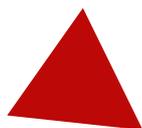


ANÁLISE SOBRE A ADOÇÃO DO PRAGMATISMO JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO POR MEIO DA INCLUSÃO DO ART. 20 NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO



Dayana Alves Guimarães

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduação em Direito Administrativo pela UFMG. Pós-graduação em Direito Processual pela PUC Minas. Analista Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG).

Sumário: 1. Introdução; 2. A teoria do pragmatismo jurídico; 3. A utilização de argumentos consequencialistas como fundamento para o processo decisório – a introdução do artigo 20 na LINDB; 4. Críticas à utilização de argumentos consequencialistas como fundamento para o processo decisório à luz da aplicação do artigo 20 da LINDB; 5. Conclusão; Referências.

Resumo: A Lei nº 13.655/2018 incluiu dispositivos na LINDB com o principal objetivo de elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público. Tendo em vista as muitas críticas lançadas ao artigo 20 e seu relevante impacto na atuação dos agentes públicos, no presente artigo, avalia-se se as referidas alterações podem traduzir a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no Direito brasileiro, bem como sua adequabilidade ao alcance dos objetivos da lei. Para a persecução desse fim, foram adotados como marco teórico os pressupostos da teoria do pragmatismo jurídico de Richard Posner e Neil MacCormick, estruturando-se sobre a vertente jurídico-dogmática, por meio do raciocínio hipotético dedutivo. Foram realizadas análises de conteúdo, avaliando-se a justificativa da proposição da lei e os pressupostos à teoria do pragmatismo jurídico, por meio de levantamento bibliográfico, bem como os estudos que trataram da aplicação de argumentos consequencialistas nas decisões. Conclui-se que o legislador não optou pela adoção da supramencionada teoria e que, ademais, sua utilização não se mostra adequada para atender aos anseios da lei, em especial, os relativos ao alcance da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões, dado os inúmeros desafios para a sua aplicação.

Abstract: The Law nº 13.655/2018 included provisions in LINDB with the main objective of raising the levels of legal security and efficiency in the creation and application of public law. In view of the many criticisms leveled at article 20 and its relevant impact on the performance of public agents, this study aimed to assess whether these changes can translate the adoption of the theory of legal pragmatism in Brazilian law, as well as its suitability to achieve the objectives of law. For the pursuit of this end, the assumptions of the theory of legal pragmatism by Richard Posner and Neil MacCormick were adopted as theoretical framework, structuring itself on the legal-dogmatic aspect, through deductive hypothetical reasoning. Content analyzes were performed, evaluating the justification of the law's proposition and the assumptions of the theory of legal pragmatism, through a bibliographic survey, as well as studies that dealt with the application of consequentialist arguments in decisions. It concluded that the legislator did not choose to adopt the aforementioned theory and that, furthermore, its use is not adequate to meet the demands of the law, in particular those relating to the achievement of legal certainty and predictability of decisions, given the numerous challenges for your application.

Palavras-chave: LINDB. Pragmatismo jurídico. Consequências práticas da decisão. Segurança jurídica. Previsibilidade e efetividade das decisões.

Keywords: LINDB. Legal pragmatism. Practical consequences of the decision. Legal Security. Predictability and effectiveness of decisions.

1 INTRODUÇÃO

Com a finalidade de “elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público” (BRASIL, 2015, p. 4), foi apresentado para apreciação pelo Congresso Nacional, em junho de 2015, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349/2015, de autoria do senador Antonio Anastasia, cuja ementa consistia em incluir, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições relativas à eficiência e segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação das normas de Direito Público. Após aprovação, tal projeto deu origem à Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018 (BRASIL, 2018a).

