I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-026-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública III, durante o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020. Cabe ressaltar a magnitude do evento diante do momento presente, no qual vivenciamos uma das maiores pandemias da história - a Covid-19. E mesmo diante de tantas adversidades atingiu seu escopo com grande sucesso. O encontro ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, reunindo um amplo, qualificado e diversificado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com produções científicas marcadas pela destacada pertinência acadêmica e substancial importância empírica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISES. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 20 (vinte) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares. Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Discricionariedade administrativa e segurança jurídica; Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise do controle judicial da atuação administrativa discricionária sob a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Administrativo (Cleonácio Henrique Afonso Silva, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Daniel Ferreira dos Santos); 2) Espetacularização do Controle e o Déficit de eficiência nas políticas de desapropriação (Sílzia Alves Carvalho e Daniel Lopes Pires Xavier Torres); 3) Limites Impostos pela

LINDB ao poder sancionador exercido pela Corte de Contas potiguar(José Anderson Souza de Salles); 4) O perigo do controle judicial sobre os atos normativos regulatórios discricionários das agências reguladoras federais, quando exorbita a sua legitimidade constitucional de atuação e substitui o administrador (Carolina Feitosa Cruz Cabral); 5) O assédio moral na Administração Pública como ato de improbidade: o direito à dignidade humana no trabalho (Marlisa Ramos de Oliveira, Giovana Tognolo Vilela Macedo e Felipe Pedroso dos Santos); 6) Das sanções administrativas no âmbito das licitações (Renata Souto Rocha e Sarah Lara Alves Martins); 7) O controle (não) consensual dos acordos firmados na fase inquisitória e preparatória à ação de improbidade administrativa (Flávia Baracho Lotti Campos de Souza), e 8) A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos frente aos seus usuários: uma análise crítica sobre o tema (Sandro Eduardo Roussin Soares).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo Discricionariedade administrativa e segurança jurídica, foram apresentados os trabalhos 1) Discricionariedade administrativa: o conceito de interesse e a falsa concepção da supremacia a priori do interesse público (Sérgio Augusto Veloso Brasil); 2) Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper (Gláucia Milagre Menezes e Ricardo Torres Oliveira); e 3) Segurança Jurídica e estabilização na interpretação de normas de conteúdo indeterminado na atividade administrativa (Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro e Ivan Lira de Carvalho). Assim, o administrador público, com intuito de proporcionar a prestação de serviços à sociedade civil não pode afastar-se da necessária e imprescindível submissão aos termos legais e constitucionais. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública, com um conjunto de 9 (nove) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) O direito ao erro do administrador público e o dever de precaução (Fernando Angelo Ribeiro Leal); 2) Regulação paternalista em tempos de pandemia (André Martins Bogossian); 3) O princípio da eficiência na atividade regulatória brasileira (Ana Flávia Lins Souto); 4) A força normativa das agências reguladoras no Estado brasileiro: similitudes e diferenças do modelo americano (Kelly Helena Santos Caldas, Miriam Coutinho de Faria

Alves e Tâmis Hora Batista Fontes Couvre); 5) A aplicação analógica da nova Lei Geral das Agências Reguladoras ao regime especial de autarquias tradicionais (Daniela dos Santos Ferreira de Almeida); 6) Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência (Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal); 7) Controvérsia na aplicação da obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas (Melissa Lara Andrade); 8) Gestão de Parques Urbanos Municipais por particulares; reflexões sobre a utilização da concessão de serviço público à luz da experiência do município de São Paulo (Juliana Patricio da Paixão) e 9) A competência do Poder Executivo estadual para decretar o fechamento de rodovias e aeroportos durante o estado de calamidade (Lucas Fagundes Isolani e Rafael Clementino Veríssimo Ferreira). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

Nota técnica: O artigo intitulado “Reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública III apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme

previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO AO ERRO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO E O DEVER DE PRECAUÇÃO

PUBLIC AGENTS' RIGHT TO ERROR AND PRECAUTIONARY PRINCIPLE

Fernando Angelo Ribeiro Leal

Resumo

Neste trabalho, argumenta-se que as recentes inclinações pragmáticas no direito administrativo criam desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais para o funcionamento do Estado Administrativo. O reconhecimento de um direito ao erro do administrador público e a sua possível compatibilidade com o dever de precaução é tema que passa por cada uma daquelas quatro dimensões. Colocá-los em equilíbrio requer a superação da associação entre precaução e proibição, na medida em que ela é anticientífica, conduz à onipotência de órgãos de controle e refratária ao erro.

Palavras-chave: Direito ao erro, Precaução, Controle de decisões administrativas, Conhecimento científico, Estado administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper I claim that the recent pragmatic turn in administrative law sets theoretical, doctrinal, methodological, and institutional challenges to the operation of the Administrative State. The acceptance of a right to error for public agents and its possible consistency with the precautionary principle is a topic which runs through each of those four dimensions. To put them in balance requires overcoming the connection between precaution and prohibition, since this link is unscientific, leads to omnipotence of control bodies and rejects any possibility of error.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to error, Precautionary principle, Control of administrative decisions, Scientific knowledge, Administrative state

1. Introdução

As inclinações pragmáticas no direito público, que têm na reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovida pela lei 13.655/18 o principal marco da sua positivação, sustentam-se essencialmente sobre quatro pilares. Do ponto de vista *teórico*, as transformações que se pretende promover no direito brasileiro se inspiram no pragmatismo jurídico, que se apresenta como alternativa à complexidade, às abstrações e aos conceitualismos que marcam os excessos da constitucionalização do direito (Leal, 2017), sobretudo das aproximações entre direito constitucional e direito administrativo que marcaram a primeira onda de transformações do direito administrativo no Brasil nas últimas décadas (Baptista, 2003)[1]. A referência mais explícita aos tipos de problemas que decorrem de uma aproximação festiva da teoria constitucional no direito administrativo está no uso pouco parcimonioso de princípios constitucionais vagos para a sustentação de decisões, o que tem produzido níveis elevados de insegurança jurídica nas esferas administrativa, controladora e judicial[2]. No centro da apropriação pelo discurso jurídico desse pragmatismo está a preocupação com as *consequências práticas* das decisões[3], em pretensa substituição às tentações para se "julgar nas nuvens" (Sundfeld, 2014, p. 79), recorrentes no trabalho com ideias como "moralidade", "interesse público" e "razoabilidade".

