

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 13 | n. 3 | setembro/dezembro 2022 | ISSN 2179-8214
Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico
Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Eberhard Schmidt-Assmann e o ordenamento jurídico brasileiro: breves apontamentos sobre a LINDB e sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Eberhard Schmidt-Assmann and the Brazilian legal system: brief notes on LINDB and on the new Public Procurement and Administrative Contracts Act

Cristiana Fortini*

Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil)

Faculdade Milton Campos (Nova Lima-MG, Brasil)

crisfortini@uol.com.br

<https://orcid.org/0000-0002-3618-2470>

Bernardo Tinôco de Lima Horta**

Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil)

tinocobernardo@outlook.com

<https://orcid.org/0000-0002-1676-553X>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de. Eberhard Schmidt-Assmann e o ordenamento jurídico brasileiro: breves apontamentos sobre a LINDB e sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 653-686, maio/ago. 2022. doi: 10.7213/revdireconsoc.v13i3.29833

* Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil) e da Faculdade Milton Campos (Nova Lima-MG, Brasil). Doutora em Direito pela UFMG. Visiting Scholar na George Washington University (Estados Unidos). Professora Visitante da Universidade de Pisa (Itália). E-mail: crisfortini@uol.com.br

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Belo Horizonte-MG, Brasil). Juiz Federal Titular vinculado ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região. E-mail: tinocobernardo@outlook.com

Recebido: 18/04/2022
Received: 04/18/2022

Aprovado: 13/12/2022
Approved: 12/13/2022

Resumo

O presente estudo se propõe a estudar a teoria geral do Direito Administrativo como sistema, proposta por Eberhard Schmidt-Assmann, em cotejo com recentes alterações legislativas realizadas no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, será traçado um breve panorama sobre a referida teoria, com enfoque sobre um de seus desdobramentos, consistente na noção de ação administrativa. A partir de tais concepções teóricas, indaga-se se existiriam pontos de convergência entre tal teoria e a realidade jurídica do Direito Administrativo brasileiro, notadamente no que diz respeito à recente alteração promovida pela Lei n. 13.655/2018 em relação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como sobre algumas novidades da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021 – NLLCA). Ao final do trabalho, a título de considerações finais, será evidenciado que a noção de ação administrativa de Eberhard Schmidt-Assmann possui relevante aplicabilidade no Direito Brasileiro, especialmente a partir dos referidos diplomas normativos.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); Licitações; Contratos Administrativos; Eberhard Schmidt-Assmann.

Abstract

The present study proposes to study the general theory of Administrative Law as a system, proposed by Eberhard Schmidt-Assmann, in comparison with recent legislative changes carried out in the Brazilian legal system. Initially, a brief overview of this theory will be drawn, focusing on one of its developments, consisting of the notion of administrative action. From such theoretical conceptions, it is asked whether there are points of convergence between such theory and the legal reality of Brazilian Administrative Law, notably with regard to the recent amendment promoted by Law n. 13.655/2018 in relation to the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, as well as on some news of the new Public Procurement and Administrative Contracts Act (Law n. 14.133/2021). At the end of the work, by way of final considerations, it will be shown that the notion of administrative action by Eberhard Schmidt-Assmann has relevant applicability in Brazilian Law, especially from the aforementioned normative diplomas.

Keywords: Administrative law; Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB); new Public Procurement and Administrative Contracts Act; Public Procurement; Administrative Contracts; Eberhard Schmidt-Assmann.

Sumário

1. Delimitação do objeto; **2.** A teoria geral do Direito Administrativo como sistema: a visão de Eberhard Schmidt-Assmann; **3.** A ação administrativa inserida na teoria do Direito

Administrativo como sistema; **4.** A doutrina brasileira e as principais posições da teoria de Schmidt-Assmann; **5.** O ordenamento jurídico nacional e a teoria do Direito Administrativo como sistema; **5.1.** A Lei n. 13.655/2018 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657 de 1942 - LINDB) – pontos de convergência com a teoria do Direito Administrativo como sistema; **5.2.** A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) - pontos de convergência com a teoria do Direito Administrativo como sistema; **6.** Considerações finais. Referências.

1. Delimitação do objeto

O presente artigo pretende examinar a teoria geral do Direito Administrativo como sistema, proposta por Eberhard Schmidt-Assmann, com o intuito de constatar-se a sua aplicabilidade na realidade jurídica brasileira – tendo, por especial parâmetro, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021 – NLLCA), bem como a Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Dentro de tal contexto, registre-se que a investigação parte da hipótese de que existe uma clara convergência entre a referida teoria e as normas a serem examinadas.

A parte inicial do estudo evidenciará as linhas gerais do pensamento sistemático do Direito Administrativo, conforme proposto por Eberhard Schmidt-Assmann. Em seguida, o enfoque será o de esclarecer, na visão do referido autor, a concepção de ação administrativa, inserida na visão do Direito Administrativo como sistema.

No ponto seguinte, serão destacados alguns estudos brasileiros que partem de premissas convergentes, com o intuito de verificar-se se as concepções de Eberhard Schmidt-Assmann já se encontrariam abrangidas também por abordagens teóricas do Direito Administrativo em nosso país, bem como pelo regime jurídico administrativo lido sob a ótica da Constituição Federal.

Na sequência, será feito um cotejo entre a concepção doutrinária de Eberhard Schmidt-Assmann com dois novos diplomas normativos de nosso ordenamento jurídico: (i) a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021 – NLLCA); e (ii) a Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Dentro de tal panorama teórico, a principal indagação do presente estudo se concentra em saber se, e em que medida, a teoria proposta por Eberhard Schmidt-Assmann foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021 – NLLCA), bem como pela Lei n. 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Ao final, a título de considerações finais, serão elencadas as conclusões a respeito da convergência ou não entre os referidos diplomas normativos e a doutrina de Direito Administrativo como sistema de Eberhard Schmidt-Assmann.

O estudo do pensamento do autor parte de sua obra “La teoría general del derecho administrativo como sistema”, publicada pela Editora Marcial Pons, na Espanha, em 2013.

A metodologia do estudo, inserida na vertente dogmático-jurídica, parte do estudo de bibliografia, legislação e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

2. A teoria geral do Direito Administrativo como sistema: a visão de Eberhard Schmidt-Assmann¹

Eberhard Schmidt-Assmann, professor emérito de Direito Público na Universidade de Heidelberg, na Alemanha², propõe a sistematização de uma teoria geral do Direito Administrativo – especialmente por meio de sua obra “La teoría general del derecho administrativo como sistema”, na versão traduzida para o espanhol.

Segundo o autor, a tese central a ser tratada na referida obra pode ser condensada na ideia de que o Direito Administrativo somente se constrói de forma sistemática se forem identificados os valores em conflito, neutralizando-se a desintegração ou as contradições que possam vir a ser produzidas pelos ramos especiais deste ramo jurídico – sempre em um movimento contínuo (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 03).

Em tal panorama, o Direito Administrativo dos tempos atuais, como sistema, tem de dar coerência ao ativismo do legislador e à pluralidade de normas que tratem de aspectos específicos dos ramos especiais – assim, o

¹ Ver também: FORTINI; HORTA, 2021, p. 239-266.

² Disponível em: <https://www.iilj.org/iilj-alumni/eberhard-schmidt-assmann/>. Acesso em: 27/01/2021.

pensamento sistemático opera como um fórum para a perene busca da integridade da ciência do Direito Administrativo (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 08).

Nesse contexto, indica o autor que a Administração Pública se sujeita a três pilares: sujeição aos direitos fundamentais, submissão à lei e ao Direito; e vinculação à garantia da tutela judicial (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 04).