Promulgada por meio do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 1942), a LINDB, conforme preceitua Diniz (2018), possui natureza de *lex legum* (lei das leis), ou seja, é um conjunto de normas que se relaciona com as demais normas do ordenamento jurídico, determinando como devem ser aplicadas, sua vigência e eficácia, dimensões e resolução de situações conflituosas que possam ocorrer no contexto jurídico. É, pois, um conjunto de normas sobre normas, “uma norma ‘de sobredireito’ [...] que rege a interpretação e aplicação de outras normas, sejam estas privadas ou públicas” (BRASIL, 2016, p. 3), aplicando-se a todos os ramos do Direito.

Amparando-se nos estudos de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, a proposição buscava consolidar entendimentos relativos ao controle e às decisões administrativas, haja vista a necessidade de fazer frente à ampliação cada vez maior da legislação administrativa apta a regular a atuação dos agentes públicos, tendo impacto direto no aumento do regramento processual e de controle interno e externo da atividade administrativa e, conseqüentemente, na estabilidade institucional e na segurança jurídica dos administrados que se submetem aos atos administrativos editados pela administração pública.

Considerada relevante incremento legislativo ao objetivar melhorar a qualidade das decisões tomadas no âmbito de todos os poderes do Estado e dos órgãos de controle, a proposta traria, ainda, maior coerência ao sistema jurídico, unificando conceitos isolados, proporcionando previsibilidade das decisões e proteção das expectativas dos administrados, na medida em que exige “uma avaliação econômica (*lato sensu*) da decisão de invalidar, inclusive levando em conta seus possíveis impactos” (BRASIL, 2016, p. 6) com vistas a evitar danos excessivos aos que estão sujeitos a relações jurídicas com a administração pública. Além disso, estabeleceu balizas para proteger a atuação do gestor público de boa-fé de abusos de órgãos de controle, que devem atuar em conjunto com o Poder Executivo com vistas a otimizar a busca pelo interesse público.

Insta salientar que importantes associações representativas de magistrados, membros do Ministério Público e procuradores sugeriam ao presidente da República o veto do projeto de lei aprovado. Tais instituições apontaram como problemáticos os dispositivos relativos ao subjetivismo consequente da utilização de valores jurídicos abstratos, além da possível interpretação casuística e arbitrária ao se flexibilizar o instituto da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que os fins justifiquem os meios, sendo, pois, incompatível com a administração pública. Apontaram, ainda, como carente de profunda análise a determinação legal constante na interpretação das leis que deverá considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

Um ponto que merece destaque, nesse contexto, gira em torno da discussão sobre a adoção da teoria do pragmatismo jurídico no Direito brasileiro, dada a inclusão do artigo 20 no texto da LINDB. Fato é que o legislador deu tamanha importância à análise das “consequências práticas da decisão” que permite, inclusive, o uso motivado de “valores jurídicos abstratos” como fundamento decisório. O objetivo de tal opção legislativa, afirma Nakaoka (2019), consiste no aperfeiçoamento das decisões tomadas em

sede de controle revisional, restringindo o campo de discricionariedade das decisões fundamentadas em conceitos jurídicos indeterminados, pois, ao se basear em alternativas existentes no caso concreto, ocorrerá melhor balanceamento da decisão e melhoria de sua efetividade.

Nesse contexto, autores como Justen Filho (2018) defendem que as consequências práticas da decisão devem ser utilizadas como um norte para se chegar à solução dos casos concretos pendentes de análise jurídica. Outros, entretanto, defendem que o pragmatismo jurídico, por suas várias limitações, não seria compatível normativamente com o arcabouço normativo brasileiro, não contribuindo para a integridade e a coerência do sistema jurídico, conforme análise empreendida na quarta parte do presente artigo. Além do mais, seria necessário considerar que, na prática, ocorreram obstáculos para a avaliação das consequências e das alternativas possíveis, o que inviabiliza sua adoção com fundamento para a tomada de decisão.

