A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo*

The "Introduction to Brazilian Law" Statute and the extension of parameters do control administrative discretion: the law in an age of consequentialism

Edilson Vitorelli**

* Artigo recebido em 2 de julho de 2019 e aprovado em 5 de março de 2020. DOI: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82006.

** Universidade Presbiteriana Mackenzie e Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: edilsonvitorelli@gmail.com.

Pós-doutorado em direito pela Universidade Federal da Bahia, com estudos no Max Planck Institute for Procedural Law. Doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná, mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. *Visiting scholar* na Stanford Law School e *visiting researcher* na Harvard Law School. É o único autor brasileiro vencedor do prêmio Mauro Cappelletti, atribuído pela International Association of Procedural Law ao melhor livro sobre processo do mundo. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Católica de Brasília (graduação e mestrado). Procurador da República.

O autor gostaria de agradecer a Lucieni Pereira e a Fabiana Coelho pelas valiosas sugestões de revisão.

RESUMO

Este texto explora os horizontes do controle dos atos administrativos a partir dos novos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), aprovados em 2018. A metodologia utilizada é a revisão literária interdisciplinar, partindo de textos de filosofia consequencialista como ferramenta de compreensão do teor do art. 20 da norma. Demonstra-se que a lei promove uma ampliação dos parâmetros de controle de legalidade, abandonando, em definitivo, a ideia de legalidade formal, para promover o controle de juridicidade. A LINDB passa a incluir o controle da avaliação apropriada de valores jurídicos abstratos por intermédio das consequências da decisão projetada, as quais devem compor, de modo expresso, a motivação da decisão, sob pena de nulidade. A existência e a veracidade das consequências avaliadas são sindicáveis pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) — controle dos atos administrativos — juridicidade e consequencialismo

ABSTRACT

This paper explores the horizons of control of governmental acts, taking as starting point the new text of the "Introduction to Brazilian Law" Statute (LINDB, in Portuguese), passed in 2018. Methodologically, I build on materials regarding consequentialist philosophy to better understand the meaning of art. 20 of the legal text. I demonstrate that the new statute broadens the parameters of control, by definitely abandoning the idea of formal legality, to promote a substantive control of the acts, from a consequentialist approach. In this context, the LINDB includes commands to control the proper evaluation of abstract legal values and also of the consequences of the administrative decisions. The presence and truthfulness of this motives, as of any other motives, are verifiable by the authorities in charge of controlling public activities, by the Prosecution Office and by the Judiciary.

KEYWORDS

Introduction to Brazilian Law Statute (LINDB) — control of administrative acts — substantial control and consequentialism

1. Proposta

Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi, depois de muito tempo, alterada significativamente. A norma, que vigorava praticamente inalterada desde 1942, recebeu, de uma única vez, o acréscimo de 11 novos dispositivos, os quais agregaram todo um tema do qual até então o diploma sequer se ocupava: a segurança jurídica na edição dos atos administrativos. A LINDB, que sempre foi um diploma importante para o direito internacional privado, para o direito civil e para a hermenêutica jurídica, foi integrada também no universo do direito administrativo.

O modo como essa alteração foi feita está longe de ter sido dos mais elogiáveis. Alterou-se aquela que é considerada a mais importante lei do direito brasileiro, a *Lex Legum*, em um cenário formalmente legal, mas democraticamente reprovável. O projeto de lei passou anos esquecido no Congresso Nacional, sem ser debatido nem por parlamentares, nem em audiências públicas, para ser, depois, aprovado às pressas, em uma votação terminativa na Câmara dos Deputados, sem ser sequer submetido à votação de plenário. Houve recurso dessa aprovação pela deputada Erika Kokai, o qual foi derrubado por acordo de líderes.[1]

Apesar desse reprovável déficit democrático, que sempre merece ser lembrado, fato é que a lei existe e precisa, agora, ser interpretada e aplicada. Também é fato que, embora o texto aprovado seja fruto do trabalho e da intensa defesa de seu teor, por um grupo de notórios professores de direito administrativo, alguns dos melhores do país, a atividade hermenêutica deve partir do texto legal aprovado, não das intenções ou desejos daqueles que o idealizaram. É nesse sentido que se propõe a análise a seguir. Conforme se demonstrará, o texto aprovado amplia, de modo significativo, o marco de controle de legalidade da administração pública brasileira. O novo texto da

[1] No recurso da deputada, constou expressamente a crítica à falta de debates durante a tramitação, que não se coaduna com a importância da norma: "A tramitação de forma terminativa não permitiu os necessários debates públicos sobre o tema que interessa não apenas à Administração Pública, mas também aos cidadãos como administrados, aos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas e as Controladorias, e ao Poder Judiciário.
A proposta de alteração legislativa, no entanto, tem como destinatários não apenas representantes da Administração Pública, como, ainda, os órgãos de controle administrativo e o Poder Judiciário na tarefa de aplicação normativa, além de atingir, como corolário, a própria esfera de cidadania dos administrados". Requerimento apresentado em 1º de novembro de 2017.

LINDB configura a mais profunda restrição à discricionariedade administrativa já editada no Brasil, estendendo vastamente os deveres administrativos de motivação e de planejamento das atividades públicas, pela integração de um novo elemento: as consequências práticas da decisão.

2. O controle dos atos administrativos: a discricionariedade como "cavalo de Troia dentro do Estado de Direito"

A discricionariedade "é o cavalo de Troia dentro do Estado de Direito". A frase de Hans Huber, lembrada por García de Enterría e Fernandez,[2] denota a importância de não se perderem de vista os riscos de uma administração incontrolável. A discricionariedade é o conceito que permite esconder do controle do direito, marca maior do Estado democrático contemporâneo, condutas e decisões reprováveis. É por isso que boa parte da evolução do direito administrativo, nos últimos 150 anos, se deveu ao impulso de assegurar controle cada vez mais amplo dos atos dos gestores públicos, reduzindo progressivamente seu âmbito de insindicabilidade.

É claro que, como lembram os mesmos autores, a discricionariedade administrativa é, em muitos casos, necessária. Não há gestão sem escolhas e, se a lei não impõe a solução do caso, cabe ao administrador a decisão. Contudo, o constitucionalismo pós-moderno,[3] cada vez mais embebido de conceitos jurídicos indeterminados, faz com que diversos elementos, que antes compunham o universo da escolha discricionária, passem a compor o universo da norma e, com isso, sirvam de parâmetro de controle, não de libertação. Supremacia do interesse público, boa-fé, probidade, moralidade, eficiência, impessoalidade são conceitos que, constitucionalizados, incidem sobre todos

---

[2] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. ed. eletrônica.

[3] Ver, por todos, BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005. O fenômeno é, no entanto, mundial. Ver, por exemplo, EISGRUBER, Christopher L. Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, p. 115 e ss., 2002; RESNIK, Judith. Managerial Judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 92, p. 377 e ss., 1982; CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court. 1988 term-foreword: the vanishing constitution. *Harvard Law Review*, v. 103, p. 43 e ss., 1989; ELHAUGET, Einer R. Does interest group theory justify more intrusive judicial review? *The Yale Law Journal*, v. 101, p. 31 e ss, 1991.

os atos do gestor público, embora — para compreensível angústia deste — não deixem claro, *ex ante*, que tipo de conduta estão a exigir daquele a quem se incumbe a coisa pública.

No entanto, a simples indeterminação de um conceito jurídico não implica falta de normatividade. Há muito, os autores do direito administrativo perceberam que o controle dos atos administrativos, em face da legalidade e da constitucionalidade, passa também pela concretização de conceitos indeterminados que, em alguma medida, será feita pelo Poder Judiciário, *a posteriori*. Como disseram, mais uma vez, García de Enterría e Fernandez, "ou a boa-fé está presente ou não; ou o preço é justo ou não o é; ou se faltou com a probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indefinição do enunciado não se traduz em uma indefinição de suas aplicações".[4]

A discricionariedade é, nesse contexto, a autonomia, concedida ao administrador, de buscar, entre uma pluralidade de soluções igualmente justas, aquela que for considerada mais conveniente e oportuna, binômio imortalizado por Hely Lopes Meireles.[5] Se, em um momento histórico, essa definição das possíveis soluções, igualmente justas, passava apenas pela avaliação da compatibilidade formal com os comandos legais, hoje ela passa, inescapavelmente, por um controle de juridicidade que envolve também conceitos indeterminados. Os princípios não são menos vinculantes apenas porque são mais abstratos. Pelo contrário, como ressaltou Cármen Lúcia Antunes Rocha, neles "repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado".[6]

Desse modo, é inegável que 1) conceitos jurídicos indeterminados representam um desafio para o administrador público e para o jurista; 2) quando esses conceitos estão plasmados na Constituição ou na lei, eles são dotados de normatividade e, por isso, vinculam a conduta da administração; 3) operar em um sistema com esse perfil aumenta o risco da atividade pública e dificulta o trabalho dos agentes que atuam pautados pela norma jurídica; 4) os conceitos indeterminados, por serem normativos, podem ser concretizados pela atuação

---

4 Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, *Curso de direito administrativo*, op. cit.