Ainda, segundo o autor, o Direito Administrativo deverá satisfazer uma dupla finalidade: a ordenação, a disciplina e a limitação do poder, por um lado; e, por outro lado, deverá ter objetivo também a eficácia e a efetividade da ação administrativa – o que resulta não só na proibição do excesso (como corolário do princípio da proporcionalidade), mas também na proibição de falhar ou se omitir – sob a ótica da eficácia, da funcionalidade e da capacidade de atuação efetiva (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 26)³.

A efetividade da Administração, portanto, se afigura como ponto crucial da teoria de Assmann, até mesmo em razão de que se defende, na referida obra, que o objetivo fundamental da Administração social é garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo através da solidariedade (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 144).

Em acréscimo, sustenta-se que a moderna Administração deve ser concebida como mais aberta à opinião pública e ao entorno social que a circunda, o que faz com que ganhe corpo uma Administração cooperativa e detentora de maior legitimidade democrática (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 120).

Afigura-se relevante, ainda, a noção, defendida pelo autor, de que a Administração não se limita a aplicar a Lei e o Direito, mas também atua tendo por parâmetro a racionalidade econômica e a eficácia, entendidos como parâmetros legítimos de atuação administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 34).

³ Veja o trecho completo, cuja citação merece ser feita no original (na obra traduzida para o espanhol), dada a importância para a compreensão do tema: “En suma, pues, el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto. Y es que un Derecho administrativo enmarcado en una Constitución de las libertades habrá de tener también su sitio la idea de la eficacia, de la funcionalidad, de la capacidad de actuación efectiva” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 26).

Contudo, adverte-se que a lei ainda ocupa papel central no Direito Administrativo, sendo verdadeira pedra angular e insubstituível, já que proporciona estrutura e transparência (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 34), além de concretizar o princípio da isonomia.

Segundo a teoria geral proposta, o direito tem apenas uma capacidade limitada como instrumento de direção a pautar a Administração, de modo que o agir administrativo não deve obediência apenas a parâmetros jurídicos, mas também a outras orientações normativas, como a eficiência, a flexibilidade e a busca por consenso e adesão do destinatário daquele agir (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 64).

O autor, mais à frente, conceitua consenso como a disponibilidade de aceitar decisões, seja por entendê-las como corretas, seja por valorá-las como dignas de reconhecimento (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 116), e acrescenta que a ausência de consenso não retira a força vinculante das decisões da Administração – contudo haverá um maior peso na busca do consenso especialmente nas relações caracterizadas como discricionárias ou naquelas em que se exige uma maior ponderação de interesses (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 117).

Neste ponto, vale citar o trecho que sintetiza as idéias do autor (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 117):

El consenso no constituye aquí un argumento jurídico autónomo, pero puede convertirse en uno de los factores a tener en cuenta a la hora de aplicar las normas que incluyen cláusulas genéricas de atención al interés gerieral y de forma medinta constituirse en un factor de legitimidad jurídica. Sin que resulte impensable, por otra parte, que el control judicial de las resoluciones administrativas tenga distinta intensidad según que la Administración haya encontrado consenso o no con respecto a dichas resoluciones

A participação dos envolvidos na decisão também ganha papel de relevo na teoria geral proposta por Assmann, para quem participação supõe que os que se encontram afetados por uma determinada decisão tenham participado do processo de sua elaboração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 118).

Mas não cabe à Administração tutelar todo e qualquer interesse subjetivo (só haverá direito subjetivo se o interesse for tutelado pelo

ordenamento jurídico) – mas, pelo menos, deverá tomar em consideração os interesses envolvidos para a subsequente tomada de decisão (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 160-161).

A mesma reflexão resulta na crítica a uma vinculação estrita da Administração à opinião pública, sob pena de serem tutelados interesses que tenham maior facilidade de mobilização (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 378).

Dentro de tal panorama, é importante destacar também que Eberhard Schmidt-Assmann, ao tratar da legitimidade democrática da Administração, levanta a necessidade de que, quanto maior for a intensidade da ingerência estatal, tanto maior devem ser também as possibilidades de participação democrática na tomada de decisão por parte da Administração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 113).

Registre-se, de todo modo, que a teoria geral de Assmann aponta uma Administração Pública que se preocupa com diversos pilares, e não somente com uma vinculação à legalidade estrita – mas devendo levar em conta a busca de sua efetividade, a busca pelo consenso, a legitimidade democrática da decisão e, também, seus resultados e consequências.

Sua teoria geral se funda, também, na noção de que o objetivo fundamental da Administração social é garantir o pleno desenvolvimento do indivíduo através da solidariedade (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 144).

Não se concebe, de tal maneira, uma Administração que seja um fim em si mesmo, de modo que seria inviável defender uma supremacia abstrata de um interesse público que possa ser invocado sem a necessária motivação e justificação.

Sobre o tema, assim indica Assmann: "[l]os intereses públicos no son magnitudes predeterminadas y estáticas, sino que se desarrollan a lo largo del procedimiento administrativo. (...) Tampoco existe una prevalencia automática de los intereses públicos" (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 166).

Prosseguindo o raciocínio, o autor arremata: "[p]or bienestar general (bien común) hay que entender el interés común formado a partir de la conjunción de muchos intereses especiales, públicos y privados" (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 166), concluído, ainda, que "[e]l bien común encierra el rechazo del ejercicio del poder público como un fin en sí mismo. El poder público requiere una justificación, que se encuentra fuera de sí mismo, en el bien del pueblo" (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 167).

Nessa esteira, reitera o autor que a Administração não se vincula apenas à legalidade, mas também à racionalidade econômica, conveniência e oportunidade, proximidade do cidadão, capacidade de aprendizagem e adaptação, experiência e proporcionalidade – ainda que entenda que conseguir atender a tantos parâmetros normativos se constitui em tarefa das mais exigentes (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 35).

A concepção teórica proposta por Assmann se extrai ainda de sua noção de Estado de Direito, cujas pedras angulares são enumeradas como a legalidade, a separação dos poderes, os direitos fundamentais e a tutela judicial (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 54).

Veja-se que, no sistema cunhado por Schmidt-Assmann, como já salientado acima, a legalidade não possui um protagonismo próprio e exclusivo, o que se traduz em uma evolução do Direito Administrativo também verificada pela doutrina brasileira⁴.

Com efeito, segundo a teoria geral enunciada na obra em exame, a Administração Pública deve atuar com base na necessidade de ser efetiva, já que a sua omissão opera em detrimento dos direitos fundamentais – que se consubstanciam em pilares que vinculam a atuação e as decisões oriundas da Administração Pública (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 73).

A teoria geral proposta na obra, portanto, apresenta conceitos que informam o Direito Administrativo sob a ótica constitucional, retirando de seu espaço de atuação qualquer arbitrariedade, em um formato de Administração Pública que se abre para o público tanto ao elencar suas finalidades quanto na conjugação dos interesses envolvidos por ocasião da tomada de decisão – tendo em conta a necessidade de que a Administração Pública seja efetiva na concretização de direitos fundamentais.

3. A ação administrativa inserida na teoria do Direito Administrativo como sistema⁵

Para Eberhard Schmidt-Assmann, a doutrina dos critérios ou parâmetros da ação administrativa se relaciona com uma atuação administrativa que esteja em conformidade com o Direito, e que seja

⁴ A título de exemplo, Daniel Wunder Hachem aponta que o primado da lei como postulado absoluto cede a uma gama de outros valores constitucionais, de forma que a leitura do princípio da legalidade subordina-se à realidade concreta em que inserido, podendo ser afastada a sua aplicação quando haja a necessidade de garantia de outros interesses, juridicamente relevantes, que também estejam compreendidos no texto constitucional (HACHEM, 2011, p. 217).