À vista de tais considerações e do relevante impacto que as referidas alterações causam na atuação de seus destinatários, é objetivo deste estudo avaliar se as alterações promovidas pela inclusão do artigo 20 na LINDB podem traduzir a adoção, no Direito brasileiro, da teoria do pragmatismo jurídico. Ademais, busca-se avaliar se tal teoria é adequada para o alcance dos objetivos pretendidos pelo legislador ao estabelecer que a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da decisão, quando da utilização de valores jurídicos abstratos para fundamentar suas decisões, contribuirão para a segurança jurídica, a eficiência e a estabilidade das decisões no âmbito da administração pública.

Para cumprir o propósito deste artigo, foi adotada a vertente metodológica jurídico-dogmática para a compreensão das relações normativas em estudo com a avaliação das estruturas interiores ao ordenamento jurídico, avaliando-se a eficiência das relações entre os institutos (GUSTIN; DIAS, 2010). Ou seja, busca-se promover a análise sistemática da norma, seguindo os princípios e os conceitos já existentes na ciência jurídica. Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizados os procedimentos da pesquisa teórica, tendo em vista que será examinado o conteúdo da legislação em estudo, além dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto. Ademais, serão avaliados os argumentos prós e contrários ao dispositivo em análise, levantados pelos órgãos envolvidos na esfera decisória, em especial, os constantes nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.146,¹ que se encontra em tramitação no Supremo Tribunal Federal (STF).

2 A TEORIA DO PRAGMATISMO JURÍDICO

Em que pese a utilização dos valores jurídicos fosse mais usualmente adotada no Direito pré-positivista, os autores que se baseiam nas teses pragmatistas e consequencialistas associam suas ideias ao uso desses valores, que podem ser conceituados, segundo Alves (2019, p. 116), como “o interesse ou o bem que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger”, ou seja, cuida da finalidade almejada pelo dispositivo normativo, qual seja, o interesse ou o bem jurídico que a norma busca promover, tendo em vista que a lei é a própria positivação de um fim reconhecido pela autoridade competente para a sua elaboração. Nas palavras de Reale,

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente, um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando a ação dos homens no sentido e atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou uma norma, que representa uma relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou ao valor. (REALE, 2000, p. 65)

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. Rel. Min. Nunes Marques. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5702503>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Desta feita, o Direito serviria para assegurar determinados valores jurídicos almejados pela legislação, tais como o bem comum, a justiça, a liberdade, a paz social, a segurança jurídica, entre outros. Sendo assim, podem ser utilizados como vetores interpretativos na solução de problemas concretos, o que faz com que a ideia seja resgatada para a utilização nos tempos atuais, nos quais “o uso de valores voltou a fazer parte da atividade de adjudicação jurídica, principalmente pela via dos princípios” (ALVES, 2019, p. 117), inaugurando o, por vezes, denominado neoconstitucionalismo.

Entre os principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, encontram-se Richard Posner e Neil MacCormick.

Para Posner, cuja teoria se denominou pragmatismo cotidiano, as decisões devem ser baseadas em fatos e consequências, e não em conceitualismos e generalizações, o que vai de encontro ao pensamento positivista, que realiza sua atividade cognitiva baseado no “exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais. O pragmatista, por sua vez, tem outras prioridades, ele quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras” (ALVES, 2019, p. 122).

Isso não quer dizer, todavia, que o pragmatismo defendido por Posner ignore a legislação e a jurisprudência. Estas, no entanto, servem como ponto de partida para o processo decisório que vai além, de modo a considerar as consequências da escolha entre as alternativas possíveis para a solução do dado caso concreto. Sua teoria, acrescenta-se, não leva em conta apenas as consequências imediatas da decisão, mas faz uma análise de forma a identificar e apontar as consequências sistêmicas, que se associam ao dever de coerência e imparcialidade da norma jurídica. Assim:

A chave da teoria pragmática de Richard Posner, portanto, é a comparação das consequências mediatas e de curto prazo da solução proposta com suas consequências mais amplas, no que se refere ao eventual abalo que ela possa gerar aos valores da coerência, generalidade, previsibilidade e imparcialidade da norma jurídica. (ALVES, 2019, p. 123)

Para o autor, devem ser levadas em conta todas as circunstâncias deduzidas das normas jurídicas, sejam elas específicas ou sistêmicas, admitindo-se que o juiz adote uma retórica formalista em suas decisões, incorporando estratégias pragmáticas, de maneira que “a adesão a uma regra, após a consideração de todas as consequências e circunstâncias, pode ser o melhor procedimento a seguir em determinado caso concreto” (ALVES, 2019, p. 124), caracterizando um julgamento pragmático, mas não necessariamente consequencialista.