5 "O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar-se." MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 153.

6 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

jurisdicional; e 5) a jurisdição poderá invalidar atos administrativos e impor sanções aos gestores que, de modo injustificável, se afastam dos ditames da ordem jurídica, sejam estes dotados de maior ou menor grau de abstração.

Nesse complexo e tumultuado cenário da pós-modernidade administrativa, só uma coisa é certa: "Administração Pública é atividade de quem não é dono (…) pois o titular dos interesses geridos é sempre o povo, a coletividade em seu conjunto, apenas representada pelo Estado".[7] Logo, o controle é da essência da atividade administrativa e os fins, por mais nobres que sejam, jamais justificarão os meios e as boas intenções, por melhores que sejam, continuarão a povoar o inferno. A Constituição de 1988 optou, no seu art. 5º, XXXV, em submeter todos os atos administrativos que possam causar lesão ou ameaça a direito ao controle da jurisdição. Não se adotou, no Brasil, o sistema de jurisdição administrativa autônoma, que caracteriza a maioria dos países europeus continentais. O Judiciário, externo à administração, é quem se incumbe de dar a última palavra sobre os valores jurídicos, mais ou menos abstratos. E, para evitar que o Judiciário fosse um poder sem controle, o Constituinte estruturou um generoso sistema recursal, que permite que a mesma decisão seja reavaliada diversas vezes.

Em resumo, a indeterminação de uma solução ótima para o caso, predefinida com clareza em lei, abre margem para a escolha entre soluções equivalentes do ponto de vista da justiça, dos parâmetros da boa administração. Dito de outro modo, a abertura semântica de um conceito jurídico é capaz de criar um leque de possíveis soluções, não de permitir, indiscriminadamente, qualquer solução, nem de excluir o gestor do âmbito dos controles interno (controladorias, auditorias) e externo (Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário). O controle dos atos administrativos, no Estado de Direito, é a regra, não a exceção. O cavalo de Troia não deverá ser admitido nas muralhas da juridicidade.

3. A revolução da atividade administrativa: o controle pelas consequências e o art. 20 da LINDB

Historicamente, a produção de atos administrativos esteve focada na compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico dado e com os motivos

[7] DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da Justiça. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 7, n. 73, p. 1-17, 2005.

fáticos que levaram à sua edição. Em alguma medida, portanto, o ato busca realizar um valor futuro, que é a sua finalidade, pautado por um ordenamento jurídico dado, que ele pretende concretizar, e motivado por fatos pretéritos.

O primeiro problema dessa estrutura, já tratado no tópico anterior, é que o ordenamento que se busca concretizar é, por vezes, composto por normas abstratas, em relação às quais são admissíveis várias interpretações. Pode ser difícil dizer se o ato é compatível com o ordenamento existente e, como a última palavra é da jurisdição, por força do art. 5º, XXXV, da Constituição, a interpretação do conteúdo da norma, parâmetro de controle, implica a definição acerca da validade ou invalidade do ato *a posteriori*, no momento em que ele for questionado perante a jurisdição.

Nesse cenário, o art. 20 da LINDB agrega um novo elemento, até então pouco considerado: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". Assim, sempre que a conduta da administração, externalizada em um ato ou uma decisão, estiver fundada em "valores jurídicos abstratos", deverão ser levadas em conta "as consequências práticas da decisão". A LINDB pretendeu, expressamente, reduzir o grau de abstração desses valores jurídicos por intermédio da integração, na análise quanto à sua juridicidade, das consequências que podem ser antevistas pela sua adoção. Como que fazendo uma dobra na flecha do tempo, a LINDB transforma a antecipação das consequências futuras em causa, em motivo para a adoção ou não adoção de um ato, relativamente ao qual a ordem jurídica não deixa claras as hipóteses de aplicação.

Essa disposição não pode receber um adjetivo mais tímido que revolucionária. Ela significa que ao administrador público não é dado tomar decisões fundadas em valores abstratos, sem ponderar as consequências práticas da sua decisão. Embora seja difícil definir o que é um "valor abstrato",[8] não há dúvidas de que o valor mais abstrato de todo o direito público é, precisamente, a supremacia do interesse público, do qual derivam os juízos de conveniência e oportunidade que compõem o núcleo dos atos administrativos discricionários. Definir, no contexto das diversas alternativas possíveis,

[8] A dificuldade é tanta que o próprio Decreto nº 9.830/2019, art. 3º, § 1º, que regulamenta os novos dispositivos da LINDB, asseverou, em reprovável circularidade de raciocínio, que "Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração". Quer dizer, um valor jurídico abstrato é o que tem um alto grau de abstração…

aquela que, uma vez adotada, melhor realiza o interesse público significa, antes de tudo, definir o que é interesse público. E esse é, inescapavelmente, um conceito de elevadíssimo grau de abstração.

Em tal contexto, a conclusão inescapável é a de que não pode mais existir, no ordenamento jurídico brasileiro, ato discricionário que esteja fundado unicamente na prerrogativa do administrador de definir o que é o interesse público e, em seguida, definir de que modo esse interesse público é realizado. A LINDB removeu, expressamente, mais um significativo pedaço daquilo que se convencionava chamar de núcleo da discricionariedade: entre duas opções igualmente lícitas, cabia ao administrador a escolha da que realizava o interesse público, de acordo com as suas concepções. Agora, entre duas concepções igualmente lícitas, o administrador deverá investigar as consequências práticas da adoção de cada uma delas e excluir aquela que implique consequências práticas menos benéficas à sociedade, ainda que amparada pela legalidade.

A segunda conclusão é a de que a motivação dos atos administrativos discricionários deve sempre conter um arrazoado específico acerca da análise das consequências práticas da decisão. Todo ato administrativo discricionário se funda em um valor abstrato — conveniência e oportunidade —, de maneira que todos eles devem, segundo a LINDB, ser valorados à luz de suas consequências práticas. Essa valoração só pode ser reputada existente se constar da motivação do ato praticado. Não se pode intuir avaliação de consequências, nem a realizar *ex post*, apenas quando o ato for, eventualmente, questionado.

Desse raciocínio deriva que a percepção de que a LINDB elegeu um parâmetro para a concretização dos valores abstratos, contidos no ordenamento jurídico: as consequências práticas da decisão. Ao se deparar com um valor abstrato — o que acontece sempre que um ato discricionário deve ser praticado, dado o juízo de conveniência e oportunidade —, o administrador deve projetar para o futuro as possíveis consequências práticas desse ato e, expressando as consequências que visualiza por intermédio da motivação, demonstrar que o ato produzido é o que melhor se enquadra na produção de resultados sociais desejáveis, à luz das consequências previstas.

Tal conclusão se aplica, de modo imediato, às escolhas financeiras feitas pelo administrador. Considere-se o recorrente exemplo de um prefeito que precisa decidir a aplicação de verbas públicas na construção de um pórtico — como tantos foram construídos nos últimos anos — ou de uma creche. Em abstrato, ambos os atos são lícitos e ambos estavam, até a

LINDB, compreendidos em um juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

No entanto, concretizado o valor abstrato a partir das consequências, fica fácil ver que o pórtico é uma decisão ilegal. Sob nenhuma projeção de consequências, a conveniência e oportunidade de um pórtico pode superar a de uma creche. Ou, dito de outro modo, as consequências práticas da construção de uma creche são, evidentemente, mais benéficas que as da construção de um pórtico,[9] de modo que seria ilícito, à luz do art. 20 da LINDB, construir o pórtico.

Em outro exemplo recente, o presidente da República, sob a alegação de precisar cumprir as metas fiscais em 2019, determinou o contingenciamento do orçamento das universidades federais e outras despesas de educação. Essa decisão, que provocou protestos e polêmica, ainda se encontra pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF 595, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. A primeira questão que deve ser avaliada, à luz das consequências, nos termos da LINDB, é se houve motivação que tenha concretizado o valor jurídico da atribuição gerencial financeira do presidente da República, à luz das consequências práticas da decisão. O ato que determina o contingenciamento deve ponderar quais são os efeitos das limitações orçamentárias e financeiras sobre as áreas atingidas e se esses efeitos seriam menos gravosos se tais limitações ocorressem em outras áreas. Por exemplo, a motivação deveria explicar por quais razões o contingenciamento não poderia incidir sobre outras áreas, menos prioritárias.

