A errônea tentativa de inovar por princípio: um estudo sobre as características da inovação no Direito Administrativo

The erroneous attempt to innovate by principle: a study on the characteristics of innovation in Administrative Law

Maicon Crestani ¹

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil)
<https://orcid.org/0000-0002-0364-7067>
maicrestani@gmail.com

Jonas Faviero Trindade ²

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil)
<https://orcid.org/0000-0002-6515-6773>
jonasft1605@gmail.com

Recebido: 12.08.2020

Aprovado: 27.08.2020

Resumo

Recentemente o Governo apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020, com vistas a concretizar uma Reforma Administrativa no Estado. Dentre as alterações pretendidas, destaca-se a pretensão de positivizar novos princípios no artigo 37 do texto constitucional, sendo que, dentre eles, está o “princípio” da inovação. O propósito desta pesquisa é responder ao seguinte problema: é possível recepcionar a inovação como princípio e quais as consequências, caso assim ocorra, para o Estado Democrático de Direito? Em relação às diretrizes metodológicas, objetiva-se uma dialética entre a análise

CRESTANI, M.; TRINDADE, J. F. . A errônea tentativa de inovar por princípio: um estudo sobre as características da inovação no Direito Administrativo: The erroneous attempt to innovate by principle: a study on the characteristics of innovation in Administrative Law. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas (Brazilian Journal of Law Research)**, Avarré: Eduvale, v. 1, n. 3, p. 97-117, 2020. DOI: 10.51284/rbpj.01.mc. Disponível em: <https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/17>. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹ Doutorando em Direito na Unisinos Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil) <https://orcid.org/0000-0002-0364-7067>
maicrestani@gmail.com

² Mestre em Direito, Especialista em Direito Constitucional, em Teoria e Filosofia do Direito e em Regimes Próprios de Previdência Social. Titular do cargo de Auditor Público Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Professor Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público CEISC-UNISC. <https://orcid.org/0000-0002-6515-6773>

discursiva e as contribuições teóricas de Ronald Dworkin, com a finalidade de estabelecer uma compreensão crítica do tema. A análise discursiva permitiu identificar uma aproximação do Estado à lógica empresarial, a partir do ainda vívido viés neoliberal. A Constituição novamente é utilizada como álibi, como se o desafio de concretizar justiça social sempre estivesse a depender de reformas, que alimentam a esperança da sociedade, mas, na realidade, servem mais para procrastinar soluções efetivas. Quanto ao problema, demonstrou-se, a partir da distinção entre argumentos de princípio e de política, que não está se falando de um princípio. De fato, a positivação da inovação conseguiria alimentar dois tipos de discricionariedade: a judicial e a administrativa, em verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito. Não se trata de negar a introdução de ferramentas capazes de favorecer o funcionamento da máquina estatal, sob uma ideia de “inovação”. Isso, na verdade, deve ser continuamente perseguido. No entanto, programas dessa natureza podem ser construídos a partir de leis pontuais ou por intermédio de atos administrativos próprios para esse tipo de medida. O que se entende como erro, com repercussões negativas para a Autonomia do Direito, é a tentativa de positivar “princípio” que não contempla os elementos dessa forma de padrão jurídico de decisão.

Palavras-chave: Autonomia do Direito. Discricionariedade. Reforma Administrativa. Ronald Dworkin. Princípio da Inovação.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desvelando o discurso da Reforma Administrativa - PEC n° 32/2020; 3. O que são princípios, o que não são princípios e em que medida argumentos de princípio são diferentes de argumentos de política – uma distinção necessária para a crítica; 4. Os perigos da recepção do “princípio” da inovação com princípio; 5. Conclusões; 6. Referências.

Introdução

Recentemente o Governo apresentou a Proposta de Emenda à Constituição-PEC n° 32/2020, com vistas a concretizar uma Reforma Administrativa no Estado. As alterações pretendidas são substanciais, envolvendo, em linhas gerais, novas regras de recrutamento de servidores, vedação de determinados direitos, previsão de lei complementar (federal) para disciplinar normas gerais aplicáveis ao funcionalismo, criação da figura do vínculo por prazo indeterminado, aplicação da lógica concorrencial na avaliação do vínculo de experiência, criação de cargos de liderança, gerenciais e técnicos e necessidade de reformulações dos regimes jurídicos pelos entes federativos.

Além das proposições acima delineadas, existe a intenção de se positivar no texto constitucional, mais especificamente em seu artigo 37, novos “princípios” aplicáveis à Administração Pública, de forma que o rol completo, caso aprovada a PEC, assim ficaria: (1) legalidade; (2) impessoalidade; (3) imparcialidade; (4) moralidade; (5) publicidade;

(6) transparência; (7) inovação; (8) responsabilidade; (9) unidade; (10) coordenação; (11) boa governança pública; (12) eficiência e (13) subsidiariedade. Para quem prima pelo estudo das teorias do Direito, evidentemente que suscita alguma controvérsia a criatividade do Governo para “criar” princípios. Aliás, causa perplexidade, ou ao menos deveria, a percepção de que “princípios” possam ser concebidos com tamanha instantaneidade. Uma possibilidade, que não deve ser descartada, é a de que o autor da PEC não tenha compreensão do sentido de princípio e de sua importância para a Autonomia do Direito.