As alterações normativas produzidas por essas inclinações exigem, como segundo pilar fundamental, o desenvolvimento de uma *dogmática* capaz de permitir que a compreensão dos textos e dos processos jurisprudenciais de sua interpretação preparem a decisão jurídica de maneira previsível e estável, impedindo que respostas para problemas práticos sejam construídas independentemente do material autoritativo do direito e a partir de esforços de concretização direta de empreendimentos teóricos ou referenciais vagos[4] que permitem, no limite, que "juristas se comportem como constituintes permanentes"

---

[1] Os principais efeitos da constitucionalização do direito administrativo podem ser notados "na submissão da Administração aos direitos fundamentais, nas garantias de maior participação dos administrados nas decisões da Administração e na redução crescente do âmbito de atuação discricinária do administrador (v.g. a constitucionalização dos princípios da moralidade e da eficiência, bem como o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade)" (Baptista, 2003, p. 57).

[2] Tanto é assim que o artigo 20 da LINDB faz referência explícita a "valores jurídicos abstratos", quando dispõe: "[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão".

[3] Os pilares centrais do pragmatismo jurídico divulgado no país estariam no (i) antifundacionalismo, (ii) contextualismo e (iii) consequencialismo. V. Binenbojm, 2017, p. 53, Mendonça, 2018, p. 31. Para uma apreciação crítica dessa caracterização v. Arguelhes e Leal, 2009.

[4] A ausência de dogmática é um dos problemas da constitucionalização do direito. Sobre essa carência na constitucionalização do direito civil, v. Leal, 2016.

(Sundfeld, 2012, p. 52). Se a busca por uma "dogmática legitimadora" de um direito administrativo constitucionalizado (Baptista, 2003, p. 29) promoveu *releituras* de categorias tradicionais do direito administrativo, como legalidade e discricionariedade, a *revisão* de pilares estruturantes desse campo, como a ideia de uma supremacia do interesse público sobre o interesse particular, e a *inclusão* no vocabulário de administrativistas de novas expressões, como "capacidades institucionais" (Sunstein e Vermeule, 2003), o avanço pragmático sobre a área também passa a exigir o desenvolvimento de atividades semelhantes. Esforços dogmáticos se tornam, nesse quadro de mutações de alguns dos referenciais básicos para a compreensão da disciplina, essenciais para a superação de novos desafios, como os que envolvem, por exemplo: (i) a operacionalização de raciocínios consequencialistas no direito, (ii) a sua compatibilização com a segurança jurídica que inspira e acompanha essas mutações, (iii) o papel da participação nos processos de formação de uma vontade adminstrativa sensível aos efeitos práticos de suas escolhas, (iv) a incorporação adequada do conhecimento científico nos processos decisórios, (v) os limites para a celebração de acordos e outras formas de negociação pela Administração Pública, (vi) a definição de parâmetros de controle de decisões administrativas preocupadas com a realidade e que se justificam sobre prognoses e (vii) a própria convivência entre os legados positivos da aproximação inevitável entre direito administrativo e direito constitucional e a pretensão de reorientação pragmática da disciplina.

Do ponto de vista *metodológico*, a preocupação com as consequências aliada à necessidade de se levar a sério desafios fundamentais do Estado Administrativo (Vermeule, 2013), como a abertura *democrática* dos processos de formação, controle e crítica da vontade da Administração, e o *conhecimento*, que impõe diálogos entre o direito e a ciência para a sustentação de prognoses sobre os impactos futuros de escolhas administrativas, exigem novas ferramentas para organizar e orientar a justificação de decisões. Nesse contexto, sem embrago da utilidade de outros mecanismos mais tradicionais para o desempenho dessas tarefas, como a proporcionalidade, a análise de impacto regulatório se apresenta como o candidato mais promissor (Leal, 2019).

O quarto pilar, por fim, é de natureza *institucional*. A atuação de uma Administração mais preocupada com os efeitos práticos de suas decisões em uma realidade marcada pela pluralidade e pela complexidade exige um repensar da conformação interna de entidades da Administração e das suas relações com outras instituições, notadamente as de controle

externo, em pelo menos dois sentidos. Internamente, coloca-se o desafio de ampliar as *capacidades institucionais* para permitir que gestores reais possam estar nas melhores condições possíveis, especialmente em termos informacionais, para decidir em contextos de incerteza. Externamente, as inclinações pragmáticas exigem novos parâmetros para se definir a intensidade do controle de escolhas administrativas, de modo que posturas mais deferentes ou mais incisivas sejam calibradas também em função dos limites da realidade, do estágio de evolução do conhecimento científico que informa a decisão administrativa, do reconhecimento de espaços de incerteza intransponíveis e da comparação entre capacidades institucionais.