Com efeito, a teoria de Posner não retira a importância normativa, mas apenas agrega outros subsídios que, junto às demais fontes ortodoxas do Direito, fazem parte do instrumental colocado à disposição do juiz para ser base para suas decisões nos casos concretos, havendo o acréscimo de outros elementos na análise cognitiva do julgador, quais sejam, a legislação e a jurisprudência. Entretanto, não se pode deixar de considerar que as eventuais consequências sistêmicas negativas devem ser sopesadas para que se evite o abalo à integridade do sistema que a norma jurídica visa preservar.

Posner adverte para a necessária aplicação cuidadosa da teoria do pragmatismo jurídico tendo em vista a complexidade acentuada da decisão que a envolve. Dessa maneira, deve-se se preocupar em formar juristas habilitados a utilizar os instrumentos teóricos que permitam a análise dos aspectos extrajurídicos envolvidos na decisão, bem como em conhecer as especificidades das ciências sociais para que possam utilizá-las de maneira adequada. É preciso se atentar, ainda, conforme adverte Alves (2019), para o risco de os tribunais utilizarem os preceitos pragmáticos indiscriminadamente para qualquer decisão, bem como não motivar adequadamente seus atos.

Em que pese a advertência, Posner defende que “o pragmatismo é o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial e, desse modo, a melhor teoria normativa, assim como positiva, do papel judicial” (ALVES, 2019, p. 125), tanto que o autor chega a admitir, posteriormente, a superação da norma posta, em casos excepcionais, nos quais sua observância promova a produção de consequências drásticas.

Por sua vez, Neil MacCormick parte do pressuposto de que as decisões estabelecem padrões de comportamento para o destinatário da norma e para o próprio julgador, constituindo-se como “normas de conduta a serem aplicadas para o futuro [...] ordenam as consequências não de se seguir a determinadas condições” (ALVES, 2019, p. 126). Assim, as consequências a serem ponderadas pelo julgador não levam em conta apenas os efeitos causais e os resultados da decisão, mas, também, os prováveis impactos da referida decisão no comportamento das pessoas. Como consequência, o órgão deve considerar o caráter universalizante da decisão que não soluciona apenas aquele caso concreto, mas servirá de parâmetro para todos os outros casos análogos futuros.

Por conta disso, há limites ligados à coesão e à coerência do sistema jurídico que devem ser respeitados na tomada de decisão baseada em fundamentos consequencialistas, haja vista a existência de certo subjetivismo intrínseco nesta. As decisões, portanto, não podem ser tomadas quando existir alguma contradição com alguma norma jurídica tida como obrigatória no arcabouço normativo, além de sempre estarem compatíveis com os valores jurídicos existentes, contribuindo, assim, para a racionalidade e a segurança jurídica do sistema jurídico.

MacCormick (2009, p. 277) defende que se deve recorrer às consequências quando estão presentes problemas de interpretação na norma, ou seja, “quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recursos a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvam tanto uns como os outros, um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito”, o que traduz uma sobreposição da ordem jurídica sobre a utilização pura e simples do pragmatismo.