---

[9] A confirmação prática dessa afirmação pode ser feita pela leitura, a título de exemplo, da Indicação nº 930/2017, do município de Macuco (RJ), por intermédio da qual um vereador indica à Mesa diretora a construção de um pórtico na entrada do município. Transcreve-se o inteiro teor da fundamentação:
"A importância desse Projeto para a nossa cidade, destacando que o Município, pela sua estrutura e desenvolvimento, já merecia uma obra dessa magnitude que passará a ser um destaque positivo e característico para a cidade de Macuco. A instalação do Pórtico e Urbanização da entrada da cidade trará além de modernização inúmeros benefícios para todos os macuquenses. O pórtico dá uma ênfase diferente para a cidade, ficando uma vista mais bonita, uma entrada que chama a atenção dos que por ali trafegam.
O portal precisa ser bonito, ter a cara da cidade, mantendo a identidade do município e ainda ser planejado para ser admirado no futuro. Macuco deve e precisa investir no apelo visual da cidade, e um bom começo se dará através do pórtico.
A construção de um pórtico é um fato importantíssimo, acima de tudo, porque mostra a importância das transformações realizadas na cidade, contribuindo assim para elevação da autoestima da população, pois as inovações realizadas com inteligência e criatividade demonstram o amor que temos pela nossa cidade". Disponível em: <http://cmmacuco.rj.gov.br/docs/indica/2017/930.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

Ressalte-se: não se quer aqui afirmar que essa decisão, especificamente, está errada. Apenas que o juízo de sua adoção não pode mais, por força da LINDB, ser pautado apenas pela conveniência e oportunidade do gestor (valores abstratos), devendo, pelo contrário, ser motivado à luz das consequências práticas que implica.

A julgar pela petição inicial da ADPF 595, essa avaliação não existiu. Segundo o autor,

> A ausência de fundamentação no contingenciamento de recursos destinados às Universidades e Institutos Federais é patente. Não se sabe o porquê de as universidades terem sido as principais destinatárias das medidas, em grande proporção de suas despesas. E, ainda pior, tampouco se sabe o porquê de o contingenciamento de verbas ter se dado de maneira diferenciada entre uma e outra instituição.

É bom observar que, mesmo que existisse motivação, ela deveria levar em conta, por força da LINDB, as consequências práticas da decisão e as possíveis consequências alternativas, caso o ato fosse praticado de outro modo.[10]

Em síntese, o dever de fundamentação das decisões administrativas, que já decorre do princípio republicano, dos princípios e regras de transparência administrativa e de *accountability*, foi agregado, pela LINDB, ao dever de motivar levando em conta as consequências práticas da decisão. Se faltar a fundamentação acerca dessas consequências, o ato administrativo deverá ser considerado inválido, eis que contrário ao texto da lei.[11]

Em terceiro e último lugar, o art. 20 da LINDB permite aos órgãos de controle a verificação da existência de motivação suficiente, acerca das consequências práticas do ato, bem como das suas possíveis alternativas.

---

[10] Quanto ao caso específico do contingenciamento do orçamento da educação, cabe observar que faltam regras na lei de diretrizes orçamentárias que estabeleçam não apenas as metas, mas, sobretudo, as prioridades exigidas constitucionalmente para a administração pública federal (art. 165, § 2º). Essas, por sua vez, devem balizar os critérios a serem adotados para o contingenciamento de dotações orçamentárias e de movimentação financeira, de forma a harmonizar as previsões constitucionais que asseguram autonomia administrativa e financeira aos Poderes e órgãos com poder de autogoverno e às universidades (arts. 99 e 207). A falta de regras específicas reforça a necessidade de fundamentação minuciosa para que se possa decidir quanto a essa questão.

[11] O STF já decretou a invalidade de decisões administrativas, por falta de fundamentação, em mais de uma ocasião. Ver, por exemplo, MS 25.763, rel. p/ o Acórdão min. Gilmar Mendes, *DJ* 3.8.2015.

A partir do momento em que a lei incorporou a consideração das consequências práticas como critério concretizador dos valores abstratos, não as considerar é violar a lei. O controle, nesse passo, é de legalidade, não de conveniência e, por isso, está franqueado aos tribunais de contas, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário.[12] Amparar na prerrogativa discricionária uma decisão que não considera as consequências práticas de sua adoção é ilegal no Brasil. Isso não é pouca coisa.

4. Quais consequências? Um guia prático para o administrador público

Eleitas as consequências como critério para a concretização dos valores abstratos, é preciso verificar de que modo essa consideração poderia ser feita, a fim de fornecer ao administrador público um guia sobre como deve se portar, daqui para a frente, para cumprir o texto legal. Seria muito negativo se as consequências fossem avaliadas apenas de modo episódico, incoerente, sem um critério concreto para a sua operacionalização.

Essa tarefa não é muito fácil, porque há várias possíveis consequências e diversos modos de valorá-las. Pode ser útil, por esse motivo, investigar as vertentes filosóficas do consequencialismo, que podem ser utilizadas para orientar o gestor público na tarefa de construir a motivação que a LINDB passa a lhe exigir.

O consequencialismo é uma designação geral para um feixe de concepções filosóficas distintas, que têm em comum a valoração de uma ação a partir dos seus resultados, não da qualidade intrínseca do agir. As concepções consequencialistas se opõem à vertente filosófica deontológica, que defende, pelo contrário, que o valor ou desvalor das ações é inerente e independente das suas consequências.

O fundamento básico do consequencialismo reside na noção de que, como o passado é inalterável, só se pode considerar bom aquilo que faz o mundo melhor no futuro. A origem do consequencialismo remonta ao utilitarismo

[12] O modo como a consideração das consequências incide também sobre os órgãos de controle será tratado em tópico subsequente.

de Bentham[13] e Mill.[14] Bentham formulou o conhecido princípio da maior utilidade, segundo o qual "é a maior felicidade do maior número [de pessoas] que é a medida entre o certo e o errado".[15] Desse modo, no que tange à escolha de normas, serão valiosas aquelas que produzirem os melhores resultados.

Posteriormente, essas concepções foram desenvolvidas por dezenas de pensadores, de países distintos. Embora não seja o propósito deste artigo aprofundar sobre as diversas correntes consequencialistas, cabe ponderar que elas discordam tanto na forma de avaliar o valor das consequências quanto no tipo de consequência que deve ser considerada relevante.

Quando a LINDB trata de "consequências práticas", ela certamente não está se referindo às consequências jurídicas do ato. A norma não está distinguindo entre atos lícitos ou ilícitos, mas entre atos igualmente lícitos, em abstrato, mas que provocam consequências empíricas melhores ou piores, quando são realizados. A primeira possibilidade é conceber essas consequências como o faz o utilitarismo hedonista, que considera bons os atos cujas consequências maximizam o prazer e minimizam a dor.[16] É claro que, do ponto de vista da atividade administrativa, essa maximização deve ser construída pela maximização do bem-estar da sociedade impactada pela medida. O mérito dessa leitura é permitir a comparação entre as políticas públicas potencialmente disponíveis à luz do resultado social que podem provocar. Seria fácil notar que uma política pública de educação deve ter precedência sobre a construção de um pórtico municipal.

A desvantagem dessa leitura é que ela poderia impedir a realização de políticas para minorias, que dependem mais significativamente do amparo estatal, mas que não representam um grupo amplo o bastante para maximizar o bem-estar social. Para justificar políticas para minorias seria necessário conceber seu amparo como uma forma de favorecer também à maioria, que passará a viver em uma sociedade mais igualitária. Essa construção não seria amparada pelas teorias utilitaristas clássicas, por exemplo.

Outro problema que se poderia opor ao consequencialismo clássico é que a maximização do bem-estar de um determinado grupo social pode não ser

---

13 BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles and morals and legislation*. South Carolina: CreateSpace Independent Publishing Platform, 2016.

14 MILL, John Stuart. On liberty. In: ____. *The basic writings of John Stuart Mill*. Londres: Random House, 2002. p. 3-122; MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Porto: Porto, 2005.

15 "It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong."

16 Ver, por exemplo, SUMNER, L. W. *Welfare, happiness, and ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

compatível com a de outro segmento da sociedade, sem que haja critérios para que o administrador priorize um deles. O administrador poderia, ainda, ter dificuldades para identificar, em um mundo crescentemente complexo, quais políticas levam ao maior bem-estar social.[17] Em quarto lugar, pode haver utilidade social em políticas não necessariamente maximizadoras de utilidade, mas, ainda assim, importantes. Considere-se, por exemplo, o financiamento de uma orquestra sinfônica. Por último, pode ser que a sociedade não saiba o que realiza o seu bem-estar ou, pior ainda, pretenda maximizá-lo de maneiras equivocadas, ilegais ou até mesmo absurdas. A questão sobre os limites da atuação do administrador como fomentador de comportamentos, não apenas como executor da vontade de seus representados, é polêmica e ainda carece de respostas totalmente satisfatórias.[18]

Consideradas essas peculiaridades das políticas públicas, é plausível afirmar que o administrador público poderia adotar o consequencialismo moderado[19] (dado que não apenas as consequências da decisão devem ser levadas em conta), concreto (eis que enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas), maximizante (dado que pretende avaliar as consequências como melhores ou piores que as alternativas, não apenas como satisfatórias ou insatisfatórias), agregado (já que considera o total das consequências da decisão, o saldo das consequências positivas e negativas, não

---

[17] Essas ponderações foram feitas extensamente em VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

[18] Sobre esse interessante tema, ver PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984. Ver também PENNOCK, J. Roland (Ed.). *Representation*. Nova York: Atherton Press, 1968; WHITE, Albert B. *Self-government at the kings command*: a study in the beginnings of English democracy. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933; VOEGELIN, Eric. Representation and existence. In: HENNINGSEN, Manfred (Ed.). *The collected papers of Eric Voegelin*. vol. 5: Modernity without restraint. Missouri: University of Missouri Press, 2000. p. 109-128; HIRST, Paul. *Representative democracy and its limits*. Cambridge: Polity, 1991.