Nesse contexto de desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais postos por esforços doutrinários e legislativos para conduzir o direito administrativo a um "giro pragmático" (Binenbojm, 2017, p. 51), este trabalho se coloca prioritariamente entre os dois últimos. O problema que se pretende enfrentar pode ser resumido na pergunta: o reconhecimento a um direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? A colocação da questão se justifica porque, ao mesmo tempo em que o artigo 28 da LINDB[5] garante espaços para a acomodação de erros de administradores sem que isso implique responsabilidade pessoal fora dos casos de *dolo* ou *erro grosseiro*[6], o chamado "princípio da precaução" pode se apresentar, dependendo de como for compreendido, como barreira intransponível para a justificação de decisões cujos efeitos sejam capazes de afetar negativamente a saúde e o meio-ambiente. Por esse motivo, parece clara a urgência em se harmonizar o comando legislativo com um parâmetro tradicional de controle.

Para enfrentar o problema, este trabalho se estrutura, além desta introdução, em outras duas partes. Na primeira, sustenta-se a existência de um direito ao erro do administrador público com base no artigo 28 da LINDB e em pressupostos pragmáticos, sobretudo a partir de limites estruturais de raciocínios consequencialistas. Na segunda, são explorados sentidos diferentes do dever de precaução e problematizadas versões fortes da norma, notadamente a que a aproxima de um dever de proibição. Em um segundo momento, analisa-se a leitura apresentada pelo ministro Barroso na medida cautelar ADPF 669/DF

[5] A compreensão adequada do dispositivo legal certamente coloca desafios também dogmáticos preocupados com a sua operacionalização. Embora esse tema não seja enfrentado especificamente neste trabalho, é possível localizar esforços nesse sentido. V., por exemplo, Dionísio, 2019, cap. 5.

[6] Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

para a precaução, considerada também problemática para que o direito possa acomodar erros de administradores em suas fronteiras. Ao final, defende-se que a compatibilização entre espaços legítimos ao erro administrativo e o dever de precaução como parâmetro de controle requer versões mais fracas desta norma, como a que impõe o ônus de busca pela melhor tecnologia disponível para a mensuração dos impactos de escolhas administrativas.

2. O direito ao erro do administrador público

A possibilidade de o direito acomodar erros é um problema tradicional. Na filosofia do direito, uma das maneiras mais comuns de se encarar as relações entre o erro e a natureza do direito está na investigação dos efeitos de decisões de autoridades jurídicas que podem ser consideradas moralmente questionáveis sobre a sua validade. Em outras palavras, o que se discute é se o erro resultante de um defeito determinado a partir de parâmetros morais de uma norma ou decisão conduz à sua invalidade[7].

No plano das inclinações pragmáticas no direito público, a possibilidade de o direito acomodar decisões erradas, no sentido de o erro não implicar nulidade da atuação administrativa ou possibilitar a responsabilização individual do gestor público (Dionísio, 2019, p. 71-75), torna-se um problema quando colocado diante de pressupostos e referenciais exigentes de legitimação da atuação administrativa, como (i) uma concepção de legalidade atrelada à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, (ii) a plena racionalidade de agentes públicos para a justificação de decisões e (iii) a existência de uma relação de desconfiança entre o administrador público e a coletividade em razão de interesses assimétricos[8]. Nessa concepção ao mesmo tempo excessivamente desconfiada do gestor público e idealizadora tanto dos potenciais do direito positivo para conduzir a atuação administrativa como das capacidades do administrador para fornecer razões completas para justificar as suas escolhas, o erro se torna um corpo estranho e, por isso, inaceitável.

O olhar pragmático sobre a atuação administrativa, no entanto, precisa rejeitar esses pressupostos por sua incompatibilidade com os seus pilares fundamentais. Isso porque tornar processos decisórios sensíveis a consequências requer levar a sério que os efeitos de

[7] V. por exemplo, Alexy, 2006.
[8] Para alguns desses problemas, v. Dionísio, 2019, p. 35-36.

alternativas de decisão nem sempre são antecipáveis. O futuro nem sempre é certo e a assimetria necessária entre o futuro que imaginamos agora e o futuro que realmente se fará presente (Luhmann, 1981, p. 6-7) coloca o erro como uma possibilidade a ser naturalizada, no sentido de a presença de divergência entre *prognóstico* – mesmo aquele amparado sobre o melhor conhecimento científico disponível – e *resultado* ser sempre uma possibilidade em raciocínios consequecialistas complexos (*i.e.* aqueles em que as relações entre alternativas decisórias e consequências não se colocam de maneira *determinística* (Peterson, 2009, p. 103)). Essa necessidade de tolerância ao erro se torna indispensável em contextos decisórios marcados por risco ou incerteza radical[9]. Nessas situações, o conhecimento disponível nem sempre permitirá o desenvolvimento de prognoses infalíveis. Em algumas, o erro será, ele mesmo, *inevitável*, caso em que não faz sentido responsabilizar o administrador (Dionísio, 2019, p. 79).