O recorte desta breve pesquisa, contudo, será a possibilidade de se incorporar na Constituição Federal-CF o “princípio da inovação”. A problemática, portanto, se resume no seguinte questionamento: é possível recepcionar a inovação como princípio e quais as consequências, caso assim ocorra, para o Estado Democrático de Direito?

Em relação às diretrizes metodológicas, se pretende uma dialética entre a análise discursiva e as contribuições teóricas do pós-positivismo de Ronald Dworkin, com o objetivo de estabelecer uma compreensão crítica do tema em estudo.

Assim sendo, de início, se propõe a análise do discurso da PEC em comento, a fim de identificar, a partir da linguagem versada, as valorações ideológicas do interlocutor, condensadas a partir de uma retórica estrategicamente colocada no texto. Ainda não existe no Brasil a tradição de se examinar, no corpo social, o que dizem os governantes quando estes propõem a alterar o ordenamento jurídico. O que ocorre, em regra, é uma comunicação intermediada pela mídia ou redes sociais. É importante acessar o texto e desvelar seus reais significados.

Na sequência, a partir dos aportes teóricos de Ronald Dworkin, será possível evoluir em direção à aceção correta de princípios. A abordagem, como não poderia deixar de ser, parte da teoria pós-positivista, de forma que o propósito será identificar a concepção equivocada de princípio, para depois expor como deve se conceber um princípio no Direito. Também será fundamental a distinção dworkniana entre argumentos de política e de princípio.

A partir das contribuições teóricas desenvolvidas será possível, na seção seguinte desta pesquisa, desvelar se o “princípio” da inovação efetivamente é um princípio. Ademais, compreende-se que o resultado mais profícuo da pesquisa é justamente

identificar consequências, para o Direito e o regime democrático, da alteração que se pretende.

2. Desvelando o discurso da Reforma Administrativa - PEC n° 32/2020

Segundo a justificativa da PEC em comento, a inovação é caracterizada como “princípio a ser observado por toda a Administração pública”, que “guarda plena consonância com uma concepção modernizadora das relações entre o poder público e a sociedade”³. Ademais, a burocracia é colocada como uma “amarra” que, inobstante sua existência, não vem impedindo a “busca da inovação no setor público”, em face da “revolução tecnológica em curso, que abre inúmeras possibilidades de aprimoramento da prestação dos serviços públicos”⁴.

Na linha proposta pelo Ministro da Economia, que apresentou as justificativas para a alteração que se pretende fazer no texto constitucional, “a inovação deve ser reconhecida, valorizada e almejada pela Administração e por seus agentes”⁵, que marcaria “uma nova era do Estado brasileiro, deixando para trás a mera conservação burocrática, que, desconectada dos tempos atuais, tem se revelado ineficiente para atender aos anseios do povo brasileiro”⁶.

É significativamente problemática a argumentação colocada pelo Ministro da Economia para justificar a positivação da “inovação” no caput do artigo 37 da Constituição. A expectativa - assim se imagina - é de que o país ainda não desistiu do Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Sim, é importante reler a Constituição antes de se pensar em alterá-la, por mais óbvio que seja essa afirmação. Também é importante desvelar o que está subjacente a essa proposta de “inovação”, que escanteia a burocracia; logo esta que permite a existência de controles e o combate à corrupção, essa última propagada como pauta máxima de parcela da sociedade brasileira.

³ BRASIL. Poder Executivo. **Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n° 32/2020.**

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

Trata-se, em verdade, de uma nova roupagem do neoliberalismo, impregnada na Reforma Administrativa implementada pela Emenda Constitucional n° 20/1998, como é representativa a manifestação de Bresser Pereira, à época: “O que temos sustentado é que os controles e o combate à corrupção não devem inibir a criatividade e a capacidade de iniciativa do administrador”⁷.

O que se busca com esse ímpeto reformista é uma aproximação do Estado à lógica empresarial, o que acarreta o afastamento do Estado Social delineado na Constituição. Como bem colocaram Dardot e Laval, o Estado, na contemporaneidade, assumiu a feição de um governo empresarial, valendo-se de técnicas próprias da iniciativa privada. Tudo isso se pautou na difamação pública do Estado como representativo da ineficácia e na construção de uma ferrenha crítica aos servidores públicos.

Nessa perspectiva, há uma importação das regras de funcionamento concorrencial para o setor público, inclusive com a utilização de vocabulário próprio, a exemplo do termo governança, que foi acriticamente recepcionado pelo setor público, e que vincula a boa governança aos preceitos de integração ao mercado internacional, tomando, “pouco a pouco o lugar da categoria soberania”⁸.

Há uma fábula corrente na sociedade brasileira, que coloca o privado como eficiente e o público como ineficiente. Um olhar mais atento percebe que, na verdade, a ineficiência da prestação de um serviço não guarda relação necessária com a natureza pública ou privada.

Cotidianamente as pessoas enfrentam sérios problemas com empresas privadas e com o serviço público, mas o processo de estereotipação e as consequências materiais negativas recaem nos trabalhadores, em seu sentido mais amplo possível. Isso fica cristalino quando se observa que as últimas grandes alterações legislativas atingiram trabalhadores, como as alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas, a Reforma da Previdência e, agora, o que se pretende com a Reforma Administrativa.