[19] Há uma ampla polêmica, em filosofia, sobre até que ponto uma teoria pode ser considerada consequencialista, se ela se abre para a consideração de outros fatores, diversos das consequências do ato. Há, por essa razão, uma série de teorias intermediárias entre o consequencialismo puro e a deontologia, que aqui estão sendo denominadas "consequencialismo moderado", mas que também expressam, em alguma medida, uma deontologia moderada. O que se pretende afirmar, com isso, é a impossibilidade de que, no âmbito jurídico, se adote uma concepção puramente consequencialista, segundo a qual o ato mais vil poderia ser justificado se acarretasse as melhores consequências possíveis. Isso descaracterizaria a própria noção de direito. Como percebeu, na literatura, Dostoievski, há atos que repulsam à moralidade em tal medida que não podem ser considerados aceitáveis pelas consequências que deles derivam, sejam elas quais forem. Esse tema será retomado a seguir. Para um aprofundamento quanto ao assunto, ver SHELFFLER, Samuel. *Consequentialism and its critics*. Londres: Oxford University Press, 1988.

só suas parcelas), não igualitário (já que os impactos devem ser considerados ponderando os grupos sociais sobre os quais incidem, sobretudo os mais vulneráveis, não de modo uniforme) e avesso a perdas[20] (consequências que impõem prejuízos aos administrados devem ser consideradas mais negativas do que aquelas que impõem a não obtenção de um benefício equivalente). Esses seriam os critérios de avaliação das consequências.

Se for aceito esse rol de critérios de avaliação de consequências, resta definir quais seriam as consequências a serem valoradas. Para o consequencialismo monista, apenas um tipo de consequência — que pode ser o prazer, a felicidade, a satisfação pessoal ou o bem-estar em diversos outros aspectos — é considerado valioso. Já o consequencialismo pluralista aceita que mais de um tipo de bem pode ser encontrado no resultado das ações.[21]

Teria a LINDB instituído um consequencialismo monista, que considera apenas um tipo de consequência, ou pluralista, que considera as diversas consequências que podem decorrer do mesmo ato? Além disso, sendo uma ou sendo várias, quais seriam as consequências práticas relevantes? Econômicas, sociais, políticas? E seriam as consequências incidentes sobre os indivíduos (microconsequências) ou sobre o grupo social como um todo (macroconsequências)? Seriam as consequências de longo prazo ou de curto prazo?

Primeiramente, não parece que a LINDB tenha instituído um consequencialismo monista. O aspecto multifacetado das políticas e da atividade pública, que incidem sobre as realidades de vários sujeitos, sob vários vieses, não pode ser reduzido a uma única espécie de consequência. Dizer o contrário significaria afirmar que a Constituição se importa apenas com a realização de um valor, o que não parece verdade, independentemente de qual seja esse valor. A Constituição não pretende garantir nem mesmo a dignidade humana independentemente do custo social e econômico da providência necessária para essa garantia. Mas ela também não pretende sacrificar os direitos básicos

---

[20] O conceito de aversão a perdas é fundado na análise econômica. Sobre o assunto, ver KAPLOW, Louis. Private versus social costs in bringing suit. *Journal of Legal Studies*, v. 15, p. 371 e ss., 1986; SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; PARISI, Francisco. *The Oxford handbook of law and economics*. Londres: Oxford University Press, 2019. 3 v.; POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. The deterrent effects of settlements and trials. *International Review of Law and Economics*, v. 8, p. 109-116, 1981; POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, p. 869-962, 1998.

[21] Para uma visão de consequencialismo que trata de consequências do ponto de vista do cumprimento de deveres (consequencialismo de direitos), ver NOZICK, Robert. *Anarchy, State and utopia*. Nova York: Basic Books, 1974.

(e há uma grande divergência para saber o que são direitos básicos) dos cidadãos em nome apenas de considerações econômicas. A Constituição é um texto normativo complexo, que incide sobre uma sociedade ainda mais complexa, o que demandará respostas mais delicadas do que a prevalência de um único valor. Logo, não pode haver um único tipo de consequência a ser ponderado pelo administrador, em obediência à LINDB. Parece mais adequado concluir que a Lei pretende a adoção de um consequencialismo pluralista, que aceita que mais de um tipo de bem pode ser encontrado no resultado das ações.

Se é verdade que o consequencialismo da LINDB é pluralista, é preciso delinear um guia prático para a atividade de motivação do administrador, a fim de que ele consiga se desincumbir desse complexo mister e, ao mesmo tempo, cumprir aquilo que a lei lhe exige. Embora a LINDB não deixe muitas pistas sobre como isso poderia ser feito, é possível sugerir que o administrador deveria levar em conta consequências práticas em termos, pelo menos, de:

> 1) Microconsequências: relativas às pessoas imediatamente destinatárias da decisão;
>
> 2) Macroconsequências: relativas ao grupo social que será impactado pela adoção da medida, sem ser dela destinatário. Isso inclui as pessoas que são excluídas da política pública e aquelas que arcam com os custos da sua implementação;
>
> 3) Distribuição temporal: consequências de curto, médio e longo prazo, na medida em que forem previsíveis, ou seja, que, "no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos", como pontuou o art. 3º, § 2º, do Decreto nº 9.830/2019;
>
> 4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: maneira pela qual o ato promove o bem-estar do grupo social e dos indivíduos afetados, em comparação com outros atos que poderiam ser praticados;
>
> 5) Representatividade: em que medida aquele ato é desejado pelo grupo social por ele afetado;
>
> 6) Distribuição social: repartição das consequências sobre os grupos sociais afetados pela decisão, com especial atenção para os grupos vulneráveis;[22]

[22] Como se pode perceber, o rol analítico proposto adota o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma ação (no caso do texto, uma política pública) é considerada

7) Economicidade: ponderação acerca das consequências econômicas da adoção ou não adoção da decisão, em face das alternativas disponíveis e dos direitos materiais (sobretudo, aqueles que têm status constitucional) do grupo social afetado pelo ato,[23] bem como do orçamento disponível para aplicação.

Essas sete esferas de consequências parecem compor um esquema compatível com uma interpretação da LINDB, à luz das disposições constitucionais. Um esquema, reconheça-se, razoavelmente complexo. No entanto, é preciso ponderar que essas questões são facilmente motiváveis e verificáveis na maioria dos atos administrativos. De modo geral, os critérios para a concretização de valores abstratos são claros, de modo que não trarão maiores dificuldades de motivação. Imagine-se, por exemplo, a escolha em aplicar mais recursos em educação básica do que aqueles legalmente determinados. Seguindo o guia anterior, temos:

1) Microconsequências: os alunos das escolas são beneficiados;
2) Macroconsequências: a sociedade é beneficiada pela melhoria dos indicadores educacionais e da qualificação dos indivíduos;
3) Distribuição temporal: no curto, médio e longo prazo, os investimentos em educação são benéficos para os indivíduos diretamente afetados e para a sociedade;
4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: a educação promove o bem-estar da sociedade, pela melhoria da sua qualificação, que traz ganhos de rendimento, de sociabilidade, de consciência política, de

eficiente se seus efeitos implicam realocações que melhorem a situação de algumas pessoas, ainda que piorem a de outras, admitindo, portanto, uma compensação de utilidade. Esse conceito é menos exigente que a melhoria de Pareto, que exige que se melhore a situação de uma pessoa sem piorar a de outras. Ver, por exemplo, POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Aspen: Wolters Kluwer, 1986. p. 32-33. No entanto, é preciso ressaltar, tal como consta do texto, que a distribuição social das consequências é fundamental para a análise de políticas públicas. Políticas que piorem a vida das pessoas pobres e melhorem a vida das pessoas ricas serão muito difíceis de serem justificadas nesse indicador, ainda que a piora seja pequena e a melhoria seja grande.

[23] Vale notar que nenhum dos critérios aponta para o cumprimento das normas legais ou constitucionais. É que cumprir a norma é um critério deontológico, não consequencialista. Consequencialismo é avaliar de que forma a norma deve ser cumprida, a partir das consequências potenciais desse cumprimento. No tópico seguinte será discutida a possibilidade de a norma ser descumprida em virtude da avaliação das consequências do ato. Por enquanto, deve-se pressupor que a prática do ato, desvinculada de suas consequências, seria, abstratamente, lícita.

saúde, de redução da criminalidade.[24] Não há boas alternativas para a produção desse resultado;

5) Representatividade: educação é uma das maiores demandas da sociedade brasileira;
6) Distribuição social: o investimento em educação pública beneficia, de modo direto, sobretudo os mais pobres;
7) Economicidade: o custo da educação é comparativamente baixo, em relação a outras políticas públicas.