Ao mesmo tempo, buscar uma concepção de racionalidade contextual e não fundacionalista capaz de orientar processos decisórios reais requer considerar o que se pode esperar de decisores *também* reais. Nesse aspecto, dado que tomadores reais de decisão agem sob condições de *racionalidade limitada*, nem sempre será possível que a justificação de suas decisões se aproximem do ideal de um agente maximizador. Ao contrário do que modelos econômicos pressupõem, possuímos memória limitada, habilidades computacionais limitadas e cometemos erros lógicos e matemáticos (Adler, 2008, p. 4)[10]. Reconhecer a racionalidade limitada não significa, porém, afirmar que pessoas de carne-e-osso são seres irracionais. "Pessoas tomando decisões pretendem agir racionalmente. O problema é que nem sempre são capazes de fazê-lo" (Jones, 1999, p. 298). E porque nem sempre conseguem fazê-lo é que a justificação do erro nas fronteiras do direito se torna um

[9] A distinção é de Knight, 1921, p. 19-20. Para o autor, enquanto decisões sob condições de risco são aquelas cujas relações entre alternativas decisórias e consequências se colocam de maneira probabilística (o que torna a incerteza mensurável ou quantificável por meio da fixação de probabilidades de ocorrência de estados do mundo), decisões sob condições de incerteza (ou ignorância) são carcaterizadas pela impossibiliadde de atribuição de probabilidades aos estados do mundo associados às alternativas de decisão ou mesmo pela impossibilidade de conhecimento das próprias consequências vinculadas àquelas últimas.

[10] Estudos cognitivos realizados na segunda metade do século passado inspirados no ataque geral de Simon, notadamente os conduzidos por Daniel Kahneman e Amos Tversky (v., para uma iniciação no assunto, Kahneman e Tversky, 2012), revelaram como fatores intuitivos interferem nos nossos julgamentos. O conceito de racionalidade limitada se completa, assim, pela conclusão de que a observância de certos padrões de decisão baseados na experiência (as chamadas heurísticas) nos leva a cometer com alguma frequência erros cognitivos em casos particulares, produzindo vieses cognitivos. O mapeamento dessas heurísticas e de como elas influenciam processos de conhecimento e de decisão amplifica o argumento de que nós não somos seres completamente racionais nos termos pressupostos por modelos decisórios.

problema central de uma concepção pragmática de desenho e funcionamento do Estado Administrativo.

De fato, o administrador público nem sempre decide sob condições de certeza a respeito dos efeitos que as suas escolhas produzirão na realidade ou é capaz de reunir as informações necessárias para privilegiar uma decisão ótima sem incorrer em custos muito altos ou mesmo proibitivos. Em cenários desse tipo, a urgência que justifica a adoção de medidas rápidas, como aquelas destinadas a lidar com a pandemia do covid-19, submete ao teste da realidade qualquer pretensão de que a atuação administrativa se desenvolva sem equívocos. Daí o reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro, como bem argumentam Binenbojm e Dionisio (2020), a um *direito ao erro do administrador*.

Admitir espaços de tolerância ao erro, contudo, não significa que qualquer escolha administrativa deve ser considerada definitivamente blindada contra juízos críticos, especialmente de controladores. Mas a simples possibilidade de controle não deve levar o gestor público à adoção de posturas permanentemente conservadoras ou, no limite, à inação por medo de assumir riscos. O controle excessivamente exigente, ao contrário do que pode parecer, inibe a atuação eficiente da Administração, ao elevar radicalmente – mesmo como externalidades negativas da busca por níveis ideiais de *accountability* – custos de decisão e de oportunidade sem que benefício proporcional seja obtido (Dionísio, 2019, p. 12). Afinal, o medo de uma atividade de controle que pode sempre reprovar *ex post* decisões administrativas incentiva o gestor público a ser absolutamente avesso a inovar. Um ponto ótimo deve ser buscado entre controle e eficiência para o reconhecimento de legítimas margens de conformação administrativas (Baptista, 2003, p. 23). Longe "desse sistema de equilíbrio" (Baptista, 2003, p. 23), os excessos do controle "acabam por trazer maiores malefícios ao interesse público do que vantagens" (Dionísio, 2019, p. 13).

Erros, notadamente os que decorrem da apreciação dos fatos necessários para informar uma decisão ou superar um problema de interpretação do direito, devem ser considerados toleráveis[11]. Fora das hipóteses de atuação dolosa ou não diligente que leva a

[11] Não se inclui entre as possibilidades de erro lícito do administrador aqueles decorrentes da superação de problemas estritamente normativos, como os que envolvem a interpretação de um texto (em sentido contrário, Dionísio, 2019, p. 2) ou a determinação de relação de prioridade entre objetivos constitucionais colidentes em casos que não envolvem a superação de problemas relacionados ao conhecimento de fatos. Sustentá-lo é certamente possível, mas não me parece que a chave "certo/errado" seja a mais apropriada para fazê-lo, por trazer mais problemas do que possibilitar clareza ou consensos. Isso porque uma teoria sobre o erro precisa pressupor, ainda que não exclusivamente, algum tipo de critério ou teoria capaz de determinar quando se decide erradamente (Sunstein e Vermeule, 2003, p. 914) e, naqueles casos, a sustentação do erro levaria a

“erros grosseiros”, como dispõe o artigo 28 da LINDB, o erro deve ser considerado parte do processo de tomada de decisões complexas. Aceitá-lo em algum grau, na verdade, funciona como condição de possibilidade para que a atividade de controle não termine por inibir a busca por soluções experimentais ou inovadoras pela Administração. Apenas em circunstâncias excepcionais, por isso, alegam com razão os aludidos autores (Binenbojm e Dionisio, 2020), o gestor público poderá ser pessoalmente responsabilizado. Nos demais casos, o reconhecimento a um direito ao erro deve conduzir, em regra, a maiores níveis de deferência, ainda que não absolutos, por parte de controladores.

3. A precaução como possível problema

O reconhecimento de um direito ao erro do administrador, no entanto, encontra desafios práticos quando se tenta harmonizá-lo com determinados parâmetros tradicionais de controle. A crítica baseada em soluções ideais, com o consequente descarte de decisões do tipo *second-best* (Vermeule, 2005), e o recurso a princípios vagos de compreensão rígida são os principais adversários do tipo de pragmatismo que inspirou as recentes reformas no direito público brasileiro e que justifica a existência de espaços de tolerância ao equívoco no agir administrativo.