⁵ Também tratado em: FORTINI; HORTA, p. 239-266.

racional e razoável – neste ponto, o autor indica que a ação administrativa supera a mera legalidade, por meio de critérios que incidem de forma conjunta, como a igualdade, a proporcionalidade, a economia, a eficiência, a transparência e a busca de consenso (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 347).

Essa mutação verificada no Direito Administrativo, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, corresponde ao momento em que a noção de legalidade cede espaço à noção de legitimidade, sintetizada como conformidade do Estado ao interesse público recolhido pelos instrumentos juspolíticos da democracia (MOREIRA NETO, 2008, p. 33).

Dessa forma, os critérios e parâmetros devem proporcionar nortes de orientação permanentes, que contribuam para a formatação de um agir administrativo que vá além do pressuposto fático (fato jurídico) concreto das normas aplicáveis ao caso. O âmbito preferencial de atuação de tais parâmetros são as cláusulas discricionais ou de ponderação – além de conceitos legais indeterminados (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 348).

O autor sustenta também que a atuação administrativa deve possuir alguma flexibilidade para atingir os seus fins constitucionais – em razão do fato de que o Direito, ao mesmo tempo em que detém a necessidade de garantir segurança jurídica (estabilidade e tradição), também deve observar certo grau de flexibilidade e inovação – em uma constante tensão (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 350).

Assim, na concepção teórica de Schmidt-Assmann, o lócus adequado para a devida ação da Administração é o procedimento⁶ – daí resultando que a atividade administrativa de nosso tempo se configura em um “conversar com o cidadão” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 362), em uma das facetas da Administração cooperativa, além de ser o local para incrementar a racionalidade da atuação administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 352).

Nesse contexto, ganham relevo o direito de participação, o direito de colaboração e o direito de informação, o que possibilita que o cidadão e a sociedade civil possam participar dos procedimentos de maneira adequada, proporcionando a ideia de opinião pública informada (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 363-369).

Na mesma esteira, verifica-se que o procedimento também se apresenta como uma forma de demonstrar que a Administração tem se

⁶ No mesmo sentido: BITENCOURT NETO, 2017, p. 212/213.

comportado de forma a preservar diversos comandos constitucionais ligados ao processo administrativo (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 359).

Por fim, a ação administrativa procedimentalizada também tem o potencial de contribuir para o devido respeito aos limites próprios do Direito Financeiro e do orçamento público – uma vez que, para o autor, a correta definição do princípio da eficiência deve ser lida a partir de uma indispensável conexão entre a parte geral do Direito Administrativo e as regras orçamentárias, estando ligado também à noção de utilização racional de recursos, que seria uma noção extraída da própria constituição (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 355-356).

É importante a advertência, contudo, de que o princípio da eficiência, enquanto parâmetro da ação administrativa, não se confunde com meros cálculos matemáticos – a Administração tem o dever de atuar em prol do interesse público, de modo que a correta leitura da eficiência passa necessariamente pela relação entre os custos assumidos (meios e recursos) e o fim perseguido (benefício ou êxito), devendo ser buscado o melhor benefício possível com os meios disponíveis (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 353).

Dentro de tal panorama, a visão teórica de Schmidt-Assmann quanto à ação administrativa pode ser sintetizada como um binômio entre a utilização racional de recursos e os resultados buscados pela referida atuação⁷, sendo que o procedimento seria o local correto para a deliberação e motivação sobre todas essas conseqüências, bem como dos riscos⁸, da atuação do Estado.

Portanto, a atuação meramente formalista de subsunção à lei, incorporada à visão tradicionalista do Direito Administrativo, não encontra amparo na teoria geral de Schmidt-Assmann, como se vê a partir de suas exposições⁹.

4. A doutrina brasileira e as principais posições da teoria de Schmidt-Assmann.

⁷ Sobre o tema, ver também a lição de Suzana Tavares da Silva: “[r]eferimo-nos aos mais recentes contributos para a compreensão do modelo de 'administração de resultado', segundo a qual as decisões administrativas são 'julgadas' pelo critério da 'eficiência alocativa', baseado numa legalidade substantiva, em que o 'custo das decisões' é fundado num juízo prudencial entre os custos sociais das medidas e a respectiva utilidade social" (SILVA, 2008, pp. 899).

⁸ Também nesse sentido: BITENCOURT NETO, 2017, p. 214.

⁹ Conclusões tratadas também em: FORTINI; HORTA, 2021, p. 239-266.

Muitas das questões tratadas por Schmidt-Assmann já vêm sendo acolhidas por parcela de estudiosos em nosso país¹⁰.

Em tal contexto, afigura-se cada vez mais marcante a superação do princípio da legalidade como tradicionalmente pensado, de modo tal a prevalecer a centralidade das normas constitucionais na aplicação do Direito Administrativo, aí incluída a necessidade de garantia dos direitos fundamentais, por exemplo.

Do mesmo modo, passa a ser refutada a ideia de abstrata supremacia do interesse público, o que faz com que se exija da Administração uma atuação racional, democrática, motivada e voltada a seus resultados – como forma de melhor concretizar todo o texto da Constituição Federal.

Sobre a aludida superação do princípio da supremacia do interesse público, Humberto Ávila¹¹ aponta que sequer poder-se-ia cogitar que o referido “princípio” pudesse ser entendido como norma jurídica – eis que, em verdade, não funciona como um postulado normativo próprio a dirimir conflitos por meio da técnica de ponderação, considerando que consiste na ideia de que sempre prevaleceria o interesse público em detrimento de interesses que pudessem ser reputados como privados.

Ainda, tendo em vista que a Constituição de 1988 optou por privilegiar os direitos dos cidadãos, o referido princípio da supremacia do interesse público não seria compatível com o regime constitucional vigente¹².

Gustavo Binbenojm, neste ponto, aponta que o regime jurídico administrativo passar a ser lido pela ótica de toda a Constituição, por meio de seu complexo sistema de princípios e regras, o que representa a vinculação administrativa à juridicidade (BINENBOJM, 2014, p. 147).

Essa noção dialoga com o interesse público tratado por Assmann, consistente não em meros interesses da Administração, mas sim em interesses da coletividade, respeitando-se os direitos individuais tutelados pelo ordenamento jurídico.

Não se concebe tampouco, como visto pela noção da juridicidade, uma Administração vinculada apenas ao texto normativo, já que a obediência a todo o sistema constitucional exige uma atuação administrativa que seja impulsionadora dos direitos fundamentais.

¹⁰ Por todos: BITENCOURT NETO, 2017, p. 207-225.

¹¹ ÁVILA, 1999, p. 99-127, citado em BINENBOJM, 2014, p. 96-97.

¹² ÁVILA, 1999, p. 99-127, citado em BINENBOJM, 2014, p. 96-97.

De tal forma, o excesso de formalismo, que não produza resultados satisfatórios em cotejo com a necessidade de efetivação de políticas públicas voltadas à implementação dos direitos fundamentais¹³, já não encontra mais espaço na complexidade da vida atual.

A rigor, o planejamento das políticas públicas, inclusive no que toca ao aspecto orçamentário, é essencial para a eficiência da Administração Pública.

Sobre o tema, Vanice Lírio do Valle (2018), em estudo sobre o planejamento orçamentário e políticas públicas, indica que determinados mandamentos constitucionais exigem que planejamento e provisão orçamentária precedam as escolhas públicas, mas, “apesar disso, políticas públicas no Brasil são raramente traduzidas de maneira adequada no orçamento, determinando descontinuidade e ineficiência” (VALLE, 2018, p. 113).