Por outro lado, compare-se o resultado da mesma análise, quando se leva em conta a construção de um pórtico municipal:

1) Microconsequências: ninguém é diretamente beneficiado;
2) Macroconsequências: o grupo social não colhe benefícios diretos da obra;
3) Distribuição temporal: não há benefícios relevantes, de curto, médio ou longo prazo;
4) Maximização do bem-estar à luz das alternativas: diversas outras políticas públicas mais necessárias e protegidas pela Constituição poderiam ser realizadas com a mesma verba. Por exemplo, a aquisição de medicamentos ou insumos escolares;
5) Representatividade: é improvável que um número significativo de munícipes aprovasse a construção de um pórtico;
6) Distribuição social: um pórtico, ainda que perifericamente beneficie alguém, tem mais potencial para beneficiar pessoas ricas do que os mais pobres;
7) Economicidade: o custo de um pórtico é comparativamente alto, em relação aos poucos benefícios que ocasiona.

Esses dois exemplos mostram que o gestor público não teria dificuldades para utilizar o esquema consequencialista aqui delineado para justificar propostas socialmente relevantes. Por outro lado, para as políticas reprováveis o esquema fornece uma resposta clara. O ato é ilegal, eis que o valor abstrato que ele realiza (conveniência e oportunidade do administrador) traz consequências que não são justificáveis. Assim, em muitos casos, uma análise consequencialista parametrizada permite deixar evidente aquilo que, instintivamente, todos sabem: embora os dois exemplos tratem de decisões

[24] Esses dados já foram levantados cientificamente. Ver BEHRMAN, J.; STACEY, N. (Ed.). *The social benefits of education*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

administrativas discricionárias compatíveis, do ponto de vista tradicional, com a análise de conveniência e oportunidade, a alocação de recursos superiores ao mínimo em educação é plenamente justificável, enquanto a construção de um pórtico não é. Isso significa dizer que, entre essas duas aplicações, igualmente discricionárias, a segunda é ilícita, porque viola o art. 20 da LINDB.

Tem-se, em resumo, no primeiro passo, o levantamento de um universo de consequências a serem avaliadas: microconsequências, macroconsequências, distribuição temporal das consequências, maximização do bem-estar à luz das alternativas, representatividade, distribuição social e consequências econômicas. Cada um dos elementos desse universo deve ser avaliado adotando os critérios analíticos propostos, quais sejam, um consequencialismo moderado, concreto, maximizante, agregado, não igualitário e avesso a perdas. Essa é a verificação de consequências que a LINDB exige do administrador.[25] Em termos gráficos, ela pode ser representada da seguinte forma:

---

[25] Este artigo circulou, em forma de rascunho, entre diversos acadêmicos, para críticas e sugestões. Entre eles, o texto foi apresentado ao professor Gregório Assagra de Almeida, que é também promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais. O professor Gregório submeteu este texto à Corregedoria-Geral do MPMG, a qual incorporou as conclusões aqui expostas a alguns dos enunciados por ela formulados, dirigidos a todos os promotores de justiça mineiros, relativamente às diretrizes a serem observadas pelos membros quanto à aplicação da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. (Aviso CGMP 02, de 30 de março de 2020, *Diário Oficial Eletrônico do MPMG* de 31.3.2020). Destacam-se os seguintes:
"Enunciado 7. Na avaliação das consequências práticas da decisão nas esferas administrativa, controladora e judicial referidas no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), além dos aspectos econômicos da gestão pública, devem ser considerados os interesses relacionados à defesa dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, especialmente quanto à promoção da pessoa humana, à proteção da vida, à integridade física, à liberdade e à igualdade.
Enunciado 8. A indicação das consequências da decisão prevista no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) deve ser explícita, múltipla nos vários aspectos das consequências da decisão e contemporânea à produção do ato administrativo, sob pena de invalidação.
Enunciado 9. O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) não poderá ser interpretado de forma a viabilizar a construção de uma motivação retroativa, que pretenda validar o ato ilícito em virtude das consequências práticas geradas.
Enunciado 10. O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) impôs ao gestor o dever de analisar as consequências práticas de seus atos, e, não o fazendo quando o contexto fático é claro em demonstrar que as consequências contraindicam a decisão, poderá ser responsabilizado.
Enunciado 12. O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) incorporou a consideração das consequências práticas do ato como critério concretizador dos valores jurídicos abstratos; assim, o controle a ser exercido sobre o ato e a discricionariedade do gestor é tanto o de legalidade quanto o de constitucionalidade, segundo a análise de aspectos como motivação, razoabilidade, proporcionalidade e desvio de poder". O autor agradece ao professor Gregório pela difusão do texto.

Tabela 1

Critérios para decisões administrativas consequencialistas

<table>
<tr><th>Universo das consequências a serem avaliadas</th><th>Critérios para análise de cada um dos elementos do universo das consequências previstas</th><th></th></tr>
<tr><td>1. Microconsequências</td><td rowspan="8">Consequencialismo moderado
Concreto
Maximizante
Agregado
Não igualitário
Avesso a perdas</td><td rowspan="8">Prática do ato administrativo</td></tr>
<tr><td>2. Macroconsequências</td></tr>
<tr><td>3 Distribuição temporal</td></tr>
<tr><td>4. Maximização do bem-estar à luz das alternativas</td></tr>
<tr><td>5. Representatividade</td></tr>
<tr><td>6. Distribuição social</td></tr>
<tr><td>7. Economicidade</td></tr>
</table>

Fonte: Elaborada pelo autor.

O problema será mais complexo em situações em que as respostas a alguns dos itens indicarem consequências positivas e a outras, negativas. Por exemplo, políticas públicas podem ser muito importantes, mas muito caras, como é o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS, com base apenas no direito (abstrato) à saúde. Ou podem ser importantes para grupos minoritários, mas indesejáveis pela maioria, como é o caso da implementação de políticas de ação afirmativa não previstas em lei, mas baseadas no valor (abstrato) da igualdade material. Quer dizer, há uma contradição de consequências.

Nesses casos, a tarefa do administrador será motivar, expressamente, por quais fundamentos as consequências positivas prevalecem sobre as negativas. Se o resultado líquido da política e da decisão for positivo, isto é, se ela gerar mais bem-estar do que mal-estar, quando considerados o conjunto dos atingidos e a distribuição das consequências, ela deve ser realizada. Se o resultado final for negativo, será vedada. É claro que não existe um medidor objetivo para esse tipo de peso. Ele deverá ser demonstrado tecnicamente, em cada caso, de acordo com as peculiaridades das políticas públicas a serem desenvolvidas.

A discricionariedade administrativa pura, isto é, a situação em que o juízo de conveniência e oportunidade do administrador ainda continua a existir é aquela em que houver mais de uma opção de atuação com o mesmo resultado líquido das consequências. Por exemplo, se o município tiver recursos para construir apenas uma creche em dois possíveis bairros beneficiados e as condições dos dois forem as mesmas (proximidade para a creche alternativa, número de crianças atendidas, custo da obra, padrão socioeconômico do grupo beneficiado etc.), conforme demonstrado pela motivação, constante do processo administrativo, poderá o gestor público optar pelo local da construção.

Como se percebe, a LINDB impôs um ônus considerável sobre o administrador público, mas, nem de longe, esse ônus é irrealizável. Pelo contrário, bem ponderadas, as consequências podem servir de guia para a boa atividade administrativa, bem como de justificativa para aquelas situações excepcionais, em que o gestor precisa tomar medidas que, conquanto polêmicas, acarretam consequências sociais claramente positivas. Por exemplo, a possibilidade de ingresso forçado em imóveis fechados para a realização de políticas de combate ao mosquito transmissor das arboviroses (dengue e outras) claramente se justifica, do ponto de vista das consequências, porque traz um benefício social maior do que a simples garantia do direito de propriedade.

E, entretanto, o direito de propriedade é uma garantia constitucional. Poderia a avaliação das consequências servir para afastar a legalidade estrita e, inclusive, direitos previstos constitucionalmente?

5. Consequências devem prevalecer sobre a legalidade estrita?

Estabelecer os parâmetros por intermédio dos quais as consequências práticas de uma decisão devem integrar a atividade administrativa leva, inevitavelmente, ao questionamento de seus limites. Se a análise consequencialista está, agora, expressamente amparada por lei, ela seria capaz, em determinadas circunstâncias, de afastar a aplicação de outras normas incidentes no caso?

Em várias situações, a própria lei já faz, expressamente, esse juízo. Diversas modalidades de dispensa de licitação são justificáveis exatamente porque as consequências de licitar seriam mais graves do que as de não licitar (por exemplo, em casos emergenciais). A questão é saber se a LINDB

justificaria que esse juízo fosse feito em outras situações em relação às quais o texto legal não contém previsão expressa nesse sentido.