Nesse quadro de tensões, especial atenção deve ser dada ao papel da precaução como mecanismo de controle. Isso porque a defesa da existência de um direito ao erro do administrador encontra limites severos na aproximação do dever de precaução a um dever de proibição, que impede a implementação de quaisquer medidas que possam trazer algum

---

argumentação fatalmente a uma disputa de segunda ordem a respeito da adequação de diferentes teorias *normativas* sobre o que se possa considerar uma resposta jurídica construída a partir de uma série de juízos de valor como “errada”. Esse tipo de debate, ademais, também pode incluir discussões metaéticas sobre o conhecimento, a universalidade e a objetividade de proposições morais. Nos casos em que a incerteza recai sobre juízos de valor, por isso, a aferição de erro fora do que se possa considerar “erro grosseiro”, como aquele que simplesmente assume o significado absurdo de referências textuais sem nenhum elemento normativo adicional capaz de justificar a extensão do âmbito de aplicação da regra ou a sua derrotabilidade, pode ser algo altamente complexo e sem referenciais claros para a identificação do erro. O que uma determinada teoria pode considerar “decisão errada” pode ser simplesmente uma divergência entre pressupostos não compartilhados por outras teorias que possam eventualmente sustentar a mesma decisão como “certa”. A associação do erro lícito com problemas factuais, no entanto, parece menos problemática, especialmente em um contexto que incentiva argumentações consequencialistas, ao permitir em algum nível, ainda que *ex post* e com pouca frequência, a falsificação de afirmações sobre a realidade atual ou sobre como a realidade pode ser alterada no futuro. Argumento dessa natureza foi defendido por José Vicente Santos de Mendonça (2018b) para sustentar uma preferência de raciocinios consequencialistas, mesmo baseados sobre intuições, sobre as incertezas típicas de juízos de valor que norteiam a concretização e a ponderação de princípios constitucionais. Para um enfraquecimento da tese, se negá-la, v. Leal, 2018b.

risco para a saúde ou o meio-ambiente. Se em vez de a norma implicar um dever de *administrar* riscos, ela impuser uma proibição de *correr* riscos quando pelo menos um daqueles direitos estiver em jogo, sobra pouco espaço para medidas específicas passarem por teste tão rigoroso. Em cenários em que a ciência ainda tem ainda pouco a dizer sobre determinados temas que afetam objetivos constitucionais importantes, como os direitos fundamentais à saúde e ao meio-ambiente, o que a precaução, afinal, permite? O que não pode ser considerado erro grosseiro?

3.1.Precaução como proibição?

Debates sobre o sentido do dever de precaução problematizam o seu real alcance. Mesmo que a precaução não seja um princípio jurídico[12], na medida em que a ela não se pode vincular um estado de coisas independente, mas uma *meta-regra* de decisão aplicável para lidar com problemas de decisão que se colocam sob condições de incerteza, marcados pela impossibilidade de a ciência determinar ou indicar a probabilidade de ocorrência de possíveis danos que medidas específicas podem produzir para a saúde ou o meio-ambiente (esses, sim, os princípios restringidos) (Leal, 2018), não é claro o que ela efetivamente prescreve[13]. Em outros meios, apesar do seu inegável caráter simbólico para a devida proteção de direitos fundamentais, é incerto o que o dever de precaução exige de tomadores reais de decisão e como se deve implementá-lo (Jordan e O'Riordan, 1994, p. 3).

Comumente, seguir o dever de precaução se concretiza por meio de diretrizes vagas, como "evite passos que possam criar risco de dano" (Sunstein, 2003, p. 1003). Essa amplitude possibilita que diferentes prescrições estejam a ele associadas. No caso brasileiro, a identificação de um sentido preciso vinculado ao dever de precaução não é simples, especialmente pelo apelo frequentemente retórico e meramente nominal ao "princípio da precaução". Antunes (2016) se refere a uma aplicação "aleatória" e "panfletária" da norma, "dado que se tem constatado uma hipertrofia na utilização dos princípios no direito brasileiro, com o estabelecimento de um ambiente regulatório muito

[12] No RE 627189 / SP, por exemplo, o Supremo aproxima a precaução de uma meta-regra de decisão, ao defini-la, conforme item 2 da ementa, como "*um critério de gestão de risco* a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais" (ênfase acrescida).
[13] Para um desenvolvimento mais profundo do argumento v. Fraga, 2019, p. 75 ss.

inseguro e, portanto, imprevisível" (Antunes, 2016, p. 85). Fraga (2019, p. 102)[14], após analisar 124 decisões do Supremo Tribunal Federal, conclui:

> "apesar de iniciativas pontuais e dos próprios parâmetros definidos por maioria no RE 627.189/SP (com repercussão geral), o STF de um modo geral parece ainda aplicar o PP como um princípio mais genérico e sem extrair dele um direcionamento específico sobre como se deve agir diante de incertezas científicas. Análise essa que acaba ocorrendo de modo casuístico, o que ocasiona as diversas inconsistências em sua aplicação pelo tribunal" (Fraga, 2019, p. 151).