Segundo Warat, a carga valorativa da linguagem permite que o receptor da mensagem se aproxime das “referências valorativas do emissor”⁹, sendo que

⁷ BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Caderno do MARE n° 10. Questões sobre a Reforma Administrativa**, 1995, p. 22.

⁸ DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 276.

⁹ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 69.

determinadas palavras são empregadas a partir da fusão de funções persuasivas e descritivas. Assim, a pessoa que escuta “pode aceitá-las facilmente, sem se dar conta de que está sendo submetido a um processo de persuasão”¹⁰. O emitente, por sua vez, “assegura o monopólio da constituição do campo denotativo, pois os receptores encontram-se adormecidos para a discussão dos critérios designativos persuasivamente propostos”¹¹.

Nessa valoração emotiva das expressões linguísticas, Warat destaca os estereótipos, que “cumprem um importante papel para a construção das definições e dos discursos persuasivos”¹², sempre dependentes, inicialmente, nesse processo de estereotipação, de “fungíveis conteúdos axiológicos e ideológicos”¹³. Serão consideradas persuasivas, nessa lógica, as definições que contém estereótipos, sendo que a sua simples enunciação já “provoca reações negativas e prejudiciais”¹⁴.

Na justificativa da PEC em exame, o Ministro da Economia afirma que “Apesar de contar com uma força de trabalho profissional e altamente qualificada, a percepção do cidadão, corroborada por indicadores diversos, é a de que o Estado custa muito, mas entrega pouco”¹⁵ e, mais adiante, prossegue referindo que a alteração no texto constitucional “possui como público-alvo não só a Administração Pública, como todo o seu corpo de servidores”¹⁶, se inserindo “em um escopo maior de transformação do Estado”¹⁷, segundo o qual vai promover “mais agilidade e eficiência aos serviços oferecidos pelo governo”¹⁸.

Há um longo processo de estereotipação do serviço público, de seus agentes e da Administração Pública, de forma que o “elogio” ao corpo de servidores é contraditório com o discurso corrente, servindo muito mais como *mea culpa* e recurso estratégico-estereótipo aos receptores da mensagem. No senso comum, a imagem do trabalhador – inclusive do funcionalismo público – não está atrelada ao profissionalismo e à eficiência,

¹⁰ Ibidem, p. 70.

¹¹ Ibidem, p. 70.

¹² Ibidem, p. 70.

¹³ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 70.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRASIL. Poder Executivo. **Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020**.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

visto que tais atributos estão colados à imagem do empresário e do mercado. Com isso, se cria uma falsa dicotomia entre servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, como se ocupassem polos distintos e concorrenciais.

Além do mais, a justificativa em análise se vale da consagrada expressão “modernização”, outro recurso valorativo da linguagem que promove o convencimento ao leitor menos atento, sendo que a expectativa do Ministro da Economia é que “por meio do aprimoramento dos princípios que regem a Administração Pública”¹⁹ seria possível contribuir para tal fenômeno de modernização.

Aliás, o texto PEC em destaque está repleto de chavões reformistas, sendo outro exemplo, para não adiantar o exame do “princípio” da inovação, a tentativa de alocar a transparência no *caput* do artigo 37, como se fosse uma novidade. Para o Ministro da Economia, a transparência “implica não apenas estar disponível ao público, mas ser compreensível pelo público, com clareza e fidedignidade”²⁰. Seria, assim, um elemento importante para o “controle social sobre os atos do Estado, auxiliar no controle externo aos órgãos públicos, fortalecer o combate à corrupção e elevar o nível de desempenho socioeconômico dos entes federativos”²¹.

Destaca-se, todavia, que a Transparência Internacional elaborou um Ranking de Transparência no Combate ao COVID-19, no qual o Governo Federal alcançou 71 pontos, bem distante dos primeiros colocados (Alagoas, Ceará, Espírito Santo e Rondônia alcançaram 100 pontos)²². A transparência é inerente à República²³ - não é a positivação do princípio que vai inaugurá-la na ordem jurídica nacional -, de forma que novamente se infere que a positivação de tal princípio parece atender mais a uma retórica de “Reforma” do que alterar a normatividade vigente.

O que se avista é a tentativa de transformar a Constituição em álibi, como se a solução dos desafios do Governo, como implementar a justiça social, sempre estivessem a depender de alteração do seu texto. Assim, o Governo se imuniza, pois, caso o texto

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Ranking de Transparência no combate à COVID-19.**

²³ Nesse sentido, a Suprema Corte, por exemplo, no Mandado de Segurança nº 28.178/DF: “A regra geral num Estado Republicano é a da total transparência no acesso a documentos públicos, sendo o sigilo a exceção. Conclusão que se extrai diretamente do texto constitucional (arts. 1º, caput e parágrafo único; 5º, XXXIII; 37, caput e § 3º, II; e 216, § 2º), bem como da Lei nº 12.527/2011, art. 3º, I”.

seja aprovado, é possível impelir o problema para frente - claro, pois é sempre necessário tempo adicional para concretizar as Reformas. Do contrário, caso a PEC não prospere, é possível cruzar os braços, visto que as mudanças estruturais que o país precisa dependiam daquela alteração normativa.

Essa é a hipertrofia simbólica a que se refere Neves, na qual se retira o foco dos reais problemas do país, tornando carente, conseqüentemente, a função normativo-jurídica do texto constitucional. Nessa perspectiva simbólica, “a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população”, permitindo uma “aparência” de que os problemas serão solucionados ou ao menos se consegue “convencer o público das boas intenções do legislador”²⁴.