Como sublinhado acima, portanto, o contexto posterior à Constituição de 1988 exige, como indispensável, uma Administração mais cooperativa, mais dinâmica, mais democrática – e, principalmente, que atue como ente central e impulsionador da melhoria do bem-comum (FORTINI; HORTA, 2021, p. 243), devendo atuar de maneira preocupada com a sua efetividade.

A Constituição de 1988, então, inaugurou um Estado de Direito fundado em alicerces axiológicos, que têm por finalidade a proteção de valores sociais e individuais – consubstanciados em um extenso rol de garantias fundamentais (HACHEM, 2011, p. 214/216)¹⁴.

O Direito Público, no regime constitucional vigente, se apresenta como instrumento jurídico que tem por finalidade a máxima efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional (BARROSO, 2015, p. 296).

Esta virada teórica resulta na inegável superação do dogma do princípio da legalidade em sentido estrito – em que a Administração estaria

¹³ Sobre o tema, convém citar a definição de política pública: “compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção” (BARCELLOS, 2005, p. 90).

¹⁴ Ainda, segundo Vanice Regina Lírio do Valle: “[t]rinta anos foram necessários para que se compreendesse que a emancipação da Administração Pública da legalidade estrita reducionista para a juridicidade reverente à Constituição estaria a exigir uma reaproximação do exercício de aplicação das normas de direito público” (VALLE, 2018, p. 198).

adstrita à aplicação mecânica do texto da lei (PEREZ, 2018, p. 95-159) – assim, a legalidade contemporânea vai muito além da lei em sentido estrito (MARQUES NETO; FREITAS. 2019, p. 07), de modo que a Administração passa a ser subordinada, a rigor, pelo conceito de juridicidade (BINENBOJM, 2014, p. 147), dada a exigência de observância dos comandos constitucionais, notadamente daqueles que prevejam direitos fundamentais.

Sobre o tema do controle jurídico das políticas públicas, em cotejo com os comandos constitucionais, Ana Paula de Barcellos (2005, p. 102) assim indica:

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. Como se sabe, os recursos públicos são limitados e é preciso fazer opções. As escolhas em matéria de gastos e políticas públicas não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais

Com efeito, o Direito Administrativo passa a ser lido a partir da concepção de fundamentalidade da pessoa humana (FORTINI; LACERDA. 2010, p. 19-28)¹⁵, que passa também a ser o parâmetro jurídico de sua atuação.

Ademais, a complexidade da sociedade contemporânea acaba por exigir, da Administração, um maior ônus quanto à legitimidade democrática de seus atos¹⁶, quanto ao devido processo legal substantivo, quanto à motivação e resultados práticos de seus atos – não havendo mais espaço para uma atuação meramente formalista, desvirtuada de sua legitimidade democrática e das conseqüências de seus atos.

A tais exigências se soma o fato de que a Administração, nesta nova realidade, passa a assumir um papel central, vinculado ao planejamento das políticas públicas – tratando-se, no dizer de Eurico Bitencourt Neto, de uma

¹⁵ É esta também a noção de eficiência “lato sensu” preconizada por Onofre Alves Batista Júnior, para quem tal conceito se vincularia à noção de busca pela concretização dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, tal como previstos no art. 3º da Constituição Federal (BATISTA JÚNIOR, 2012, p. 179).

¹⁶ Ver também: DIAS, 2003, 109-126.

função de direção (BITENCOURT NETO, 2017, p. 211), ou, na visão de Paulo Otero, de “indirizzo” (OTERO, 2013, p. 216)¹⁷.

No mesmo contexto, a consensualidade se torna um dos parâmetros a informar a ação da Administração Pública, chegando a repercutir até mesmo em sua função sancionatória¹⁸.

Como se pode verificar, as principais bases da teoria do Direito Administrativo como sistema de Schmidt-Assmann têm encontrado reverberação na produção acadêmica nacional – de modo que a Administração Pública passa a ser compreendida a partir de seus objetivos constitucionalmente postos, devendo pautar-se na promoção de valores sociais e constitucionais, sendo mais cooperativa, menos imperativa em relação aos particulares, e devendo também preocupar-se com as conseqüências de suas ações, de maneira racional e democrática, em prol do bem da coletividade¹⁹.

E é justamente neste panorama, que também já vem recebendo a atenção da doutrina nacional, que foram editadas as Leis n. 13.655/2018 e n. 14.133/2021 – que serão objeto de análise nos tópicos seguintes.

5. O ordenamento jurídico nacional e a teoria do Direito Administrativo como sistema

O presente tópico se volta à análise de novidades legislativas que, por hipótese, acabaram por internalizar no ordenamento jurídico muitas concepções tratadas por Eberhard Schmidt-Assmann, conforme visto acima.

Como se viu, muitas das formulações teóricas de Assmann encontram respaldo inclusive no texto constitucional, notadamente a partir da leitura do Direito Administrativo a partir de sua vinculação ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, abordagem melhor sintetizada por meio do conceito de juridicidade, acima tratado.

O presente trabalho, contudo, tem por objetivo a verificação sobre a aplicabilidade da noção de Direito Administrativo como sistema no campo da legalidade, com especial enfoque em dois diplomas normativos recém editados: a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a partir da reforma realizada em 2018, bem como também a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

¹⁷ Citado em BITENCOURT NETO, 2017, p. 211.

¹⁸ Sobre o tema, ver: PALMA, 2015 e FERRAZ, 2020.

¹⁹ Nesse sentido, ver: BITENCOURT NETO, 2017, p. 221-222.

De início, é importante anotar que a Lei Federal de Processo Administrativo já havia feito diversas referências ao novo modelo de Administração Pública voltada à garantia da segurança jurídica, de um agir razoável e proporcional, além também das exigências de motivação, finalidade, interesse público, eficiência, dentre outros.

A referida lei já havia feito referência ao novo dever-ser do agir da Administração, que supera a mera legalidade, notadamente no *caput* do seu artigo 2º, segundo o qual “[a] Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Na mesma toada, a Lei n. 13.655/2018 e a Lei n. 14.133/2021 também trouxeram inovações contundentes sobre o perfil jurídico da Administração Pública, como será visto a seguir.

5.1. A Lei n. 13.655/2018 e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657 de 1942 - LINDB)²⁰ – pontos de convergência com a teoria do Direito Administrativo como sistema

A Lei n. 13.655/2018, conforme expressamente previsto em sua própria ementa, foi editada com objetivo de incluir, no texto da LINDB, dispositivos sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Ademais, o referido diploma normativo surgiu de prévia iniciativa acadêmica, capitaneada por Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld, e acrescenta que seus dispositivos foram concebidos para funcionar como normas gerais do Direito Público²¹ - ao tempo em que surgem para modernizar visões excessivamente formalistas e para afastar uma “doença presunção de desonestidade”, que culminaram numa situação de Administração pública asfixiada²².

A partir de sua vigência, foram acrescentados os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

²⁰ Também tratado em: FORTINI; HORTA, 2021.

²¹ Citado por NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 26. No mesmo sentido, quanto aos professores que inspiraram a nova lei, ver MARQUES NETO; FREITAS, p. 13.

²² O autor, no trecho, faz referência à expressão “asfixia burocrática”, por ele atribuída a Hélio Beltrão.

A opção de inclusão de novos dispositivos no bojo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ratifica a leitura no sentido de que o legislador optou deliberadamente que tais normas passassem a ter caráter de normas gerais de Direito Público.

