequências futuras. Limites. Apesar do recurso à discussão das consequências, subsistirá o papel do jurista como formulador de doutrina como não ciência. Especificamente, defendemos que a cientificização da produção jurídica (sobretudo no que tange ao exame dos efeitos concretos das regras jurídicas) encontra limites muito claros, por conta de dois motivos insuperáveis:¹³ (i) a incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas) e (ii) a conhecidíssima “guilhotina de Hume” (de acordo com a qual não se pode deduzir o que “deve ser” com base em uma proposição sobre o que “é”).¹⁴ Dito de forma simples: a perfeita engenharia do mundo é impossível, e mesmo que fosse possível talvez não fosse desejável, legítima ou legal. Por conseguinte, tem-se a ilegitimidade e inconveniência (esta última, inclusive sob a ótica consequentialista) da utilização do cientificismo e consequentialismo extremados como forma de organização jurídica e social. Ou seja: a cientificização da pesquisa em direito não pode substituir o juízo de ponderação não científica (logo, dogmática e propriamente doutrinária) do jurista – tal como, aliás, a progressiva cientificização da produção acadêmica em economia não teve o condão de erradicar a doutrina econômica naquela disciplina.

Frente a essas premissas, a ‘nova LINDB’ (Lei da Segurança para a Inovação Pública) parece ter sido formatada para acomodar exatamente a leitura consequentialista, na medida em que, nos dizeres de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras Freitas (2018), “em vez de ser fruto de abstrações como os princípios da ‘supremacia do interesse público’, da ‘dignidade da pessoa humana’ ou do ‘princípio da licitação’, resultou do trespasse de uma ampla fundamentação empírica para um diploma normativo”, o que se defronta diretamente com a proposta de codificação do direito público para além da superação das abstrações não desejadas nas razões decisórias que eventualmente motivaram a prática do ato administrativo.

Longo tempo já se passou desde que a doutrina passou a se desafiar na busca por uma nova formatação para o atuar administrativo, sempre se revolvendo às reformas de Estado do passado e propugnando algum modelo inovador. Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 67-68) propõe a formulação de um direito “mais que administrativo”, instigando renovações que, em seu ponto de vista, devem se voltar para o futuro, em especial para a construção do interesse público e para a diagnose das eventuais insuficiências da legislação no afã de se localizar um ponto de equilíbrio.

Insofismavelmente, o Direito avançou e, em paralelo, também as relações entre cidadãos e Estado avançaram a ponto de se impor o controle para a manutenção do Estado Democrático, na exata medida em que “um Estado sem controle navega contra a ideia de democracia, porquanto não há transparência para a aferição de sua atuação, vigorando a completa submissão de seus governados”. (MARTINS, 2013, p. 292)

4. GOVERNANÇA PÚBLICA E CONSEQUENTIALISMO

Como solução ao problema dos juízos interpretativos abstratos ou baseados na intuição, Luis Diez-Picazo (1993, p. 16) aponta para a necessidade de um processo de recodificação que deve atingir o direito público, na medida em que o pluralismo das fontes e das jurisdições produz o risco de soluções contraditórias.

Fundamental citação deve ser feita, ademais, à proposta formulada por Gustavo Binenbojm (2014, p. 327), que analisa com profundidade o estado de “crise” da lei formal, com especiais impactos para o direito administrativo – o ramo jurídico que mais sofreu transformações, segundo o autor –, deman-

dando releitura multidisciplinar à luz da constitucionalização (que, conforme se analisou anteriormente, já atingiu o direito privado) do direito público. Para o autor, no delineamento desta proposta, várias mudanças estruturais são necessárias, inclusive a revisitação do enfrentamento judicial de atos administrativos baseados em conceitos jurídicos indeterminados. (BINENBOJM, 2014, p. 330-336)⁹

Nesse compasso, quando se fala em uma “nova” Administração Pública, em essência, é preciso reinventar o Estado, reajustando as linhas fundamentais que fornecem racionalidade ao Regime Jurídico Administrativo para que o mesmo se amolde a esta nova realidade global. Nesse contexto, os capítulos subsequentes procurarão demonstrar algumas reformulações que ultrapassam as proposições listadas, revisitam o conceito habermasiano de “pensamento pós-metafísico” (*Nachmetaphysisches Denken*), conforme anota Habermas (1990), em releitura do agir comunicativo no contexto tecnológico contemporâneo, que é desafiador, mas desvela perspectivas para a otimização da atuação estatal.¹⁰

A reestruturação da legalidade a partir da governança demanda notações específicas quanto à atuação administrativa juridicamente segura – a denotar verdadeira efetivação da noção de “boa” Administração Pública. (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2013, p. 28). Para tanto, além da centralidade da pessoa em relação ao ordenamento, busca-se a abertura da Administração Pública para a realidade, no sentido desenvolvido pela doutrina quanto à flexibilização de determinados parâmetros engessantes, bem como a propulsão da participação popular, inovação tecnológica e o realce à eticidade pela implementação da governança. (FERNÁNDEZ FARRERES, 2007, *passim*).