3. O que são princípios, o que não são princípios e em que medida argumentos de princípio são diferentes de argumentos de política – uma distinção necessária para a crítica

A esfera política, naturalmente, é o local em que se travam os desacordos e as disputas em torno dos assuntos candentes da sociedade. É nela que ocorrem as decisões concernentes aos objetivos e diretrizes para o próprio planejamento e atuação do Estado, devendo-se ressaltar, contudo, que há limitações constitucionais nesse sentido, porquanto a Constituição cristaliza parte do âmbito político, tornando insuscetíveis de reformas alguns temas.

Mas, de todo modo, há que se reconhecer que há uma área própria reconhecida à política. Ocorre que, a despeito da consagração dessa autonomia de construção tipicamente política, não raro o produto das reformas advindas do âmbito político acaba por impactar de forma negativa o Direito: no caso em análise, o Direito Administrativo.

Na PEC recém encaminhada ao Legislativo, como já referido, consta a inserção do “princípio” da inovação no conhecido art. 37, da CF. Diante desse fato, indaga-se: trate-se a inovação, no caso, de um princípio? A resposta ao questionamento deve ser alcançada por intermédio da própria concepção do que significa princípio, em sua

²⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 36-41.

caracterização autêntica. Isso porque, infelizmente, ainda paira nos tribunais e em boa parte da doutrina uma compreensão errônea sobre sua conceituação.

Portanto, o presente trabalho requer uma definição qualificada sobre o real significado dos princípios jurídicos, sob pena de adentrarmos em uma análise prejudicada já de partida. Despiciendo lembrar que para se ter um resultado adequado sob o ponto de vista da Ciência Jurídica, partir da premissa correta é condição de possibilidade que se impõe inafastável.

Assim, pretende-se desenvolver esse tema no sentido de deixar claro os seguintes aspectos: qual o entendimento errôneo sobre os princípios jurídicos e suas consequências negativas para o Direito; o que, de fato, são princípios jurídicos; e qual a diferença entre princípios e políticas, a partir da concepção dworkiniana.

Entendemos que as referidas diferenças, devidamente equacionadas, são capazes de apontar para as incongruências subjacentes à inclusão da “inovação” como princípio no corpo da CF.

Importa destacar, primeiramente, como a noção de princípio tem sido compreendida desacertadamente, ou melhor, como grande parte da doutrina brasileira recepcionou equivocadamente o conceito de princípio, com reflexos negativos para a racionalidade do próprio Direito.

Aqui se impõe uma questão fulcral, que diz respeito ao equívoco em querer aproximar neoconstitucionalismo e pós-positivismo. Isso porque, a rigor, trata-se de conceitos distintos, embora exista uma confusão sobre seus próprios fundamentos. O fato é que o neoconstitucionalismo, amplamente difundido no Brasil, assenta-se em premissas que, ao fim e ao cabo, conforme Georges Abboud, acabaram servindo para emplacar duas práticas patológicas: o ativismo judicial e a insegurança jurídica²⁵.

Neste ponto, a consideração a ser feita é que, na perspectiva do neoconstitucionalismo, os princípios se transformaram em álibis retóricos, sendo corriqueiramente manejados, na prática, como forma de dar uma resposta para escolhas²⁶

²⁵ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²⁶ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. **Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos**. Revista Brasileira de Direito, v. 14, n. 1, p. 54, 2018. página de rodapé n. 26: "É útil ter presente, desde já, a distinção entre decisão e escolha. A decisão não se dá a partir de uma escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, ou seja: aquilo que a comunidade política como um todo constrói como Direito. A escolha, por sua vez, é sempre parcial, ou seja, um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante

por parte do julgador. Então, com base nessa concepção compartilhada por autores neoconstitucionalistas, “A invocação de valores, sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, aliado ao uso constante de conceitos fluidos sem justificativa, faz com que conceitos dogmáticos percam sua importância na aplicação do Direito²⁷.”

Nesse contexto, é preciso compreender que o neoconstitucionalismo, que foi forjado no pós-guerra como uma forma de superar o positivismo jurídico, acabou por engendrar outros problemas para o Direito, ao permitir uma abertura valorativa²⁸.

Aliás, ao invés de superarem a discricionariedade própria do juspositivismo, que deixa uma margem de ação subjetiva ao juiz no ato decisório, o neoconstitucionalismo, no Brasil, foi responsável pela inserção de uma forma de atuar, por parte do magistrado, baseada na valoração, que pode ser realizada por intermédio dos princípios, já que esses, para tal corrente, seria uma forma de abertura para a identificação de valores²⁹.

Portanto, sob o ponto de vista do neoconstitucionalismo, na sua expressão à brasileira, princípios são valores. O problema disso? Discricionariedade, falta de tecnicidade, baixa densidade normativa, insegurança jurídica. O problema maior disso? Enfraquecimento do arranjo democrático, uma vez que o Direito deixa de ser um sistema racional baseado em fundamentação no código lícito/ilícito, passando a ser o produto de moralidades pessoais do intérprete.