É verdade que o conteúdo da lei, em grande medida pode ser extraído do próprio texto constitucional – contudo, ainda que não represente novidade axiológica em nosso sistema, promove uma mudança de cultura na atividade administrativa (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 31).

Sobre a referida norma, Edilson Pereira Nobre Júnior aponta que o Direito Administrativo não havia desenvolvido uma satisfatória elaboração sistematizada, doutrinária e legal, para a interpretação de suas normas administrativa (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 34) - o que reforça, mais uma vez, a importância do estudo de Schmidt-Assmann, bem como das mudanças legislativas em comento.

Ainda, a referida lei também impõe que a ação administrativa enfrente, de forma motivada, os interesses envolvidos e as consequências jurídicas e não jurídicas de sua atuação, sem a falsa impressão de que a atividade administrativa seria tarefa simples e fácil, mas, sim, encarando todas as complexidades que atingem o agir administrativo.

Diante das considerações, afigura-se necessária uma leitura das novidades da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) sob a ótica da teoria de Direito Administrativo como sistema, cunhada por Eberhard Schmidt-Assmann²³.

Com efeito, percebe-se dos artigos 20 e 21 da LINDB, que a Administração deverá estar atenta mais aos resultados e às consequências de seus atos (não somente jurídicos, mas também sociais e econômicos) do que propriamente a conceitos jurídicos indeterminados.²⁴

Assim, a abstrata supremacia do interesse público ou um princípio da legalidade excessivamente formalista não mais funcionam como parâmetro único a legitimar a atuação da Administração (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 21).

²³ Também tratado em: Também tratado em: FORTINI; HORTA, 2021.

²⁴ Sobre o consequencialismo na LINDB, ver: GABARDO; SOUZA, 2020; SANTIAGO; SOUZA, 2022; DIDIER, OLIVEIRA, 2019; VITORELLI, 2019.

Do mesmo modo, as repercussões orçamentárias também devem passar a ser objeto de análise e motivação da decisão administrativa (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 26)²⁵.

Sobre o tema, é importante o registro de que a própria jurisprudência nacional, antes mesmo da reforma da LINDB, já havia se pronunciando no sentido de que a mera restrição orçamentária não pode ser alegada, por si só, como elemento jurídico idôneo para afastar o dever de a Administração concretizar os direitos fundamentais – consubstanciado no mínimo existencial²⁶.

²⁵ Sobre o tema, conferir o seguinte julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - POLO PASSIVO COMPOSTO PELO MUNICÍPIO E PELO ESTADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - DIRECIONAMENTO DO CUMPRIMENTO DA DECISÃO AO ESTADO - ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO NÃO CARACTERIZADA - FIBROSE IDIOPÁTICA PULMONAR - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NINTEDANIBE - CONITEC - MANIFESTAÇÃO PELA NÃO INCORPORAÇÃO NO SUS - ÓRGÃO COMPETENTE - ILEGALIDADE INEXISTENTE - DECISÃO ANTECIPATÓRIA REFORMADA.(...) 3. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Lei 8.080/90, art. 19-Q). 4. Tendo, a Conitec, avaliado as evidências científicas sobre eficácia, segurança, custo-efetividade e impacto orçamentário do medicamento esilato de nintedanibe para o tratamento de fibrose pulmonar idiopática, e concluído por sua não incorporação para dispensação na rede pública, não pode o Poder Judiciário substituir-se ao administrador, sem qualquer fundamento ou indicação de ilegalidade perpetrada, e determinar o seu fornecimento. 5. Cabe ao julgador, para inobservar a política pública adotada, justificar a sua decisão em eventual falha praticada pelo órgão administrativo competente, e, o que se faz também essencial: considerar os parâmetros e limites definidos pela LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, notadamente as disposições contidas em seus artigos 20 a 24, que se referem à necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, e aos critérios a serem observados quando do controle da atuação administrativa. 6. "A gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível". "Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada". (STA n. 175/CE, voto Min. Gilmar Mendes) (...) (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.019572-5/001, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta, 5ª Câmara Cível, julgamento em 30/07/2020, publicação da súmula em 03/08/2020).

²⁶ Veja-se, por exemplo: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA DESTINADA AO SANEAMENTO BÁSICO. 1. Não se conhece da alegação de violação ao art. 6º da LINDB, tendo em vista que a análise de eventual ofensa ao ato jurídico perfeito, em face da desconsideração do que fora firmado em contrato, implica, necessariamente, a interpretação das cláusulas do convênio realizado entre as partes, providência que encontra óbice na Súmula 5/STJ. 2. Esta Corte Superior tem asseverado que "Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial. O município não provou a inexistência dos pedidos da ação civil pública." (REsp 1.366.331/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014). 3. Em se tratando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, é lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure

O dilema entre as questões orçamentárias e a necessidade de garantia do mínimo existencial pode ser sintetizado pela seguinte passagem de julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

A cláusula da reserva do possível é ordinariamente invocável naquelas hipóteses em que se impõe ao Poder Público o exercício de verdadeiras “escolhas trágicas”, em contexto revelador de situação de antagonismo entre direitos básicos e insuficiências estatais financeiras. A decisão governamental, presente essa relação dilemática, há de conferir precedência à intangibilidade do “mínimo existencial”, em ordem a atribuir real efetividade aos direitos positivados na própria Lei Fundamental da República e aos valores consagrados nas diversas convenções internacionais de direitos humanos. A cláusula da reserva do possível, por isso mesmo, é inoponível à concretização do “mínimo existencial”, em face da preponderância dos valores e direitos que nele encontram seu fundamento legitimador. (HC 172136, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 30-11-2020 PUBLIC 01-12-2020)

Portanto, exige-se que a motivação do ato administrativo leve em conta a realidade orçamentária, mas sem que coloque em risco o mínimo existencial dos cidadãos.

Neste ponto, não há se falar em imposição de um consequencialismo que supere a legalidade, mas se pretende que, de alguma forma, “sejam ponderados os efeitos reais das decisões pela autoridade competente quando se encontrar diante da necessidade de concretizar a norma jurídica” (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 55).

Importante, para as reflexões postas, o registro sobre a concepção de consequencialismo e sua leitura sob o viés jurídico.

José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 46-47) indica que o significado de consequencialismo é debatido em diversos campos da ciência, como na teoria da argumentação e no estudo da ética – mas, do ponto de vista jurídico, pode-se dizer, em síntese, que o consequencialismo é característica de certa postura, interpretativa ou cognitiva, que considera as

violação do princípio da separação dos Poderes” (AI 739.151 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 11/06/2014). 4. Agravo interno da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN não provido (AgInt no REsp n. 1.496.383/SC, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 9/5/2022, DJe de 12/5/2022).

consequências do ato, teoria ou conceito. E prossegue, apontando que “[o] consequencialismo jurídico é, por sua vez, postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa”, sendo esta a concepção que estaria abrangida pelo art. 21 da LINDB.

Com efeito, os recursos econômicos disponíveis ao Estado são escassos²⁷, de modo que devem ser otimizados pela atuação da Administração, fazendo prevalecer a eficiência e a racionalidade (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 47), mas devendo ser assegurado o mínimo existencial.

Ademais, o consequencialismo jurídico não se trata de um consequencialismo meramente econômico e não se confunde tampouco com o utilitarismo, mas deve, sim, estar ligado também à isonomia (BRUM, 2020, p. 149), no sentido de que deverá ser deliberada a potencial consequência daquela decisão caso fosse universalizada a todos os cidadãos que se encontrem na mesma posição jurídica (BRUM, 2020, p. 149-151), em um modelo de decisão voltado à afirmação dos vetores da democracia (BRUM, 2020, p. 155).