Em síntese, “[o] comodismo inicial da atividade pública é substituído por gestão pública fundamentada em critérios de eficiência, eficácia e efetividade, constitucionalmente vinculada e compartilhada na interação entre atores públicos e privados.” (MESSA, 2019, p. 187). Sem dúvidas, o desempenho administrativo já é objeto de estudos reiterados, que propugnam nova articulação (BENTO, 2003, p. 85), ainda que não isenta de influências internacionais decorrentes do próprio fenômeno globalizatório. (MESSA, 2019, p. 191) A justificativa para isso se desdobra do contexto da interação entre governo, sociedade e o setor privado, com amplo domínio das redes em políticas públicas nas quais o próprio Estado passa a atuar com aptidão de influenciar e ser influenciado por outros atores, rompendo-se a ação unilateral e vertical para que se possa abrir maior espaço à adoção de medidas coordenadas e adequadamente planejadas. (Cf. MARKOFF, 1999; FINKELSTEIN, 1995) ()

9- E, em linhas conclusivas, Binjenbojm (2014, p. 336) lista suas proposições: “Como agente condutor básico da superação de tais categorias jurídicas, o trabalho apresenta a ideia de constitucionalização do direito administrativo e a adoção do sistema de (...) vetores axiológicos – traduzidos em princípios e regras constitucionais – a pautar a atuação da Administração Pública. Esses vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (i) ao se situarem acima e para além da lei, (ii) vincularem juridicamente o conceito de interesse público, (iii) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício legítimo da discricionariedade administrativa e (iv) admitirem um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes no esquema de separação de poderes e na lógica do regime democrático, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo brasileiro.”

10- Sobre isso, Charles Larmore (1996, p. 210-211) comenta: “According to his earlier book, *Post-Metaphysical Thought* (*Nachmetaphysisches Denken*), our epoch requires that, in place of metaphysical modes of thought, we regard reason as finite, fallible, oriented toward achieving intersubjective agreement, and tied to procedural rationality. Habermas’s most recent book defends basically the same conception. Concepts of justice, and the legal systems corresponding to them, are constructed in a postmetaphysical fashion, he claims, when they aim to remain neutral with respect to religious and metaphysically conceived forms of life that have themselves become problematic and disputed. The normative foundations of the modern liberal-democratic state must consist in procedural principles of justice that do not presuppose the validity of controversial ideas of the good life. Here the right, as he says, must be prior to the good. Societies such as our own, which are functionally differentiated and culturally heterogeneous, have no common good other than a legal system that treats free citizens equally and deals with their conflicts according to standards of procedural justice.”

O papel do chamado *compliance* para a ressignificação do papel do Estado no século XXI – digitalizado e de fronteiras translúcidas (SHAPIRO, 2001, p. 374)¹¹ –, tem a governança como verdadeiro vetor de alavancagem da vetusta legalidade estrita, agora flexibilizada, mas não menos carecedora de efetivo controle. (MENDONÇA, 2018, *passim*)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, deve-se asseverar a inegável importância de medidas como a recente reforma promovida pela Lei nº 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, embora se trate de um singelo exemplo de atuação legislativa conducente à inserção de regramentos jurídicos que, embora robusteçam o ordenamento, não lhe atribuem a almejada racionalidade aglutinadora.

Diferentemente do que ocorre no direito privado, que vivencia um período de indagações acerca da pertinência de sua recodificação frente aos microsistemas – cada vez mais autônomos e hígidos – o direito público ainda sofre com a falta de operabilidade de seus preceitos, que são localizados de forma completamente espargida em legislações fragmentárias e de difícil intercomunicação.

Sendo certo o descompasso existente entre a atuação estatal e sua capacidade de responder à incessante inovação tecnológica, destacou-se a imperiosidade de superação do modo tradicional de atuação legislativa, suggestionando-se, como solução adequada, a adoção de instrumentos de governança para a aceleração da responsividade estatal às inúmeras contingências sociais desdobradas desse descompasso.