Assim, na solução de casos difíceis, ou seja, aqueles capazes de resultar em interpretações distintas com respostas conflitantes, mas, ao mesmo tempo, legalmente admissíveis, deve a decisão:

[...] ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da “coerência” envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma [...] deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público. (MACCORMICK, 2009, p. 326)

Segundo Abboud (2019), MacCormick afirma existir dois polos extremistas no que diz respeito à aceitação dos argumentos consequencialistas elegíveis a justificar as decisões judiciais: de um lado, os que defendem as consequências como única justificativa possível para uma decisão; e, de outro, quem as desqualifica completamente como capazes de fundamentar qualquer decisão, não importando quão complexa seja. Quem as defende de forma extrema parte do pressuposto de que existe “algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada” (ABBOUD, 2019, p. 4) que acabam por justificar decisões tomadas no âmbito do Poder Judiciário que se baseiam nas melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, políticas ou sociais.

Com efeito, MacCormick, ao defender que a utilização das consequências exige a demonstração de não contrariedade ao direito posto, rejeita ambos os polos e reconhece a existência de apenas algumas consequências como aptas a justificar as decisões judiciais. Mostra-se, assim, contrário ao ativismo

judicial puro e simplesmente fundamentado em argumentos consequencialistas.

A adoção da teoria do pragmatismo jurídico como instrumento decisório, entretanto, não é pacífica na doutrina. Entre os autores que a condenam, encontra-se Ronald Dworkin, a quem

O pragmatismo adota uma atividade cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva. (DWORKIN, 2014, p. 185)

Como consequência, há o aumento da insegurança jurídica, tendo em vista que os julgadores possuem concepções prospectivas diferentes do que seria ideal em uma decisão, pois cada um considera as consequências prováveis de acordo com o que entende que seja bom para a comunidade, seguindo suas aceções pessoais. Além disso, ao defender que os juízes avaliem a legislação a ser aplicada no dado caso concreto, abre-se espaço para um maior subjetivismo, que não contribui para a melhora da qualidade decisória. Tal afirmação reforça a teoria de Dworkin, a quem o direito deve ser avaliado integralmente e “seus princípios políticos aprovados pela legislatura e os procedimentos previstos para julgamentos são respeitados e plenamente aplicados ao se decidir uma controvérsia” (ALVES, 2019, p. 132).

Dworkin defende que, mesmo nos casos de difícil solução, deve o juiz decidi-lo com base na argumentação principiológica “que são, em apertada síntese, aqueles standards que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo” (ABBOUD, 2019, p. 2), trazendo a ideia de direito como integralidade. Nesse sentido, ao juiz é atribuída a incumbência de manter a cadeia de significação das decisões, respeitando os princípios que suportam determinada comunidade política e contribuindo para a manutenção da coerência e da integridade da jurisprudência, cuja quebra exige um maior ônus argumentativo. Assim,

Na visão de Dworkin, a ideia de direito como integridade não só garante benefícios instrumentais como previsibilidade nas decisões (que poderíamos chamar aqui de segurança jurídica), ou certa equidade procedimental, como também dá legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos estabelecida pelas decisões anteriores, privilegiando, portanto, os princípios da comunidade. (ABBOUD, 2019, p. 2)

Outros autores criticam a aplicação do pragmatismo às decisões se concentrando na ideia de que há ressalvas à aplicação de fatores extrajurídicos, como a análise das consequências econômicas de uma decisão, tendo em vista que, “embora se alimente de fatores externos ao ambiente, estando cognitiva e semanticamente aberto, ele o faz mediante um processo de seleção, que converte os dados externos em próprios de seu sistema, pela via do processo legislativo” (ALVES, 2019, p. 128). Sustentam, ainda, que o pragmatismo jurídico é incapaz “de reduzir as incertezas verificadas na solução das controvérsias a partir do uso de concepções filosóficas, morais e metafísicas” (ALVES, 2019, p. 129). Além disso, criticam a subjetividade que pode estar presente nas decisões tomadas com base no pragmatismo de Posner, dado que

[...] cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial. Desse modo, o pragmatismo cotidiano defendido por Posner parece autorizar (ou validar) uma subjetividade latente no processo de tomada de decisão judicial, sendo que um dos grandes problemas dessa teoria é que o próprio autor não é capaz de apontar quais seriam tais afins, o que, ao contrário do que afirma, gera insegurança jurídica. (BUSTAMANTE; FERREIRA, 2015, p. 32)