Esse debate reflete a divergência, sem solução no campo da filosofia, entre o consequencialismo e a deontologia. Philippa Foot ilustrou magistralmente o debate com o seu "dilema do bonde": o condutor deve desviar um bonde desgovernado para matar uma pessoa em vez de matar cinco? A maioria tende a responder que sim. Mas e se for um espectador, poderia ele jogar outro espectador nos trilhos para que, com a sua morte, evitasse que as outras cinco pessoas morressem? E um médico, poderia matar um paciente saudável para salvar as vidas de cinco pessoas que precisassem de transplantes?[26] E se alguma das vítimas for conhecida do agente, isso faz diferença? Do ponto de vista das consequências, todos esses atos geram uma morte em vez de cinco. No entanto, poucas pessoas concordariam que as condutas seriam igualmente aceitáveis.

Embora esse debate seja acalorado entre filósofos, estudos comportamentais extensos demonstraram[27] que a deontologia moderada (ou consequencialismo moderado), um meio-termo entre deontologia e consequencialismo, é a posição que mais corresponde às convicções morais prevalentes na sociedade ocidental.[28] Isso quer dizer que a maioria das pessoas está disposta a aceitar certos atos maus que gerem consequências positivas, mas não atos muito maus, ainda que gerem consequências positivas. Tanto o consequencia-

---

[26] FOOT, Philippa. The problem of abortion and the doctrine of the double effect. In: ____. *Virtues and vices*. Oxford: Basil Blackwell, 1978. Ver também FOOT, Philippa. *Moral dilemmas*: and other topics in moral philosophy. Londres: Clarendon Press, 2003; THOMSON, Judith. Killing, letting die, and the trolley problem. *The Monist*, v. 59, p. 204-217, 1976. THOMSON, Judith. The trolley problem. *Yale Law Journal*, v. 94, p. 1395-1415, 1985; UNGER, Peter. *Living high and letting die*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

[27] BARTELS, Daniel M. et al. Moral judgment and decision making. In: G. KEREN, G.; WU, G. (Ed.). *Blackwell reader of judgment and decision making*. Malden: Blackwell, 2014. No mesmo sentido, BARON, Jonathan; SPRANCA, Mark. Protected values. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v. 70, n. 1, p. 1-16, 1997.

[28] LANTERI, Alessandro; CHELINI, Chiora; RIZZELLO, Salvatore. An experimental investigation of emotions and reasoning in the trolley problem. *Journal of Business Ethics*, v. 83, p. 789-804, 2008. Os autores conduziram uma pesquisa com 62 participantes e constataram profundas diferenças entre o modo como as pessoas apreciam o dilema do bonde em sua versão básica, quando se trata de mudar a direção do veículo, e em sua versão modificada, que propõe atirar um espectador nos trilhos para parar o bonde. Se as pessoas fossem adeptas do consequencialismo puro, os resultados deveriam ser os mesmos, independentemente da conduta. No entanto, na versão simples do problema, 24% dos participantes responderam que mudar a direção da alavanca seria moralmente obrigatório, número que totalizou 87%, quando somados aqueles que afirmavam que tal conduta seria moralmente aceitável. Quando o exemplo era para arremessar um espectador, o percentual caiu para menos de 5%, entre os que consideravam obrigatório, e para 46%, que consideraram aceitável.

lismo absoluto quanto a deontologia absoluta são rejeitados pela maioria dos sujeitos pesquisados e pela maioria dos filósofos.[29]

Essa visão majoritária entre os cidadãos também pode indicar o modo adequado de compreender o consequencialismo proposto pela LINDB. De um lado, o art. 20 certamente não impõe que as consequências devam sempre prevalecer sobre os comandos e deveres legais. Elas devem ser sempre consideradas, mas podem ser afastadas à luz de outras considerações, inclusive relativas ao desvalor intrínseco da conduta para se chegar ao resultado. Esse desvalor pode decorrer, por exemplo, da proibição da conduta por uma norma específica, não abstrata, ou da repulsa moral que ela provoca.

Por outro lado, também parece razoável sustentar que a LINDB pode prover um argumento consequencialista para afastar normas legais explícitas, ou seja, para permitir que sejam consideradas aceitáveis condutas vedadas, que acarretem bons resultados. Essa situação precisará ser justificada à luz das circunstâncias do caso. O ônus argumentativo, evidentemente, é do gestor. Confrontado com a necessidade de praticar uma conduta vedada para alcançar consequências socialmente positivas, o administrador público deverá demonstrar de que forma as consequências desejadas são valiosas o bastante para afastar o juízo de desvalor, feito em abstrato, pelo legislador, de que decorreu a proibição da conduta, à luz das consequências concretas vislumbradas para o caso.

É certo que tal análise envolve uma dose considerável de incerteza. Não há fórmula prévia, que permita definir quais consequências são valiosas o bastante para afastar normas expressas, quais são as normas passíveis de serem afastadas e em que medida esse afastamento pode ocorrer. Por essa razão, a LINDB amplia a margem de incerteza do ordenamento jurídico, talvez na busca de decisões mais afeitas às circunstâncias do caso. De todo modo, em qualquer caso haverá um limite, a ser definido *a posteriori*, de reprovabilidade da conduta, além do qual esta não pode ser reabilitada em virtude das consequências que implica.

---

[29] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. Londres: Oxford University Press, 2018. especialmente o cap. 4.

6. Sindicabilidade da análise das consequências

A indicação das consequências da decisão deve, por força do art. 20 da LINDB, constar da motivação dos atos administrativos. Essa ponderação não pode ser implícita, nem pode ser posterior à elaboração do ato. Ao contrário, ela deve ser explícita e contemporânea à sua produção. Quanto mais relevante ou impactante for, sobre o grupo social, o ato administrativo a ser praticado, mais minuciosas devem ser as ponderações acerca das consequências. Do mesmo modo, a motivação também deve ser tão mais detalhada quanto mais abstrato for o valor jurídico que o ato pretende concretizar. Supremacia do interesse público, conveniência e oportunidade são conceitos jurídicos altamente abstratos, de modo que os atos administrativos discricionários sempre demandarão maior fundamentação acerca das consequências previstas pelo gestor.

A não indicação das consequências equivale a deficiência de motivação, a qual, conforme já mencionado, acarreta a invalidade do ato administrativo. Como afirmou, com clareza, o Superior Tribunal de Justiça, "A motivação é a declaração escrita dos motivos que ensejaram a prática do ato e integra a forma do ato administrativo, acarretando a sua ausência a nulidade do ato, por vício de forma".[30] Não há dúvidas, portanto, de que a motivação deve ser expressa e de que sua ausência acarreta a invalidade do ato.

A questão passa a ser, então, determinar se a motivação acerca das consequências, quando presente, é sindicável pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário. A resposta é, certamente, positiva. A jurisprudência já assentou que os motivos determinantes do ato administrativo são passíveis de verificação, quanto à sua veracidade e quanto à pertinência dos fatos e fundamentos jurídicos que os embasam. Como afirmou o STJ, "Segundo a teoria dos motivos determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada".[31] Esse fundamento já foi utilizado, inclusive, como razão de decidir no julgamento de dois recursos

[30] RMS 55.732/PE, Rel. ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/5/2019, *DJe* 30/5/2019.

[31] RMS 20.565/MG, Quinta Turma, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15/3/2007, *DJ* 21/5/2007.

especiais repetitivos,[32] de modo que se trata, induvidosamente, de precedente vinculante, por força do art. 927, III, do CPC.

Logo, por força do art. 20 da LINDB, o administrador público está obrigado a motivar seus atos, sobretudo os discricionários (eis que sempre embasados em valores jurídicos abstratos, quais sejam, conveniência e oportunidade), e, ao fazê-lo, está vinculado à motivação expressa, a qual pode ser questionada e analisada no âmbito jurisdicional. A motivação inadequada ou insubsistente configura vício de legalidade, conclusão a que também chegou o STJ, com clareza, asseverando que "O administrador está vinculado aos motivos postos como fundamento para a prática do ato administrativo, seja vinculado seja discricionário, configurando vício de legalidade — justificando o controle do Poder Judiciário — se forem inexistentes ou inverídicos, bem como se faltar adequação lógica entre as razões expostas e o resultado alcançado, em atenção à teoria dos motivos determinantes".[33]

Assim, o art. 20 da LINDB não se presta a viabilizar a construção de uma motivação consequencialista retroativa, que pretenda validar o ato vedado em virtude das consequências positivas que ele gerou, se essas não foram ponderadas e integradas à motivação, no momento da prática do ato.

7. O gestor poderia ser penalizado por não levar em conta as consequências da sua atividade?

Se a motivação é obrigatória e sindicável pela via jurisdicional, cabe indagar quanto à possibilidade de o gestor público que pratica um ato discricionário, sem motivação adequada quanto às possíveis consequências de sua atuação, ser pessoalmente penalizado.