Em esforço analítico e compreensivo destinado a identificar os deveres associados à precaução, Stewart (2002, p. 76) tenta agrupar as suas diferentes versões em quarto grandes categorias, que incluem versões mais fortes ou mais fracas das prescrições associadas à norma. Em uma primeira versão, a precaução prescreveria que a implementação de decisões administrativas não deveria ser automaticamente impedida pela presença de incerteza científica sobre atividades que representem risco de danos substanciais (precaução *não excludente*). Em uma segunda leitura, a precaução exigira uma *margem de segurança*, limitando atividades abaixo de determinado nível em que efeitos perversos não possam ser encontrados ou antecipáveis. A terceira acepção vincula à precaução o dever de busca pela aplicação dos melhores recursos tecnológicos disponíveis em atividades que possuem potencial incerto para produzir danos substantivos, salvo quando os seus defensores mostrarem que elas não apresentam risco calculável (precaução como implementação da *melhor tecnologia disponível*). Em sua versão mais forte, finalmente, a precaução consistiria em um efetivo dever de *proibição*. Nesse último caso, deveriam ser proibidas as atividades que possuam potencial incerto para produzir dano substancial, a menos que os seus defensores sejam capazes de evidenciar que elas não apresentam nenhum risco calculável.

Apesar de sua inegável presença e influência em diversos ordenamentos jurídicos, a formulação mais *forte* é altamente controvertida e se apresenta como a mais problemática para a devida compatibilização entre o reconhecimento de um direito ao erro do administrador e o dever de precaução. Em sua versão mais exigente, a precaução não é

[14] Segundo a autora, foram analisados 18 acórdãos, 93 decisões monocráticas, 12 decisões da presidência e 1 repercussão geral.

desconhecida na prática decisória do Supremo (Fraga, 2019, pp. 140-147) e provavelmente de outros tribunais, o que reforça a sua posição como problema.

As críticas direcionadas à equiparação entre precaução e proibição basicamente sustentam que a primeira (i) desencoraja o progresso e o desenvolvimento, (ii) produz uma excessiva aversão ao risco e (iii) é anticientífica (Resnik, 2003). Para Sunstein, uma versão forte da precaução e simplesmente paralisante, na medida em que não orienta, mas tudo proíbe (Sunstein, 2003, 1020). Isso porque, em primeiro lugar, mesmo uma mínima probabilidade de ocorrência de dano já poderia ser considerada inaceitável pela norma. A simples constatação de dissenso na comunidade científica se torna, nessa leitura mais radical, condição suficiente para descartar qualquer medida, qualquer proposta, qualquer tentativa de inovação[15].

Em segundo lugar, uma "visão absolutizadora da precaução, além de reduzir excessivamente os espaços para o compartilhamento coletivo de riscos por meio de decisões legislativas, também subverte, em alguma medida, a própria lógica de funcionamento da ciência. A dúvida é substituída pela certeza – mas é aquela, e não esta, o motor do avanço no conhecimento" (Leal, 2018). Como diz Haack (2009, p. 7), "o negócio principal (*core business*) das ciências é a investigação; o objeto do empreendimento [científico] é descobrir respostas para perguntas sobre o mundo e como ele funciona". Essa é uma tarefa permanente, em cujo desenvolvimento a ciência não assume nenhum conhecimento como definitivo. Assim, a incerteza e a falibilidade do conhecimento são traços imanentes da ciência que, por estarem em tensão com as pretensões de estabilidade, certeza, previsibilidade e, às vezes, de proteção inegociável de certos valores – notadamente os direitos fundamentais –, precisam ser consideradas para a devida harmonização entre os dois domínios quando problemas relacionados ao conhecimento de fatos são cruciais para

[15] A visão mais radical da precaução não está necessariamente associada à promoção de valores absurdos. Para Sunstein (2003, p. 1055), aqueles que endossam o princípio da precaução respondem a motivações políticas ou morais salutares que imaginam ser incorporadas pelo princípio. Para o autor "[w]ell-organized private groups sometimes demand conclusive proof of harm as a precondition for regulation; the demand should be firmly resisted because a probability of harm is, under many circumstances, a sufficient reason to act. Both individuals and societies have a tendency to neglect the future; the precautionary principle might be understood as a warning against that form of neglect. There are extremely good reasons to incorporate distributional considerations into risk regulation, and the precautionary principle seems, some of the time, to be a way to protect the most disadvantaged against risks of illness, accident, and death. Sometimes people try to reduce dissonance by thinking that actual risks are trivial; the precautionary principle might be a helpful counterweight to this mechanism. The problem is that the precautionary principle, as applied, is a crude and sometimes perverse way to promote these various goals, not least because it might be, and has been, urged in situations in which the principle threatens to injure future generations and to harm rather than to help those who are most disadvantaged" (Id.).

a justificação da resposta jurídica a ser privilegiada em um caso específico. Fazê-lo, no entanto, depende do reconhecimento, nas fronteiras do direito, de que a ciência convive com incertezas, o que exige recalibrar as pretensões de segurança típicas do direito para que os seus níveis de tolerância ao erro sejam ampliados. Isso significa abandonar uma versão forte de precaução e aceitar o erro como resultado possível de decisões jurídicas nas esferas administrativa, controladora e judicial.