Como se viu anteriormente, Schimdt-Assmann sustenta não ser mais possível conceber-se uma supremacia do interesse público em abstrato, de modo que o agir administrativo deve ser devidamente motivado, demonstrando a legitimidade de sua atuação e os resultados perseguidos (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 20)²⁸.

Além disso, a ação administrativa deve ponderar a pluralidade de interesses envolvidos e,²⁹ de tal forma, motivar a sua deliberação tendo como finalidade a concretização dos objetivos traçados pelo texto constitucional, seja do ponto de vista dos direitos fundamentais, seja também do ponto de vista dos limites orçamentários.

Sobre o tema, veja-se, por exemplo, julgado do Supremo Tribunal Federal que reconhece que direitos fundamentais se sobrepõem à discricionariedade administrativa:

²⁷ Sobre o tema, ver, por exemplo: HOLMES; SUNSTEIN, 1999.

²⁸ No mesmo sentido, ver: BITENCOURT NETO, 2017, p. 207-225.

²⁹ Sobre a ponderação de interesses pela Administração Pública, ver: MARTINS, 2020.

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos

estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

A atuação administrativa gozará de legitimidade somente se for acompanhada de motivação densa, apta a explicar as escolhas adotadas, suficiente para que se possa compreender o caminho percorrido.

Sobre a questão, destaca-se que deferência não traduz blindagem, assim, impõe-se ao agente responsável pela decisão, de forma cada vez mais crescente, o ônus argumentativo. Alegações com base em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados não bastam, como bem preconiza o artigo 20 introduzido na LINDB por meio da Lei 13.655/18. A decisão administrativa também há de ter sido respeitosa ("deferente") à coletividade destacando-se os casos em que a permeabilidade estatal ocorre via audiência e consultas públicas (FORTINI; HORTA, 2021, p. 255)³⁰.

Em síntese, a noção de ponderação das conseqüências, tratadas pelos artigos 20 e 21 da LINDB, deve ser lida, qual tal em Schmidt-Assmann, no sentido de que a ação administrativa se vincula a diversos outros parâmetros extra-jurídicos, tais como o critério econômico ou social (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 35)³¹, a justificar a complexidade mutável das exigências da coletividade.

Ademais, a nova LINDB também reconhece as complexidades e dificuldades tanto da vida real quanto da própria aplicação do Direito (complexo por si só³²), conforme leitura do artigo 22 da lei.

³⁰ Ver também: FORTINI; HORTA, 2021, p. 301-326.

³¹ Sobre a vinculação da Administração a seus resultados sociais, veja-se julgado que, em sua fundamentação, entendeu que a deliberação sobre a atuação do Poder Público deve levar em conta os resultados práticos na saúde de sexagenários em uma situação de pandemia: Agravo de Instrumento 5007553-90.2020.4.03.0000, TRF3 - 6ª Turma, data 22/07/2020.

³² Ver: JUSTEN FILHO, 2018, p. 21. Também: SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 60-63.

O referido texto legal estatui uma interpretação condizente com uma Administração Pública responsiva, que irá se utilizar do procedimento como instrumento para deliberar, por intermédio do consenso e de um viés pragmático, sobre os múltiplos interesses em jogo (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 64).

Esta também é a posição de Luciano Ferraz (2020, p. 27), que aponta que o controle sob o viés da consensualidade, na Administração Pública, tem o potencial de estimular a tomada de “decisões acertadas e criativas, desde que voltadas aos interesses da sociedade, sem qualquer menoscabo ao núcleo essencial dos direitos fundamentais”. E prossegue (FERRAZ, 2020, p. 27):

Com efeito, o paradigma moderno o da Administração Pública consensual ou concertada — reorienta — como não poderia deixar de ser — a atividade controladora do Estado. As fórmulas clássicas de controle (aprovação, registro, homologação, julgamento de conformidade), afinadas àquela visão da Administração Pública executora da lei, perderam prestígio e cederam espaço a novos instrumentos de controle, com viés menos autoritário e mais pragmático e consensual.

Ademais, a norma do art. 22 da LINDB também compreende as complexidades do mundo real do administrador, que nem sempre terá uma estrutura ideal de trabalho ou mesmo de recursos humanos (NOBRE JÚNIOR, 2019, p. 77), contudo, as dificuldades, barreiras e alternativas encontradas expostas no procedimento administrativo, até para que se possa conferir maior legitimidade à decisão final.

Em tal contexto, vê-se que também o artigo 22 inserido na LINDB possui conteúdo condizente com a teoria de Direito Administrativo como sistema, de Schmidt-Assmann.

Com efeito, para o autor, por exemplo, o direito orçamentário funciona como um limite à implementação imediata de direitos subjetivos (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 85).

Além disso, a referida teoria também compreende a complexidade da vida real (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 60)³³, bem como a própria dificuldade de se interpretar o conteúdo jurídico a incidir sobre o caso

³³ No mesmo sentido, ver: BITENCOURT NETO, 2017 p. 207-225.

(SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 35)³⁴, criando, portanto, um enfoque muito mais procedimental e voltado à finalidade da ação administrativa como norte da atuação administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 166) - e, portanto, menos formalista. E, do mesmo modo, o autor entende que a Administração, ainda que se mostre cooperativa e dialógica, tem o dever de, para a satisfação do bem-comum, atuar de forma global (integral ou macro) (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 35), impondo, quando necessário, limitações a requerimentos feitos por particulares.

Em continuidade ao exame da nova LINDB, a redação dada pela Lei n. 13.655/2018 traz um claro objetivo de conferir maior legitimidade democrática à atuação da Administração, conforme o artigo 29 da nova Lei de Introdução³⁵.

No mesmo sentido, Schmidt-Assmann já apontava que a abertura democrática da decisão administrativa se afigura como uma exigência inafastável a dar-lhe legitimidade – efetivando-se o direito de participação e o direito de colaboração (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 363-364).

Por fim, o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro passa a prever uma Administração Pública consensual, cooperativa e legitimamente democrática em sua atuação que tenha por objetivo eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público.

Para Schmidt-Assmann, a Administração deve agir como um ente pacificador dos diversos interesses em jogo, e sempre atenta às suas finalidades de buscar o bem-comum da coletividade (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 116).

Dentro de tal panorama, somente haveria sentido em realizar condutas não consensuais no caso em que tal instrumento se torne essencial, e verdadeira *ultima ratio*, para se atingir o bem geral da coletividade – com razão Cristiana Fortini, para quem o excesso de punição não necessariamente favorece o interesse público³⁶.

³⁴ No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, 2018, p. 21.

³⁵ Esta tendência legislativa nacional também é encontrada, por exemplo, no regime legal do processo decisório das agências reguladoras, previsto no artigo 4º e seguinte da lei própria – Lei n. 13.848/2019.

³⁶ FORTINI, 2017. No mesmo sentido, Alice Voronoff, por exemplo, aponta que, em uma abordagem instrumental, o direito administrativo sancionador se configura em meio a serviço de finalidades protegidas pelo ordenamento jurídico, e não em um fim em si mesmo (VORONOFF, 2018, p. 315). Sobre a consensualidade na Administração Pública, ver também: PALMA, 2015. Ademais, Ian Ayres e John Braithwaite concluem que um modelo regulatório que colocam a resposta punitiva como prioritária não

É justamente esse o sentido da lei, especialmente no artigo 26, §1º, I, que determina que a solução consensual deve ser proporcional e eficiente, compatível com os interesses gerais. Assim, as disposições legislativas ora examinadas podem ser consideradas, em síntese, como inovações legislativas que se harmonizam com a teoria de Schmidt-Assmann do Direito Administrativo como sistema.