Ademais, além de não contribuir efetivamente para a estabilidade e a previsibilidade das decisões, importantes vetores econômicos, a ausência de dados e informações confiáveis disponíveis para que o julgador possa definir, com elevado grau de certeza, qual a decisão deve ser tomada no caso é outro fator a ser levado em consideração. O problema consiste, segundo Schuartz (2008, p. 135), na dificuldade em obter “acessos às informações necessárias para garantir às decisões a satisfação das condições de adequação que lhe são impostas por tais teorias e conceitos”, haja vista a escassez de informações pertinentes em bancos de dados. Há quem defenda, a exemplo de Sundfeld e Jurksaitis (2016), que a aplicação do pragmatismo jurídico pode levar, ainda, à criação de políticas públicas pelo órgão competente para a tomada de decisão, tendo em vista a alta capacidade de a decisão intervir na realidade social.

Um risco adicional que deve ser considerado ao se prestigiar a aplicação do pragmatismo jurídico é o protagonismo dado às consequências práticas da decisão que pode influenciar a formação de decisões em sentido inverso: fazer com que “o sentido normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 153). Tal entendimento pode ser depreendido, tendo em vista que tal teoria possui o condão de conferir maior liberdade a quem está analisando o caso concreto, o que torna tal raciocínio e, conseqüentemente, a decisão incompatíveis com os postulados jurídicos da integridade e da coerência do Direito, ao prestígio da utilidade prática da decisão.

Afora todas as críticas, Alves (2019) afirma ser importante destacar que mesmo Posner e MacCormick defendem a necessária observância às regras positivas, sendo que este acrescenta os critérios de coesão e de coerência para a tomada de decisão baseada a partir das consequências, tendo em vista que “o uso das consequências e das circunstâncias contextuais para a adjudicação jurídica deve ocorrer somente quando o juiz se depara com casos difíceis, ou seja, quando, na concepção do juiz, se esgota o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico” (ALVES, 2019, p. 132). Reconhece-se, entretanto, a dificuldade de eliminação da insegurança jurídica nas zonas de indeterminação existentes e que a utilização das consequências não objetiva a tomada de decisão nesses casos, dada a dificuldade para eleger as melhores consequências que poderão, ainda, ecoar em futuras decisões.

Em que pese os argumentos contrários existentes na doutrina sobre a aplicação da teoria do pragmatismo jurídico, podem-se observar algumas decisões do STF que evidenciam a utilização de um dos polos extremistas referidos por MacCormick. Tal postura da referida corte caracteriza uma resposta ativista-consequencialista, e não jurídica, ao se avaliar determinadas escolhas pretensamente aptas a produzir as melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, políticas ou sociais (ABBOUD, 2019, p. 4). Em tais decisões, a principal crítica que se faz relaciona-se ao presente desprezo ao regramento legal vigente que contribui para o déficit de legitimidade de tais decisões judiciais, levando em conta que, conforme conceitua Abboud (2019, p. 5), “será ativista toda decisão que não se embasa no direito e sim em fatores metajurídicos como a moral, economia, política dentre outros”.

Alguns traços essenciais dessas decisões podem ser sintetizados, quais sejam:

[...] (i) remissão frequente ao que chamamos anteriormente de “régua única”, como se um determinado fator pudesse medir o custo-benefício consequencial (essa régua geralmente aparece sob o nome de “clamor popular”); (ii) efetiva substituição do direito vigente; e (iii) pouco ou nenhum lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências antevistas. (ABBOUD, 2019, p. 4)

Exemplo de decisão em que resta evidenciado o supramencionado ativismo consequencialista é a Ação Penal nº 937 (BRASIL, 2018b), na qual foi levantada questão de ordem versando sobre a limitação do foro

por prerrogativa de função aos crimes praticados no cargo e em razão dele. Fixou-se o entendimento de que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas quanto aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados, representando uma tentativa de racionalizar o combate à corrupção, sob o argumento de as instâncias inferiores estarem supostamente submetidas a menores pressões políticas, bem como considerada a possível tramitação mais célere dos processos. Entretanto, conforme aduz Abboud (2019, p. 5), “o STF alcançou resultado interpretativo distinto do texto constitucional, com o argumento eficientista de que haveria aí maior eficiência no combate à corrupção”.