Vê-se que o legislador deixou de se valer de fundamental oportunidade para realizar a reordenação da legislação concernente aos inúmeros arranjos do direito público nacional, partindo para uma codificação capaz de sustentar um macrossistema jurídico com valores que sejam capazes de aglutinar preceitos éticos, sociais e operacionais alinhados com o cotejo protetivo da vigente Constituição.

Não há dúvidas de que, se assim o fosse, o chamado dualismo pendular do Direito, ora sob perfil humanista-solidário, ora sob perfil financista-reservado, seria mais adequadamente acolhido no ordenamento a partir de acoplamentos estruturais reforçados por uma base sólida que serviria de verdadeiro amálgama preceptivo para o atendimento de diversas contingências experimentadas pelo direito público hodierno.

Se o *compliance* exsuge para propiciar um realce à ética, reinserindo-a no cotidiano estatal a partir da delimitação de alguns parâmetros específicos, maior relevância se deve dar, conclusivamente, à figura do indivíduo – protegido constitucionalmente por uma plêiade de direitos inalienáveis e que, agora, se vê projetado no mundo virtual, com direitos patrimoniais e situações jurídicas existenciais consolidando verdadeira faceta da personalidade individual, digna de proteção.

Ao revés, o que se nota é a tentativa de atribuir a outras fontes normativas – no caso, citou-se o exemplo da ora reformulada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – uma relevância maior, elevando-a ao patamar de verdadeira metanorma. Não se nega a importância do consequentialismo jurídico para a proposta trazida à tona, mas nela não pode o direito público se limitar, sob pena de se dar maior consideração e proteção à própria Administração Pública, ao gestor e à gestão pública.

11- Anota: "Thus far, we have considered the erosion of the boundaries that separate the governors from the governed. A second erosion of these boundaries is taking place along a different geographic dimension; national governments are increasingly losing authority to both supra- and subnational governments. It is now commonplace that the two losses are linked."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ACKERMAN, Bruce A. **Social justice in the Liberal State**. New Haven: Yale University Press, 1980.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. The new paradigm of decision based on art. 20 of the LINDB: analysis of the text according to the theories of Richard Posner and Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-143, 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado: entre a eficiência e a democratização**. Barueri: Manole, 2003.

BERGSTRÖM, Lars. Reflections on Consequentialism. **Theoria**, 1996. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/BERROC.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna**. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações. Tradução de Vera Neves. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. The rise of the State as a process of secularization. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **State, society and liberty: studies in political theory and constitutional law**. Tradução do alemão para o inglês de J. A. Underwood. Nova York: Berg, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk distribution and the law of torts. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 20002.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. III, n. 1, p. 1-44, out. 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O Estado e a obrigação de indenizar**. São Paulo: Saraiva, 1980.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A análise econômica de Posner e a ideia de Estado de Direito em Luhmann: breves considerações críticas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, número especial em Memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 327-352, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Codificación, descodificación y recodificación. **Thémis – Revista de Derecho**, Lima, v. 25, p. 11-18, Lima, 1993.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Los códigos de buen gobierno de las administraciones públicas. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 7, n. 81, p. 17-29, nov. 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1993.

FINKELSTEIN, Lawrence S. What is global governance? **Global Governance**, Boulder, v. 1, n. 3, p. 367-372, set./dez. 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Giuffrè, 1979.

KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica juridica. Tradução de Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

LARMORE, Charles. **The morals of modernity**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LAST, David M. Historical Evolution of The State. **Historical Evolution of The State**, 2017-2018. Disponível em: <https://bit.ly/3frTVlg>. Acesso em: 26 jun. 2020.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARKOFF, John. Globalization and the future of democracy. **Journal of World-Systems Research**, Pittsburgh, v. 5, n. 2, p. 277-309, jul./dez. 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. **Consultor Jurídico**, 18 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 30 out. 2019.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MESSA, Ana Flávia. **Transparência, compliance e práticas anticorrupção na Administração Pública**. São Paulo: Almedina, 2019.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Mayerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrobel. 2. ed. São Paulo: Campus, 2000.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. **Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales**, Bogotá, n. 6, p. 23-56, jan./dez. 2013.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SHAPIRO, Martin. Administrative law unbounded: reflections on government and governance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 8, n. 2, p. 369-377, 2001.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Cia. das letras, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. Um direito mais que administrativo. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica as decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TONETTO, Leandro Miletto; KALIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian Milnitsky. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, Campinas, v. 23, n. 2, p. 181-189, abr./jun. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.