Dada a natureza da LINDB, que se constitui em norma a reger a interpretação de todo o ordenamento jurídico, entende-se que se trata do diploma normativo que, tal qual a doutrina de Assmann, regulará o Direito Administrativo sob um viés de teoria geral normatizada.

Na sequência, será analisada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021), também sob a ótica teórica de Eberhard Schmidt-Assmann.

5.2. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) - pontos de convergência com a teoria do Direito Administrativo como sistema

Seguindo a linha da LINDB e da Lei de Processo Administrativo (LPA), a Lei n. 14.133/2021 (NLLCA) também trouxe uma série de novidades normativas que convergem com a teoria do Direito Administrativo como sistema de Eberhard Schmidt-Assmann.

Com efeito, em seu art. 5º, a NLLCA assim previu expressamente:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

se configura no melhor modelo para os ganhos coletivos da regulação (AYRES, BRAITHWAITE, 1992, p. 24-25).

Como se observa, a lei em exame trouxe uma pluralidade de princípios que orientam a sua aplicação prática,³⁷ sendo de destacar-se, dentro do escopo do presente trabalho, a expressa menção à segurança jurídica, à razoabilidade – além de expressa previsão de observância da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro por ocasião da aplicação da própria NLLCA.

Há uma verdadeira concretização da teoria geral do Direito Administrativo de forma específica para o âmbito das licitações e contratos administrativos.

Vê-se, dessa forma, que resta reforçada a noção de que a LINDB consiste em verdadeira norma geral do Direito Administrativo, a orientar a aplicação deste ramo jurídico também no âmbito dos ramos especiais que compõem a integralidade do Direito Administrativo, já que muitas de suas previsões – juntamente aos aspectos gerais da Lei de Processo Administrativo Federal – foram expressamente incorporadas também pela NLLCA.

Portanto, de início, já se verifica que também a NLLCA acaba por replicar todo o raciocínio delineado no tópico anterior,³⁸ de modo tal que as lições de Eberhard Schmidt-Assmann também passam a ser incorporadas, de forma expressa, pelo diploma legal que cuida das licitações e contratos públicos no Brasil.

Assim, prevalecerá a síntese, cunhada por Schmidt-Assmann, no sentido de que a Administração, em busca do interesse geral, deve apresentar uma missão integral ou global (macro), que compreende legalidade, racionalidade econômica, conveniência e oportunidade, proximidade do cidadão, capacidade de aprendizagem e adaptação, experiência e razoabilidade (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 35) - em uma atuação dinâmica, que visa aos resultados e que reconhece a necessidade do adequado enfrentamento e motivação dos variados interesses e custos em jogo (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 101), e que, assim, passa longe do excesso de formalismo que prevalecia na dogmática tradicional do Direito Administrativo.

³⁷ Sobre a sustentabilidade nas licitações, a título de exemplo, ver: SILVA; SEVERO FILHO, 2021; CRISTÓVAM; FERNANDES, 2018.

³⁸ Em relação à aplicabilidade da referida lei, ver: ZOCKUN; CABRAL, 2021.

Dessa forma, mesmo na atuação própria das licitações e contratações públicas, a Administração deverá ter uma atuação substancial e motivada, buscando a maior legitimidade de sua atuação, bem como os resultados e conseqüências que melhor atendam o interesse da coletividade – assim, resta afastada uma ação meramente formalista, bem como restam inaplicáveis visões superadas do princípio da legalidade e da supremacia do interesse público abstratamente considerada.

Ademais, afora a normativa principiológica, que por si só mereceria destaque, é importante que seja apontada, também, uma particularidade da NLLCA a respeito do regime jurídico das nulidades – como também mais uma convergência entre o novo diploma normativo e as lições de Eberhard Schmidt-Assmann.

Com efeito, a NLLCA, em seu capítulo XI (artigos 147 a 150), previu um regime específico sobre a nulidade dos contratos administrativos.

Em linhas gerais, o referido capítulo apresenta a consagração do princípio do formalismo moderado, que já vinha sendo objeto de estudos aprofundados sobre o tema, além de também já ter sido incorporado ao ordenamento jurídico nacional em diversos outros textos legais – destacadamente pela Lei n. 9.784/99 e pela LINDB, conforme tratado nos tópicos anteriores do presente estudo.

Destaca-se que, no campo processual, já prevalece, há muito, a noção de que somente haverá nulidade se for constatado um prejuízo (*pas de nullité sans grief*³⁹), o que resume a teoria da instrumentalidade das formas. Sob tal viés, se afigura irracional a declaração jurídica de uma nulidade caso a finalidade do ato tenha sido alcançada por meio de atos que não tenham acarretado prejuízo a quaisquer das partes envolvidas na relação jurídico-processual. Contudo, no Direito Administrativo, tal visão vem ganhando adesão apenas de forma paulatina.

³⁹ O referido princípio, já bastante consagrado também na sua forma em latim, foi citado, por exemplo, em recente decisão do Superior de Tribunal de Justiça, que se faz referência apenas a título ilustrativo: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DO NOME DO ADVOGADO DA PARTE NA PUBLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE AFASTADA. 1. O reconhecimento de nulidade no processo penal exige a comprovação do efetivo prejuízo suportado pelo réu, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief* consagrado no art. 563 do CPP. Precedentes. 2. Não há se falar em nulidade da intimação, pela ausência do nome do advogado na publicação, quando o ato processual atinge seu objetivo, ao permitir a ciência da parte quanto ao teor da decisão a ser impugnada. 3. Embargos de declaração rejeitados com determinação de baixa dos autos e certificação do trânsito em julgado. (EDcl nos EDcl no AgRg nos EDv nos EAREsp 1377917/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 10/11/2021, DJe 12/11/2021).

Diante de tal panorama, a análise sobre as não-conformidades passou a pautar-se não por uma repulsa inexorável, mas, sim, pela busca de um resultado que melhor possa endereçar o interesse público, abrindo-se alternativas à decretação de nulidade – eis que essa nem sempre será a via de melhor salvaguarda do interesse da coletividade (SCHMIDT-ASSMANN, 2003).

E é justamente neste contexto que surge a Lei n. Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos – NLCCA), que passou a refletir o percurso até então já realizado pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência,⁴⁰ prevendo, no campo formal das licitações e contratos, a obrigatoriedade de que somente haverá a nulidade após serem avaliadas as conseqüências, e após que seja deliberado (de forma fundamentada) sobre a impossibilidade de convalidação dos atos em exame.

Com efeito, o *caput* do art. 147 da NLCCA informa, de forma expressa, que, uma vez constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, somente será declarada a nulidade do contrato na hipótese em que se revelar medida de interesse público.

E a própria lei previu, nos incisos do referido art. 147 da NLCCA, aplicados de forma conjunta com o art. 148 da mesma lei, quais seriam os critérios normativos a embasar a análise de interesse público que possa justificar o afastamento de eventual declaração de nulidade, conforme o rol exemplificativo ali previsto.

Na mesma toada, o parágrafo único do art. 147 prevê, textualmente, que, se a paralisação ou anulação não se revelar medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos.

Tal previsão também encontra reverberação no art. 148, §2º, da NLCCA, em que o legislador expressamente dispôs sobre a modulação dos efeitos da declaração de nulidade, como forma de a autoridade administrativa garantir o princípio da continuidade da atividade administrativa mesmo em casos em que a nulidade seja inafastável – em regra que permite que os efeitos da nulidade somente seriam produzidos em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, em prazo de seis meses, prorrogável uma única vez.

⁴⁰ Ver FORTINI; AVELAR; BRAGAGNOLI, 2022.