A conclusão inafastável é positiva. Como já se demonstrou, o STJ entende que a ausência ou inadequação da motivação configura vício de legalidade do ato. Logo, quem atua dessa forma pratica ato ilegal. Servidor público que age ilegalmente viola o dever previsto no art. 116, III, da Lei nº 8.112/1990, que encontra correspondentes em todos os demais estatutos de servidores públicos no país, dada a singeleza da norma que encerra: é dever do servidor público

[32] São eles, REsp 1498719/PR, rel. ministro Og Fernandes, julgado em 8/11/2017, *DJe* 21/11/2017 e REsp 1487139/PR, rel. ministro Og Fernandes, julgado em 8/11/2017, *DJe* 21/11/2017.

[33] MS 13.948-DF, rel. min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/9/2012.

"observar as normas legais e regulamentares". Para o servidor público federal regido pela Lei nº 8.112/1990, a punição por essa conduta é a advertência (art. 129), seguida de suspensão de até 90 dias em caso de reiteração (art. 130). Outros agentes públicos deverão ser punidos de acordo com seus respectivos estatutos.

A omissão da motivação e da análise das consequências pode, em casos muito graves, implicar até mesmo a imposição da sanção por improbidade administrativa. Isso porque o art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992, capitula como ato de improbidade qualquer ação ou omissão que viola os deveres de legalidade. É evidente que nem toda ilegalidade constitui ato de improbidade, conforme já estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça. "É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público".[34]

Porém, *a contrario sensu*, se a motivação quanto às consequências é omitida ou falseada em situações em que essas consequências, claramente previsíveis, contraindicariam a prática do ato, não há como negar a imposição da pena ao gestor. É o caso, para continuar no exemplo já citado, de um município pobre que direciona recursos de seu orçamento para a construção de uma obra voluptuária, a realização de shows de artistas populares, rodeios, festas, em vez de utilizá-los em políticas de saúde, educação, combate à mortalidade infantil etc. O mesmo valeria para um parlamentar que, podendo direcionar emendas orçamentárias às atividades que realizam o interesse público, o faz sem levar em conta as consequências práticas da sua escolha alocativa.[35]

A cegueira deliberada não pode, nessa circunstância, servir de escudo para o gestor ímprobo. A LINDB lhe impôs o dever de analisar as consequências práticas de seus atos. Em não o fazendo por descuido, praticará uma ilegalidade. Em não o fazendo porque o contexto fático claramente demonstra que as consequências contraindicam a decisão, praticará ato de improbidade administrativa.

---

[34] AgInt no AREsp 1274653/RS, rel. ministra Assusete Magalhães, julgado em 13/11/2018, *DJe* 21/11/2018.

[35] Como amplamente noticiado pela imprensa: "No Ceará, emenda parlamentar pagou show de Wesley Safadão". *Veja*, 7 jan. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/no-ceara-emenda-parlamentar-pagou-show-de-wesley-safadao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

8. Os efeitos do art. 20 sobre os órgãos de controle, o Ministério Público e o Poder Judiciário

O art. 20 da LINDB, além de impor sobre o administrador o dever descrito nos itens anteriores, também determina que as esferas "controladora e judicial" levem em conta as consequências práticas da decisão, quando decidem com base em valores abstratos.

Esse é um chamado para que juízes, membros do Ministério Público e órgãos de controle (tribunais de contas e controles internos dos Poderes) pautem suas próprias decisões e sua avaliação dos atos praticados pelo gestor público não apenas pela legalidade estrita, mas também pelas consequências práticas da decisão. Como expressou, com invejável precisão, Marçal Justen Filho, não se pode adotar uma concepção mecanicista da aplicação do direito, como se todas as circunstâncias da realidade estivessem previamente contidas nas normas legais.[36] As consequências da prática de qualquer ato jurídico ou da adoção de qualquer decisão judicial devem pautar a adoção do próprio ato, eis que são as decisões que produzem, em alguma medida, os direitos (como dizem os americanos, *remedies precede rights*).

Essa conclusão tem inegáveis consequências para a atuação judicial em vários aspectos de intervenção sobre políticas públicas, tais como a concessão de medicamentos, a determinação de matrículas de crianças em creches, a imposição de realização de obras públicas ou de comprometimentos orçamentários. Essa análise não é pertinente ao presente artigo e, em alguma medida, já foi feita em outro momento.[37] O que interessa aqui é determinar em que medida o art. 20 da LINDB incide sobre a atividade do sistema de justiça, quando se debruça sobre o ato praticado pelo administrador, para validá-lo ou invalidá-lo.

Nesse contexto, parece certo que os tribunais de contas, o Ministério Público e o Judiciário estão vinculados a considerar, em seu exame de legalidade dos atos administrativos, também as consequências práticas da

---

[36] JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB — dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp. LINDB, p. 13-41, 2018.

[37] Ver VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333 e ss., 2018

decisão tomada pelo gestor. E, dependendo das circunstâncias do caso, poderão e deverão considerar lícitas condutas que, apesar de ilegais, geram consequências cujos benefícios se sobrepõem ao cumprimento da norma, sobretudo, como também afirma o art. 20 da LINDB, em seu parágrafo único, "em face das possíveis alternativas". Dito de outro modo, se as alternativas disponíveis para o administrador, na situação específica, teriam potencial para gerar consequências piores do que as verificadas, o ato deve ser considerado de acordo com o ordenamento jurídico, ainda que contrário a um texto legal. As consequências, reitere-se, passaram a integrar a avaliação de juridicidade dos atos administrativos.

Contudo, uma importante ressalva deve ser acrescida. Cabe ao administrador, responsável pelo ato, o ônus argumentativo da demonstração dessas circunstâncias. Elas não precisam ser intuídas pelo juiz, pelo Ministério Público ou pelos órgãos de controle interno ou externo, de ofício. O administrador deve demonstrar que, no momento em que o ato foi praticado, as possíveis alternativas foram consideradas e, entre elas, foi eleita aquela que, de acordo com as informações de que se dispunha naquele momento, acarretaria os melhores resultados. Especificamente no âmbito judicial, as consequências a serem consideradas pelo juiz são, portanto, aquelas que lhe foram submetidas, "sobre as quais tenha havido efetivo contraditório (…) tais consequências devem ser previamente discutidas com as partes".[38] Também é certo que as consequências, mesmo consideradas, podem não ser suficientes para afastar a ilegalidade da conduta, se esta implicar um grau muito elevado de reprovabilidade. O pior dos atos, reitere-se, não pode ser justificado pela melhor das consequências.

Em síntese, o sistema de justiça, ao avaliar as consequências, não deve se comportar como "engenheiro de obra pronta", que pune o gestor público por consequências que, no momento em que o ato foi praticado, eram imprevisíveis. Devem-se levar em conta, como menciona o art. 22, § 1º, da LINDB, "as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente", assim como "as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo" (art. 22 da LINDB). Porém, a consideração dessas circunstâncias depende da sua demonstração (isto é, apresentação e comprovação) pelo próprio gestor. Ele deverá apresentar

[38] DIDIER JR., Fredie; ALEXANDRIA, Rafael. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C* — Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 75, p. 143-160, 2019.

evidências de que as alternativas foram devidamente ponderadas e que a conduta que se adotou era justificável, à luz das consequências antevistas caso fossem adotadas as possíveis alternativas.

9. O papel preventivo do Ministério Público e dos órgãos de controle na aplicação da LINDB

É preciso, finalmente, fazer uma consideração sobre o papel preventivo dos órgãos de controle e do Ministério Público na adequada aplicação da LINDB, pelos gestores públicos brasileiros. Como se viu, a norma impõe uma profunda mudança de cultura para a gestão pública brasileira e, mais do que punir aqueles administradores que não se atentarem para a mudança, o importante é esclarecer-lhes e alertar-lhes, a fim de que se obtenham a produção de atos mais qualificados, a adequada consideração das consequências e, ao final, a construção de uma gestão pública mais qualificada, que produza resultados sociais mais proveitosos ao cidadão.

Para tanto, é importante que os órgãos de auditoria interna atuem de forma preventiva, adotando como premissa das iniciativas de fiscalização as necessidades dos gestores. Disso deve resultar um plano de fiscalização condizente com o objetivo de gerenciar e reduzir riscos na gestão pública. Enquanto os órgãos de controle interno não priorizarem as atividades de avaliação da gestão (asseguração) e de apoio ao controle externo, especialmente no que concerne à auditoria preventiva e à certificação de contas, a tendência será o aumento de falhas e irregularidades na gestão pública. O controle preventivo pode colaborar significativamente para que o gestor passe a analisar as consequências dos atos administrativos antes de decidir.