É em razão disso que os princípios devem ser captados sob o paradigma do pós-positivismo. Cabe aqui uma explicação breve. O pós-positivismo é um conceito que tem sido utilizado para conformar diferentes correntes, sendo que até mesmo autores neoconstitucionalistas, não raro, autodenominam-se pós-positivistas.

A concepção de pós-positivismo que utilizamos neste trabalho é aquela que “[...] consiste em paradigma que analisa o fenômeno jurídico sem dissociá-lo da realidade [...]”³⁰ e, mais que isso, “O pós-positivismo somente se consolida(rá) a partir da

de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Aliás, a palavra técnica para se referir à escolha, no âmbito do Direito, é, justamente, a discricionariedade.”

²⁷ ABOUD, op. cit., p. 420.

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

²⁹ Ibidem.

³⁰ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 420.

intersubjetividade, em que, na especificidade do Direito, a estrutura externa provoque constrangimentos e controles à subjetividade. Pós-positivismo e hermenêutica, nesse sentido, andam lado a lado.³¹”

Portanto, é sob esse ponto de vista que se compreende o paradigma do pós-positivismo. E, entendido assim, implica reconhecer, via de consequência, que princípios não são valores, como admitido por autores neoconstitucionalistas, que muitas vezes utilizam o termo “princípio” para fabricar uma “fundamentação” que, em verdade, está calcada em simples axioma ou qualquer outro tipo de álibi retórico destituído de normatividade³².

Uma vez superada a questão do que não são princípios, cabe expor, pois, o que são princípios, em sua autenticidade e, em seguida, apresentar uma breve diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Os princípios jurídicos ocupam um espaço importante no Direito, com impactos profundos sobre a sua própria concepção. Claro que as discussões sobre princípios não surgiram com Dworkin, tampouco apenas na segunda metade do século XX.

Mas o debate Hart-Dworkin mostrou um importante campo de análise a partir dos princípios jurídicos, principalmente na diferenciação entre regras e princípios. O espaço deste trabalho não comporta uma discussão aprofundada sobre todas as concepções existentes sobre princípios jurídicos. Dessa forma, após apresentar uma visão sobre o que não pode ser considerado princípio, passa-se a conceituar o que se entende como uma expressão autêntica de princípios.

Assim, pode-se assumir que, no plano de uma perspectiva pós-positivista, os princípios são padrões dotados de normatividade e, conforme Dworkin³³, devem ser observados “[...] não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social, considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”

Acresce-se a isso um elemento relevante e fundamental para a conceituação de princípios jurídicos que é, conforme Streck, o papel de “fechamento interpretativo”

³¹ STRECK, op. cit., p. 358.

³² Sobre o tema, conferir estudo aprofundado nos Verbetes *pamprincipiologismo* e *Valores* em: *Ibidem*.

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzida por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

conferido aos princípios, isso porque, evidentemente, eles “instituem o mundo prático do Direito”, sendo que, a toda evidência, eles apreendem o “[...] conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade”³⁴.

Sob esse viés, os princípios apresentam-se, na contemporaneidade, como uma forma de afastar a discricionariedade, porquanto, ao exigir responsabilidade do juiz na aplicação do direito, deve prevalecer, na sua concretização, os ideais de integridade e coerência, em nítida contrariedade à prevalência de voluntarismos do julgador. Isso porque “[...] no Constitucionalismo Contemporâneo, marcadamente pós-positivista, não há mais espaço para os princípios gerais do direito, que não passam de axiomas com finalidades próprias do positivismo do século XIX³⁵.”

É que os princípios gerais do direito permitiam ao juiz decidir de forma discricionária. Os princípios autênticos – ou princípios constitucionais – próprios do Constitucionalismo Contemporâneo, ao contrário, requerem uma fundamentação densa, no sentido de demonstração que se trata de padrões compartilhados pela comunidade política.

Assim, como será demonstrado adiante, não é possível caracterizar a inovação como princípio jurídico.

Em verdade, se no Judiciário brasileiro os princípios já são marcadamente manejados pelo seu uso abusivo, não raro utilizados a partir de construções com elevada carga de discricionariedade, é possível supor a problemática advinda com a colocação, no texto constitucional, de tal “princípio” que, como visto, está desprovido de normatividade.

Não bastasse o pamprincipiologismo³⁶ próprio que configura a práxis jurisprudencial, tem-se, agora, uma tentativa de positivação, em nível constitucional, de mais um elemento para dificultar a racionalidade do sistema jurídico, enfraquecendo-o e aumentando, potencialmente, a possibilidade de discricionariedade nas decisões.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020. p. 393.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012, p. 133.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

Por fim, cabe salientar que princípios são diferentes de política (*policy*) e esse ponto é fundamental para a apreciação do conceito de inovação, constante na PEC. A propósito, Stephen Guest foi certo e conciso na diferenciação: “Em linhas gerais, princípios descrevem direitos e políticas descrevem metas.”³⁷

Nessa diferenciação, quando pensamos em decisões judiciais, ou seja, na aplicação própria do Direito, são os princípios que ganham o *status* de legitimidade para servirem como padrão de decisão. Isso significa que as decisões judiciais são construídas, quando for o caso, a partir de princípios, não de política³⁸.

Nessa linha, como destaca Francisco Motta, no contexto de uma leitura dworkiniana “[...] os argumentos de princípio são argumentos em favor de um direito, e os argumentos de política são argumentos em favor de algum objetivo de cariz coletivo, geralmente relacionado ao bem comum”³⁹.