Como afirmam Marcos Nóbrega e Flávio Teixeira Junior, resta sedimentado o caráter funcional da legalidade com a consagração do resgate de atos formalmente viciados “quando a declaração de invalidade, a partir de um juízo de ponderação (dentro dos *standards* legais, obviamente), não atenderão equilíbrio de interesses envolvidos” (TEIXEIRA JÚNIOR; NÓBREGA, 2021, p. 117-141).

Vê-se, portanto, que também a norma específica sobre o tema passa a prever elementos de ponderação de interesses, não mais sendo a nulidade ou invalidação um resultado incontornável da apreciação de formalidade/legalidade por parte da Administração – pelo contrário, a nulidade passa a ser uma decisão a ser tomada apenas de forma excepcional, por expressa previsão legal.

De fato, no regime específico das licitações e contratos administrativos, “a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público”, conforme dicção expressa do art. 147, *caput*, da NLLCA – o que resulta na indubitável excepcionalidade da medida.

Tais previsões, portanto, tratam, de forma marcante, sobre as lições também encontradas em Eberhard Schmidt-Assmann – já que somente um legalismo estrito ou atuação meramente formalista da Administração Pública poderia justificar a anulação de contratações públicas cujas conseqüências poderiam ser ainda mais prejudiciais à coletividade.

Portanto, também a NLLCA incorpora a visão de que a moderna Administração deve ser concebida como mais aberta à opinião pública e ao entorno social que a circunda (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 11; 120), não se limitando a aplicar a Lei e o Direito, mas também atuando tendo por parâmetro a racionalidade econômica e a eficácia, entendidos como parâmetros legítimos de atuação administrativa (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 34), como forma de concretização efetiva dos direitos fundamentais que estejam correlacionados com a contratação administrativa.

Dessa maneira, a forma, por si só, perde espaço para os fins da atuação administrativa, em uma modalidade normativa que concretiza, em grande medida, a teoria geral e a noção de ação administrativa cunhadas por Schmidt-Assmann.

6. Considerações finais

O presente estudo pretendeu demonstrar que grande parte dos alicerces teóricos abordados por Eberhard Schmidt-Assmann, em sua proposta de teoria geral do Direito Administrativo, encontram espaço no cenário jurídico nacional – seja no plano doutrinário, seja também, com mais força, a partir da recente publicação da Lei n. 13.655/2018 e da Lei n. 14.133/2021.

Com efeito, no contexto contemporâneo, em que verificadas complexidades e exigências cada vez mais urgentes dos cidadãos perante o Estado, a Administração Pública necessita ter uma atuação mais dinâmica, cooperativa, dialógica, em que possa buscar um fino equilíbrio entre a legalidade, a legitimidade democrática e a necessidade que lhe é imposta de efetivar direitos fundamentais.

Para tanto, exige-se também da Administração um dever de motivação a abarcar diversos parâmetros, não exclusivamente jurídicos, que estejam de acordo com suas finalidades constitucionais e que possam, ao mesmo tempo, evitar desnecessários custos, desde que garantido os direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial.

E tais parâmetros teóricos foram também previstos pela Lei n. 13.655/2018 e pela Lei n. 14.133/2021.

Com efeito, percebeu-se que o advento das novidades normativas examinadas neste estudo se afigura como um ponto de confirmação institucional, pelo direito positivo, de lições que também são encontradas na noção de Direito Administrativo como sistema, cunhado por Eberhard Schmidt-Assmann.

Com o presente estudo, espera-se divulgar os ensinamentos de Schmidt-Assmann, como forma de consolidação de um Direito Público cada vez mais próximo dos ideais de legitimidade democrática, efetivação de direitos fundamentais e busca do bem comum coletivo.

Do mesmo modo, espera-se que se possa conceber, progressivamente, uma Administração Pública mais cooperativa e dialógica, menos reativa e punitivista, e que cumpra seu papel de verdadeira protagonista do planejamento global (estrutural e macro) em prol da implementação contínua do texto constitucional.

Referências

ABRAHAM, Marcus; CASTRO, Diana; FARIAS, Edenilson Simas. Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS. **Revista Controle: doutrinas e artigos**, v. 14, n. 2, 2016.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. **Responsive regulation: Transcending the deregulation debate**. Nova York: Oxford University Press, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista De Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-105, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **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. 203-224, nov. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no Século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BRUM, Guilherme. Políticas Públicas, princípios e consequencialismo: notas sobre o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 143-156.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; FERNANDES, Hulisses. Licitações públicas e sustentabilidade: uma análise da aplicação de critérios nas compras de órgãos públicos federais em Florianópolis (SC). **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 370-392, maio/ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Versão e-book.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. A legitimidade das ações da Administração Pública em face dos cidadãos: desafio para um direito administrativo pós-moderno? **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Izabela Hendrix**, Nova Lima, v. 1, p. 109-126, 2003.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 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 & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2020.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. **Conjur**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2021.

FORTINI, Cristiana; AVELAR, Mariana; BRAGAGNOLI, Renila. A repercussão da Lei nº 14.133/2021 na governança das licitações regidas pela Lei nº 13.303/2016. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 155-170, out./dez. 2022.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sob a ótica teórica de Eberhard Schmidt-Assmann. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). **Nova LINDB**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 239-266.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa em Tempos de Crise: Deferência, Capacidades Institucionais e Seus Reflexos Sobre o Federalismo. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. (Org.). **A crise do federalismo em estado de pandemia**. 1ed. Belo Horizonte: Editora Letramento, 2021, v. I, p. 301-326.

FORTINI, Cristiana; LACERDA, Bruno Amaro. O Direito Administrativo e a fundamentalidade da pessoa. **Fórum Administrativo**, v. 10, p. 19-28, 2010.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97- 124, jul./set. 2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção científicista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **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. 13-41, nov. 2018.

MALFATTI, Elena; PANIZZA, Saulle. ROMBOLI, Roberto. **Giustizia Costituzionale**. 5. ed. Torino: G. Giappichelli Editore. 2016.

MARONA, Marjorie Corrêa; ROCHA, Marta Mendes. Democratizar a jurisdição constitucional? O caso das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 25, n. 62, p. 131-156, jun. 2017

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei nº. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. As alterações da LINDB e a ponderação dos atos administrativos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 79, p. 259-284, jan./mar. 2020.

MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça. 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.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

PEREZ, Marcos Augusto. **O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas. 2018. Tese (Livre Docência em Discricionariedade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 95/159. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/pt-br.php>. Acesso em: 10/02/2021.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Consequencialismo, garantismo e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma interpretação conciliatória. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 107-131, out./dez. 2022.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: INAP/Marcial Pons, 2003.

SILVA, José Irivaldo Alves de Oliveira; SEVERO FILHO, João. Licitações sustentáveis em instituições de ensino superior: um estudo de caso da Universidade Federal de Campina Grande. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 1, p. 153-195, jan./abr. 2021.

SILVA, Suzana Tavares da. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da Administração por compromissos. **Estudos de Contratação Pública I**. Coimbra: CEDIPRE, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEIXEIRA JÚNIOR, Flávio Germano de Sena; NÓBREGA, Marcos. A Teoria das Invalidades na nova Lei de Contratações Públicas e o equilíbrio dos interesses envolvidos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 72, p. 117-141, jan./mar. 2021.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, maio/ago. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas Públicas e Ações Cíveis Públicas: judicialização da política? **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, p. 182-202, 2018.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; CABRAL, Flávio Garcia. Da eficácia das normas previstas na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021): análise do PNCP, do SRP e do Registro Cadastral. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 1, 101, jan./abr. 2021.