3.2.Um novo desafio

Se, como visto, uma leitura extrema da precaução não é inédita na jurisprudência do Supremo, ela retorna na recente manifestação do ministro Barroso em favor da concessão de medida cautelar na ADPF 669/DF com uma nova roupagem – diferente, mas, independentemente da sua aplicação adequada no caso específico, igualmente problemática para o futuro. Em decisão que, nos termos da sua ementa, dizia respeito à constitucionalidade "[d]a contratação e veiculação de campanha publicitária, pela União, afirmando que 'O Brasil Não Pode Parar', conclamando a população a retomar as suas atividades e, por conseguinte, transmitindo-lhe a impressão de que a pandemia mundial (COVID-19) não representa grave ameaça à vida e à saúde de todos os brasileiros", afirmou o ministro:

> "Ainda que assim não fosse: que não houvesse uma quase unanimidade técnico-científica acerca da importância das medidas de distanciamento social e mesmo que não tivéssemos a agravante de reunirmos grupos vulneráveis em situações de baixa renda, o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência consolidada no sentido de que, em matéria de tutela ao meio ambiente e à saúde pública, devem-se observar os princípios da precaução e da prevenção. *Portanto, havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – a questão deve ser solucionada em favor do bem saúde da população*" (ênfases acrescidas).

Nessa nova versão, a precaução parece deslocar para o tribunal – ou qualquer outro controlador – o poder de definir qual solução em favor da saúde da população deve ser privilegiada nos casos de dúvida científica. E essa pode ser uma mensagem problemática para pautar o agir da Administração não só em um contexto singular, como o de pandemias, como em qualquer outro. Isso porque, se a manifestação do ministro, por um lado, deixa de

impor necessariamente um dever de proibição, por outro, ela segue questionável por duas razões.

Em primeiro lugar, a prescrição parece substituir, como centrais para a decisão, as incertezas relacionadas ao conhecimento de fatos pelas incertezas típicas que afetam a justificação de juízos de valor relacionados à promoção do bem "saúde da população". Isso mexe radicalmente com os ônus de argumentação que precisam ser superados para a justificação de uma decisão administrativa, ao recolocar os "valores jurídicos abstratos" contra os quais se insurge a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovida pela lei 13.655/18 na posição de protagonismo.

Em segundo lugar, ela é potencialmente exigente até que seja complementada por uma teoria sobre o erro administrativo no próprio Supremo. Isso porque o melhor para a saúde da população, segundo o juízo futuro do tribunal, poderia, ou não ser detectável no momento da decisão administrativa, ou, ainda que o fosse, depender da superação de custos muito altos ou proibitivos, sobretudo em função da urgência da decisão exigida do gestor público.

Em qualquer dos casos, sem que se defina quando a precaução pode acomodar erros que só se tornam claros *ex post*, o controlador pode, em nome da norma, rever qualquer escolha administrativa. Com a posição privilegiada de ter acesso a informações eventualmente novas, incluindo a prerrogativa de já poder considerar algumas consequências produzidas pelo ato que é chamado a avaliar, a precaução se torna instrumento para a onipotência do controlador e, assim, no limite, incompatível com deferência.

Ademais, em qualquer uma das interpretações do sentido de precaução atribuído pelo ministro fica difícil diferenciar o erro acomodável do erro que pode gerar a responsabilidade pessoal do administrador. Influenciado por um viés retrospectivo (*hindsight bias*), nada impede que o controlador tenda a considerar efeitos perversos produzidos por determinada decisão administrativa como mais antecipáveis do que realmente eram no momento da decisão. Isso porque o referido viés faz com que as pessoas, de uma forma geral, permitam que o seu conhecimento atual interfira nas suas percepções sobre o que poderia ter sido previsto no passado (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007, p. 25). Sob essa perspectiva que superestima as capacidades dos administradores de anteciparem efeitos que nem sempre poderiam ser previstos, a avaliação *ex post* do

controlador pode acabar se tornando mais rigorosa do que deveria. Assim, mesmo se afastando a precaução de um dever de proibição absoluta, o parâmetro de decisão "decisão em favor do bem saúde da população" impede que a norma seja útil para dirimir problemas de tomada de decisão sob condições de incerteza sobre fatos, na medida em que deixa completamente nas mãos do aplicador a definição em concreto do que deve ser feito. A precaução, assim, torna-se uma regra que pouco orienta. No limite, nada impede que ela se transmute, na prática, em uma releitura do dever de proibição.

4. Conclusão

As inclinações pragmáticas no direito administrativo criam desafios teóricos, dogmáticos, metodológicos e institucionais para o funcionamento do Estado Administrativo. O reconhecimento de um direito ao erro do administrador público e a sua possível compatibilidade com o dever de precaução é tema que passa por cada uma daquelas quatro dimensões. Em sua versão mais forte, agir com precaução significa proibição. Nesses termos, a mera possibilidade de erro não é tolerável. Em uma reformulação vazia que prioriza a decisão em favor de direitos fundamentais, como a saúde da população, a fórmula vaga, além de não impedir a aproximação entre precaução e proibição, cria novos problemas para a justificação de decisões, ao adicionar incertezas epistêmicas com as incertezas normativas vinculadas ao trabalho com objetivos jurídicos em colisão. Em qualquer das versões, a precaução desconsidera e, assim, subverte as engrenagens que regem o funcionamento da ciência[16]. Além disso, ela acaba por ampliar desproporcionalmente os poderes de órgãos controladores de decisões administrativas.