Da mesma forma, o Tribunal de Contas, com amparo no art. 71 da Lei Maior, e o Ministério Público, no exercício da competência prevista no art. 6º, XX, da Lei Complementar nº 75/1993, podem expedir recomendações e alertas aos gestores, conforme o caso, no sentido de que a ausência de motivação adequada quanto à análise das consequências práticas dos atos administrativos, inclusive em face das possíveis alternativas, configura ilegalidade e, em circunstâncias graves, pode vir a configurar ato de improbidade administrativa.[39]

[39] Essa sugestão foi incorporada pela Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais, no conjunto de enunciados já referidos anteriormente, contidos no Aviso CGMP

Essas recomendações e alertas podem, inclusive, se valer do guia prático detalhado no item 4, supra, para direcionar ao gestor orientações específicas sobre quais consequências ponderar, de que modo elas devem ser avaliadas e sobre a necessidade de produção de motivação consistente e contemporânea à prática do ato. Isso permitirá que o gestor incauto, de pequenos municípios, que muitas vezes não conta com avaliação adequada da gestão pelo órgão de controle interno, seja separado do gestor ímprobo, que pretende se esconder por trás das consequências de seus atos para justificar ilegalidades, mas ignorar essas mesmas consequências, quando elas contraindicam uma atuação que é do seu interesse.

10. Conclusão

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com as alterações promovidas em 2018, criou um novo marco para a administração pública brasileira. Pode ser que essa tenha sido uma criação inadvertida, eis que o projeto, por opção de seus apoiadores, foi aprovado às pressas, sem o debate democrático que seria apropriado. Inadvertida ou não, a lei existe e não há dúvidas de que ela exige profundas alterações do comportamento do gestor público brasileiro.

O objetivo deste artigo foi analisar apenas as disposições relacionadas com o consequencialismo, com a determinação de que as consequências práticas das decisões, quando fundadas em valores jurídicos abstratos, sejam consideradas. A LINDB pretendeu, expressamente, reduzir o grau de abstração desses valores jurídicos por intermédio da integração, na análise quanto à sua juridicidade, das consequências que podem ser antevistas pela sua adoção. Como que fazendo uma dobra na flecha do tempo, a LINDB transforma a antecipação das consequências futuras em causa da adoção ou não adoção de um ato, relativamente ao qual a ordem jurídica não deixa claras as hipóteses de aplicação.

---

nº 02, de 30 de março de 2020, *Diário Oficial Eletrônico do MPMG* de 31.3.2020: "Enunciado 5. Para priorizar e efetivar a atuação preventiva, garantia fundamental do cidadão e dever dos órgãos de controle, o Ministério Público, com base no artigo 129, II, da Constituição da República de 1988 e em suas Leis Orgânicas, poderá expedir recomendações e alertas aos gestores, conforme o caso, no sentido de que a ausência de motivação adequada quanto à análise das consequências práticas dos atos administrativos, inclusive em face das possíveis alternativas, configura ilegalidade e, em circunstâncias mais graves, pode vir a configurar ato de improbidade administrativa".

Assim, o art. 20 da LINDB criou uma obrigação legal de motivar, a partir das consequências, todos os atos fundados em valores jurídicos abstratos. Como todo ato administrativo discricionário é fundado na conveniência, na oportunidade e no juízo de supremacia do interesse público, valores que são altamente abstratos, é adequado concluir que a LINDB impõe que todos os atos administrativos discricionários sejam motivados, em face das suas consequências que sejam razoavelmente antecipáveis e das possíveis alternativas à sua adoção.

Nesse contexto, é essencial que o administrador público esteja atento para a produção de atos administrativos com motivação adequada e contemporânea à sua produção, que atendam aos ditames dessa análise consequencial. Como a LINDB não diz que tipo de "consequências práticas" ela pretende que sejam analisadas, propõe-se um guia para o gestor, que parte de um consequencialismo moderado, concreto, maximizante, agregado, não igualitário e avesso a perdas. Essa proposta ressalta que não só as consequências determinam o valor de um ato, enfoca as consequências concretas da decisão, não apenas as desejadas, hierarquiza as consequências de acordo com as alternativas, considera que o valor do ato é dado pelo saldo das consequências positivas e negativas, ponderando as diferenças entre os grupos sociais sobre os quais as consequências incidem e considerando mais grave a imposição de perdas do que a não obtenção de ganhos.

Para atingir esse objetivo, do ponto de vista prático, sugere-se que a análise realizada pelo gestor incida sobre um amplo espectro de consequências, que reflete a complexidade das políticas públicas e dos valores protegidos pelo texto constitucional. Devem ser avaliadas microconsequências, macroconsequências, distribuição temporal das consequências, maximização do bem-estar à luz das alternativas, representatividade, distribuição social e economicidade das consequências.

Finalmente, sustenta-se que, se essa avaliação for realizada pelo gestor, ela pode, em determinadas circunstâncias, justificar o afastamento da legalidade estrita, em nome da produção de resultados sociais valiosos. Além disso, se o gestor for capaz de apresentar essas circunstâncias aos órgãos de controle, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, esses órgãos deverão levar em conta as consequências práticas da decisão e as possíveis alternativas no controle de legalidade dos atos administrativos e na aplicação de penalidades ao administrador. As consequências podem até não prevalecer como critério justificador do ato, mas, se forem apresentadas, devem ser consideradas.

Adequadamente aplicados, os novos artigos da LINDB representam a certidão de nascimento de um novo paradigma de gestão pública, o qual implica a ampliação do controle de legalidade, a restrição da discricionariedade e a realização de uma atividade administrativa pautada pelos bons resultados e pela responsabilidade na produção de resultados sociais significativos. Uma administração, em resumo, verdadeiramente eficiente, como propõe o art. 37 da Constituição.

Referências

BARON, Jonathan; SPRANCA, Mark. Protected values. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, v. 70, n. 1, p. 1-16, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

BARTELS, Daniel M. et al. Moral judgment and decision making. In: G. KEREN, G.; WU, G. (Ed.). *Blackwell reader of judgment and decision making*. Malden: Blackwell, 2014.

BEHRMAN, J.; STACEY, N. (Ed.). *The social benefits of education*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1997.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles and morals and legislation*. South Carolina: Createspace Independent Publishing Platform, 2016.

CHEMERINSKY, Erwin. The Supreme Court. 1988 term-foreword: the vanishing constitution. *Harvard Law Review*, v. 103, p. 43 e ss., 1989.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle compartilhado da administração da Justiça. *Rev. Jur.*, Brasília, v. 7, n. 73, p.1-17, 2005.

DIDIER JR., Fredie; ALEXANDRIA, Rafael. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C* — Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 75, p. 143-160, 2019.

EISGRUBER, Christopher L. Constitutional self-government and judicial review: a reply to five critics. *University of San Francisco Law Review*, v. 37, p. 115 e ss., 2002.

ELHAUGET, Einer R. Does interest group theory justify more intrusive judicial review? *The Yale Law Journal*, v. 101, p. 31 e ss., 1991.

FOOT, Philippa. *Moral dilemmas*: and other topics in moral philosophy. Londres: Clarendon Press, 2003.

____. The problem of abortion and the doctrine of the double effect. In: ____. *Virtues and vices*. Oxford: Basil Blackwell, 1978.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Vol. 1. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ed. eletrônica.

HIRST, Paul. *Representative democracy and its limits*. Cambridge: Polity, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB — dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, ed. esp. LINDB, p. 13-41, 2018.

KAPLOW, Louis. Private versus social costs in bringing suit. *Journal of Legal Studies*, v. 15, p. 371 e ss., 1986.

LANTERI, Alessandro; CHELINI, Chiora; RIZZELLO, Salvatore. An experimental investigation of emotions and reasoning in the trolley problem. *Journal of Business Ethics*, v. 83, p. 789-804, 2008.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILL, John Stuart. On liberty. In: ____. *The basic writings of John Stuart Mill*. Londres: Random House, 2002. p. 3-122.

__. *Utilitarismo*. Porto: Porto, 2005.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and utopia*. Nova York: Basic Books, 1974.

PARISI, Francisco. *The Oxford handbook of law and economics*. Londres: Oxford University Press, 2019. 3 v.

PENNOCK, J. Roland (Ed.). *Representation*. Nova York: Atherton Press, 1968.

PITKIN, Hanna Fenichel. *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press, 1984.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel L. The deterrent effects of settlements and trials. *International Review of Law and Economics*, v. 8, p. 109-116, 1981.

____; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, p. 869-962, 1998.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 3. ed. Aspen: Wolters Kluwer, 1986.

RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, v. 96, n. 92, p. 377 e ss., 1982.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHELFFLER, Samuel. *Consequentialism and its critics*. Londres: Oxford University Press, 1988.

SUMNER, L. W. *Welfare, happiness, and ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

THOMSON, Judith. Killing, Letting die, and the trolley problem. *The Monist*, v. 59, p. 204-17, 1976.

____. The trolley problem. *Yale Law Journal*, v. 94, p. 1395-1415, 1985.

UNGER, Peter. *Living high and letting die*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

____. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *Revista de Processo*, v. 284, p. 333 e ss., 2018.

VOEGELIN, Eric. Representation and existence. In: HENNINGSEN, Manfred (Ed.). *The collected papers of Eric Voegelin*. vol. 5: Modernity without restraint. Missouri: Univesrity of Missouri Press, 2000. p. 109-128

WHITE, Albert B. *Self-government at the kings command*: a study in the beginnings of English democracy. Minneapolis: The University of Minnesota Press, 1933.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. Londres: Oxford University Press, 2018.