Na esteira do que até aqui foi exposto, cabe agora, na próxima seção, examinar a problemática inserção da inovação, como princípio, no artigo 37 da CF.

4. Os perigos da recepção do “princípio” da inovação com princípio

Não é o propósito se apoderar do significado da expressão “inovação”. Contudo, a própria justificativa, já examinada, assim como a tradição do uso linguístico, permite a compreensão que estamos tratando do estabelecimento de uma meta de aprimoramento da Administração Pública. Nas palavras do Ministro da Economia, a inovação deve ser “valorizada e almejada pela Administração por seus agentes”⁴⁰.

Ora, resta evidente que não se trata de princípio, nos termos delineados no tópico anterior, sendo, no máximo, uma diretriz para o Poder Público, que sempre vai depender, para inovar, do respeito aos propósitos constitucionais e do respeito ao Estado Democrático de Direito, visto que esse deve ser o paradigma de atuação administrativa.

É possível que parcela dos juristas desdenhe da discussão que aqui se propõe, por compreender que não há exatamente um embaraço na recepção da inovação como

³⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 64.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3.^a ed ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

³⁹ MOTTA, Francisco José B. **Levando o direito a sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Unisinos, São Leopoldo, 2009, p. 116.

⁴⁰ BRASIL. Poder Executivo. **Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição nº 32/2020**.

princípio. Todavia, supõe-se que tal problemática se revelará importante no futuro, quando se manifestarem as incompreensões de futuras decisões judiciais, que sustentarem a inovação como princípio ou a “ponderarem” com outros padrões normativos. Quando se permite que magistrados decidam por política, é o próprio Estado de Direito e a democracia que estão em jogo.

Aliás, a prática jurídica no Brasil ainda guarda um apego ao superado paradigma filosófico da consciência. O esquema sujeito-objeto, subjacente à filosofia do sujeito, apresenta sinceras relações com posturas solipsistas e, no Direito, mais especificamente, com o positivismo e, conseqüentemente, com a aposta na discricionariedade⁴¹. Por isso, é fundamental a verificação, quando alguém argumenta a partir de um determinado “princípio”, se estamos realmente tratando de um princípio, na acepção desenvolvida anteriormente. Ou, de outro modo, se o falante está se valendo de um álibi retórico, a partir do uso performático de um enunciado, situação que blinda o argumentante da crítica⁴² e o afasta, definitivamente, de qualquer possibilidade de intersubjetividade.

Assim sendo, a recepção da inovação como princípio, caso aprovada a PEC em estudo, agrava os riscos à autonomia do Direito, ao permitir que o próprio texto constitucional ofereça um recurso retórico, disfarçado de princípio, que, ao fim e ao cabo, estimula a discricionariedade. Isso, pois não há como fechar a interpretação quando a argumentação jurídica se vale de um “princípio” que não é princípio.

Ademais, a inovação está muito mais atrelada à concepção de Governo (política) do que de Administração Pública. A função política ou de governo pode ser exemplificada com a edição de “atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou de planos governamentais”, que serão “executados pela Administração Pública”⁴³.

A recepção da inovação como princípio, portanto, não se cinge à atuação do Estado-Juiz, com reflexos na própria concepção do Direito Administrativo, especialmente no sentido e alcance da Administração Pública.

A inovação, caso concebida como princípio, também pode ser utilizada como subterfúgio para administradores públicos se afastarem dos controles do regime

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 70.

⁴² Ibidem, p. 58.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 74-76.

publicista, a fim de pretensamente “inovarem”. Em outras palavras, a inovação como princípio pode representar uma fuga do regime administrativa e dos controles inerentes, criando um ambiente propício ao desvio de finalidade da ação administrativa, o que é contraditório com o próprio discurso reformista de combate à corrupção.

Também é prudente rememorar a atividade controladora do Estado – controle externo e interno. Isso, pois, caso recepcionem a inovação como princípio, sujeitam-se, da mesma forma, a proferirem decisões discricionárias, pautadas em argumentos de política. A atividade fiscalizatória do Estado já possui um vasto leque de atribuições constitucionais e, por vezes, definem sua pauta fiscalizatória com fundamento, justamente, nos princípios da Administração Pública, visto que dotados de normatividade. É legítimo que a atividade controladora fiscalize atos da Administração Pública a partir do “princípio” da inovação? Ou será que é possível presumir que há riscos de que a atividade controladora colonize a Administração Pública, definindo quais deveriam ser suas medidas inovadoras, sob o manto desse “novo” “princípio”?

Modificar o texto constitucional exige responsabilidade. Não se “criam” princípios do dia para a noite, tampouco se imagina que tais padrões normativos possam ser definidos de forma voluntarista e impositiva, como intenta a proposta do Governo Federal.

É preciso que fique claro que não se está criticando ações administrativas que busquem dotar a Administração Pública de ferramentas que propiciem um atuar administrativo mais consentâneo com a complexidade dos tempos atuais. Não é esta a crítica. A propósito, tais medidas seriam necessárias para alavancar programas sociais e políticas públicas que se fazem necessárias de acordo com a Constituição compromissória de 88, que determinou a concretização de direitos sociais. Contudo, tais ações podem ser implementadas pontualmente, via legislação, com propósitos específicos e de acordo com os pressupostos constitucionais.