Evitar que os excessos de controle em nome da prioridade absoluta da saúde, da proteção ao meio-ambiente ou de qualquer outro direito fundamental acabem prevalecendo na prática exige um repensar das relações entre erro tolerável, incerteza científica e precaução que impeça os extremos da deferência acrítica e do ativismo retórico sustentado

[16] Segundo Schuartz, "a maquinaria da Ciência visa exaurir as possibilidades de negação e problematização de cada hipótese que vier a cair sob seus domínios; e este exaurimento obviamente incluirá todas aquelas hipóteses que, no Direito, deveriam figurar em inferências jurídicas como premissas epistemicamente robustas, apesar – devendo-se agregar: "e em virtude" – da sua sujeição, no âmbito dos procedimentos de adjudicação, a um mero "simulacro" dos rigores da referida maquinaria. A robustez das premissas factuais das quais necessitam os procedimentos de adjudicação para manter chances de erro e graus de aceitabilidade racional das decisões jurídicas em níveis controláveis somente se alcança às custas das potencialidades da Ciência." (Schuartz, 2009, p. 3).

por palavras de impacto, mas vazias. O primeiro passo para tanto está na defesa de versões mais fracas do dever de precaução, como aquela que, em vez de apostar na busca por respostas para problemas de decisão que, nos casos mais complexos, nem sempre poderá ser encontrada, impõe o ônus de busca pela melhor tecnologia disponível para a mensuração dos impactos de escolhas administrativas. A preferência por essa versão, que estabelece uum dever procedimental e distribui ônus de prova, não se justifica para legitimar condutas desidiosas ou irresponsáveis de agentes e gestores públicos, mas para tornar o erro, especialmente aquele que só pode ser conhecido *ex post*, uma possibilidade natural mesmo para quem age buscando, com cuidado e prudência, as melhores respostas em uma realidade subideal.

Referências

ADLER, Matthew D. **Bounded Rationality and Legal Scholarship**. Faculty Scholarship (University of Pennsylvania Law School). Paper 196, p. 1-27. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/196. Acesso em: 08 mai. 2018.

ALEXY, Robert. Effects of Defects—Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword's Law as a Moral Judgment. **Ratio Juris**, v. 19, nr. 2, p. 169-179, jun/2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da precaução no direito ambiental brasileiro. **Veredas do Direito**, v.13, n.27, p.63-88, Setembro/Dezembro de 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: Daniel Sarmento (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Poder de polícia, ordenação, regulação**: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. O direito ao erro do administrador público e a Covid-19 em contextos de emergência. **Consultor Jurídico**, 4 de abril de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-04/opiniao-direito-erro-administrador-publico-covid-19. Acesso em: 30/04/2020.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil**: contexto, fundamentos e parâmetros. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

FRAGA, Júlia Massadas Romeiro. **Precaução e direcionamento de condutas sob incerteza científica**. Dissertação de mestrado defendida no PPG em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27338/DISSERTACAO%20FGV_Julia%20Massadas%20Romeiro%20Fraga.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 30/04/2020.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Faculty Publications**, v. 93, paper 917, p. 1-43, 2007.

HAACK, Susan. Irreconcilable Differences? The Troubled Marriage of Science and Law. **Law and Contemporary Problems**, Vol. 72, nr. 1, p. 1-24, 2009.

JONES, Bryan D. Bounded Rationality. **Annual Review of Political Science**, n. 2, p. 297-321, 1999.

JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy. The precautionary principle in U.K. environmental law and policy. **Centre for Social and Economic Research on the Global Environment**. CSERGE Working Paper GEC 94-11. Londres: CSERGE, 1994, p. 1-35.

KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos. Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses. In: KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e Devagar: Duas formas de pensar**. São Paulo: Objetiva, 2012, p. 524-539.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. Boston/New York: The riverside press, 1921.

LEAL, Fernando. Seis objeções ao direito civil constitucional. In: Fernando Leal (Org.). **Direito Privado em Perspectiva**: teoria, dogmática e economia. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 87-142.

_____. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

_____. A retórica do Supremo: precaução ou proibição. **Jota**, 13/06/2016. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/retorica-supremo-precaucao-ou-proibicao-13062016>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. **Jota**, 01/10/2018. Disponível em: www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018. Acesso em 03/05/2020.

_____. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista brasileira de políticas públicas**, v. 9, nr. 3, p. 312-348, 2019.

_____. O direito ao erro do administrador público é compatível com o dever de precaução? **Jota**, 17/04/2020. Disponível em: https://www.jota.info/stf/supra/o-direito-ao-erro-do-administrador-publico-e-compativel-com-o-dever-de-precaucao-17042020. Acesso em 30/04/2020.

LUHMANN, Niklas. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, **Neue Hefte für Philosophie**, v. 20, Göttingen, 1981, p. 1-30.

MENDONÇA, José Vicente Santos de**. Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. Em defesa do consequenciachismo**. Revista Direito do Estado: Colunistas**, nr. 413, 2018. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vicente-santos-mendonca/em-defesa-do-consequenciachismo. Acesso em: 03/05/2020.

PETERSON, Martin. **An Introduction to Decision Theory**. New York: Cambridge University Press, 2009.

RESNIK, David B. Is the precautionary principle unscientific? **Stud. Hist. Phil. Biol. & Biomed. Sci.**, v. 34, p. 329–344, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito. Fgv Direito Rio – Textos para discussão. 38p. 2009. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2174. Acesso em 30/04/2020.

SIMON, Herbert A. Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science. **The American Economic Review**, vol. 49, n. 3, p. 253-283, 1959.

STEWART, Richard B. Environmental regulatory decision making under uncertainty. In: **An Introduction to the Law and Economics of Environmental Policy**: Issues in Institutional Design, v. 20, p. 71-126, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: ___. **Direito Administrativo Para Céticos**. 2ª. ed. São Paulo: Direito GV/ Malheiros, 2014, p. 205-229.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, 4, p. 885-951, 2003.

VERMEULE, Adrian. The Administrative State: Law, Democracy, and Knowledge. **Harvard Public Law Working Paper**, [s.l.], n 13-28, 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_ id=2329818. Acesso em 06.nov.2019. 06/11/2019.

_____. Three strategies of interpretation. **San Diego Law Review**, v. 42, p. 607-628, 2005.