O problema é querer imprimir na Constituição um conceito aberto, a pretexto de princípio, porém sem amparo de normatividade. Isso apenas gerará insegurança jurídica e incertezas, seja para a própria administração, seja para as atividades de controle. Afinal, o que seria a inovação? Inovação seria obrigar todas as esferas administrativas a implantar integralmente tecnologias para dotar de poder os setores de arrecadação? Ou seria uma forma de conferir um estofamento de “princípio constitucional” para uma precarização das

relações de vínculos entre servidores e a Administração? Ou seja, tais elementos denunciam a impropriedade da modificação pretendida, porquanto destituída das características própria de um princípio.

Ademais, outro fator nitidamente preocupante diz respeito ao danoso uso de axiomas (sem normatividade) como discursos ocultos dentro da seara da discricionariedade administrativa. Nesse ponto, calha uma reflexão além da dogmática administrativista, a fim de perceber o problema que não ocorre apenas no âmbito judicial, mas que tem pertinência direta com a atuação do administrador público. Sabe-se que ainda é persistente, entre boa parte da doutrina administrativista, a concessão com alguma forma de discricionariedade a ser exercida, na ponta, pelo administrador público.

Ocorre que, tendo em vista o paradigma apropriado por este estudo, entende-se que no Estado Democrático de Direito a discricionariedade administrativa perde espaço, porquanto a resposta passa a ser perseguida como base no próprio Direito, na Constituição em última instância, por intermédio da fundamentação, que deve levar em consideração a integridade do Direito (Dworkin).

Disso resulta a importância da diferença entre princípios autênticos (os princípios constitucionais, conforme Streck⁴⁴) e os axiomas que não podem ser considerados princípios. A propósito, consoante Balera⁴⁵, há um risco inerente “[...] do recurso ao arcabouço principiológico como instrumento retórico à motivação rasa de soluções de questões jurídicas complexas no âmbito da Administração Pública.”

A positivação do “princípio” da inovação, de acordo com as características já expostas, é expressão própria desse risco de utilização do uso retórico por intermédio da discricionariedade no âmbito da administração. Consequência disso seria “[...] a perda da força normativa da Constituição, a partir do momento que são mantidas esferas intangíveis ao controle jurisdicional, por exemplo, do mérito do ato administrativo e pelo uso dos princípios à abertura dos segmentos decisórios ao administrador público.”

Como se vê, a proposta de positivação do “princípio” da inovação no texto constitucional tem o condão de, ao mesmo tempo, abalar dois pontos elementares do

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz, **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

⁴⁵ BALERA, José Eduardo Ribeiro. Discricionariedade Administrativa E Responsabilidade Decisória: Uma Leitura Contemporânea, **Revista Direito em Debate**. v. 28, n. 52, p. 125–142, 2019.

Estado de Direito, que são a discricionariedade administrativa e a discricionariedade judicial. Ela seria o combustível próprio a animar o agir discricionário e subjetivo. Contudo, como já deve ter ficado claro, ambas as discricionariedades – judicial e administrativa -, estão fora do Direito. É verdadeiramente nesse sentido que Abboud⁴⁶ se vale da frase de Kenneth Culp Davis⁴⁷ para dizer que “Where law ends, discretion begins”.⁴⁸

Calha referir que a proposta, além de, atecnicamente, querer forçar, via constituição, uma concepção que não se enquadra como princípio – no caso, o “princípio” da inovação -, também buscou incorporar outros elementos que buscam conformar, em realidade, uma nova concepção de Estado, não obstante ser discutível sua própria constitucionalidade.

Trata-se princípio da subsidiariedade, que certamente tem uma finalidade bastante própria. Com efeito, segundo Gilberto Bercovici⁴⁹, “Não custa relembrar aqui que o tal “princípio da subsidiariedade” nada mais é que a preponderância do setor privado. Assim, o Estado auxiliaria e supriria a iniciativa privada em suas deficiências e carências, só a substituindo excepcionalmente. A atuação do Estado seria a exceção, não a regra.”

O que o autor relata é uma clara inversão do papel do Estado, sendo duvidosa até mesmo sua constitucionalidade. Uma vez que a Constituição de 88 é um Documento Dirigente (Canotilho), com uma marca compromissória, a inversão do papel do Estado, como pretende a reforma, por um lado, mostra-se em desacordo com o projeto inicial da constituição e, de outro, transparece a finalidade da proposta, se lida em sua inteireza.

De fato, entende-se que os objetivos constantes no art. 3º da Constituição Federal não conformam uma desidratação do Estado-Administração da forma como é apresentada na proposta. Aqueles objetivos citados, obviamente, precisam de instituições capazes de

⁴⁶ ABOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas câmara sobre penhora on-line, **Revista de Processo**, v. 25, p. 1-8, 2016.

⁴⁷ DAVIS, Kenneth. **Culp. Discretionary Justice**: a preliminary inquiry. Louisiana: Louisiana University Press, 1977. n. I, p. 3.

⁴⁸ Tradução nossa: Onde o Direito termina, a discricionariedade inicia.

⁴⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Estado da Economia**: A administração pública dos cupons. Consultor Jurídico: 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 08-10-2020.

formular e concretizar políticas públicas. A minimização do Estado é totalmente contrária a essa finalidade⁵⁰.

Por isso se faz necessário uma análise do discurso da reforma, visto que permite, na sua totalidade, conceber uma ideia central que dá suporte ao projeto que se pretende. A criação de um tal “princípio” da inovação, numa abordagem mais ampla da Reforma, parece ser uma forma de já previamente garantir reformas posteriores, via legislação infraconstitucional, no sentido de concretizar o que se pretende com o “princípio” da subsidiariedade, ou seja, uma atuação excepcional do Estado.

Conclusões

Este trabalho teve como objetivo analisar um ponto específico da Proposta de Emenda Constitucional visando à Reforma Administrativa, qual seja, o impacto da positivação da inovação como “princípio” no art. 37 da Constituição Federal.

Primeiramente, a partir da análise do discurso, buscou-se examinar o que há de subjacente na linguagem versada pelo Ministro da Economia, na justificativa apresentada para reformar o texto constitucional. O que se pretende, em linhas gerais, é uma aproximação do Estado à lógica empresarial, a partir do ainda vívido viés neoliberal. A CF novamente é utilizada como álibi, como se o desafio de concretizar justiça social sempre estivesse a depender de reformas, que alimentam a esperança da sociedade, mas, na realidade, servem mais para procrastinar soluções efetivas.

Após, na segunda seção do artigo, pretendeu-se estabelecer a necessária diferença entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo, a fim de denunciar como a concepção do neoconstitucionalismo à brasileira trata os princípios na acepção de abertura para a valoração. Desse modo, mostramos o que pode ser entendido como princípio e o que não é um princípio autêntico. Por fim, estabelecemos uma diferença entre argumentos de princípio e argumentos de política, a fim de podermos esmiuçar, na terceira seção, a natureza do axioma inovação proposto pela reforma.

⁵⁰ Conforme Streck: “No Brasil – e aqui aparece mais claramente a necessidade de uma Teoria da Constituição (Dirigente) Adequada -, a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo Direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a construção de um Estado Social).” STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 125-126.

Nesse sentido, concluiu-se que inovação não se trata de um princípio jurídico. Com base nisso, foram consideradas as consequências negativas com a inadequação da proposta analisada. De fato, a positivação da inovação conseguiria alimentar dois tipos de discricionariedade: a judicial e a administrativa, em verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, fundamentou-se a impossibilidade de existência de discricionariedades em uma verdadeira democracia.

Além disso, procurou-se demonstrar que a inserção da inovação na Constituição está associada a um projeto de inversão do papel do Estado-Administração, sendo discutível a sua própria constitucionalidade, tendo em vista o ideal compromissório da Carta de 88.

A título de conclusão, com o presente trabalho pretendeu-se demonstrar que não se trata de negar a introdução de ferramentas capazes de favorecer o funcionamento da máquina estatal, sob uma ideia de “inovação”. Isso, na verdade, deve ser continuamente perseguido. No entanto, programas dessa natureza podem ser construídos a partir de leis pontuais ou por intermédio de atos administrativos próprios para esse tipo de medida. O que se entende como erro, com repercussões negativas para a Autonomia do Direito, é a tentativa de positivar “princípio” que não contempla os elementos dessa forma de padrão jurídico de decisão.

Referências

ABBOUD, Georges. Onde a discricionariedade começa, o direito termina: comentário ao voto proferido por Alexandre Freitas Câmara sobre penhora on-line, **Revista de Processo**, v. 25, p. 1–8, 2016.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3.^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BALERA, José Eduardo Ribeiro. **Discricionariedade Administrativa E Responsabilidade Decisória: Uma Leitura Contemporânea**. Revista Direito em Debate, v. 28, n. 52, p. 125–142, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Estado da Economia: A administração pública dos cupons**. Consultor Jurídico: 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 08 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Caderno do MARE n° 10. Questões sobre a Reforma Administrativa**, 1995.

BRASIL. Poder Executivo. **Apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n° 32/2020**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n° 28.178/DF**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 7 out. 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308013235&ext=.pdf> Acesso em: 14 out. 2020.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

DAVIS, Kenneth. **Culp. Discretionary Justice: a preliminary inquiry**. Louisiana: Louisiana University Press, 1977. n. I, p. 3.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CRESTANI, M. ; TRINDADE, J. F. . Se o “Princípio” da inovação é um princípio e os riscos à autonomia do direito. In: DOTTA, A.G.; CASIMIRO, L. M. (Orgs.). **Direito administrativo do Pós-Crise**. Curitiba: GRD, 2020. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.13166720.v4> ISBN978-65-992732-2-3

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Traduzida por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3.^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1984.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MOTTA, Francisco José B. **Levando o direito a sério: Uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro**. 2009. Dissertação (Mestrado) - Unisinos, São Leopoldo, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Ranking de Transparência no combate à COVID-19**. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 10 out. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CRESTANI, M.; TRINDADE, J. F. . A errônea tentativa de inovar por princípio: um estudo sobre as características da inovação no Direito Administrativo: The erroneous attempt to innovate by principle: a study on the characteristics of innovation in Administrative Law. **Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas (Brazilian Journal of Law Research)**, Avarré: Eduvale, v. 1, n. 3, p. 97-117, 2020. DOI: 10.51284/rbpj.01.mc. Disponível em: <https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/17>. Acesso em: 15 dez. 2020.