Também restou evidenciada tal aplicação no Inquérito Penal nº 4.435/DF (BRASIL, 2019b), no qual se discutia a questão da competência para o julgamento de crimes eleitorais conexos a crimes comuns. Embora tenha sido fixada a competência da Justiça Eleitoral, seguindo a disposição expressa no ordenamento jurídico, cinco dos ministros defenderam ser a Justiça Federal competente sob o simples argumento de “maior eficiência da justiça federal para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes eleitorais e, portanto, no combate à corrupção” (ABBOUD, 2019, p. 5).

Outro caso exemplar refere-se à Suspensão de Liminar nº 1.178/PR (BRASIL, 2018c), ocorrida durante o período eleitoral de 2018, na qual o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva restou impedido de conceder entrevista ou declaração a qualquer meio de comunicação, seja a imprensa seja outro veículo destinado à transmissão de informação para o público em geral, podendo configurar crime de desobediência a divulgação de qualquer entrevista ou declaração que já tenha sido realizada antes da decisão liminar. A decisão considerou que, “no caso em apreço, há elevado risco de que a divulgação de entrevista com o requerido Luiz Inácio Lula da Silva, que teve seu registro de candidatura indeferido, suspendendo liminar, cause desinformação na véspera do sufrágio, considerando a proximidade do primeiro turno das eleições presidenciais” (ABBOUD, 2019, p. 6), em afronta à disposição legal expressa na legislação de execução penal. Entretanto, há de se considerar ser impossível prever os efeitos práticos causados por uma eventual declaração, além do flagrante desrespeito ao direito fundamental da livre manifestação do pensamento.

A tomada de decisões à revelia das disposições expressas em textos constitucional e legal, colocando em evidência as alusivas consequências práticas, faz com que, ao arrepio do ordenamento jurídico, sejam considerados válidos argumentos econômicos, políticos e de clamor popular que, em grande medida, não são saudáveis para a construção de um arcabouço normativo completo e integrado, o que não contribui para o fortalecimento democrático, na medida em que as decisões ficam sujeitas ao ativismo e ao subjetivismo do julgador.

3 A UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO DECISÓRIO: A INTRODUÇÃO DO ARTIGO 20 NA LINDB

O *caput* do artigo 20 acrescido à LINDB assim dispõe:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 1942)

Primeiramente, cabe identificar quais seriam os destinatários da norma constante no referido dispositivo. Da leitura do *caput*, nota-se que o comando legislativo é bastante abrangente ao se aplicar às “esferas administrativa, controladora e judicial”, o que leva à conclusão de que sua aplicação será feita em todas as esferas de atuação estatal. Entretanto, o parágrafo único dispõe que a motivação é exigida para a demonstração da necessidade e da adequação da medida ou, *a contrario sensu*, para a invalidação do ato administrativo, o que força a conclusão de que se trata de um órgão revisor de um ato anteriormente executado. Desta feita, conforme afirma Nakaoka (2019, p. 200), “a leitura combinada do *caput* e Parágrafo único propicia ao intérprete concluir que o destinatário da norma é o revisor, isto é, o julgador”.

Partindo-se de tal constatação, pode-se afirmar que os tribunais de contas e os órgãos do Poder Judiciário têm papel de destaque no âmbito da análise do dispositivo, haja vista a necessária reflexão sobre sua postura ativa de interferência na formulação de políticas públicas e na própria condução da atividade administrativa por deterem

[...] papel de construtores ativos do direito público [...] Passaram a estabelecer deveres, padrões de comportamento e comandos concretos de conduta às entidades estatais, aos gestores públicos e aos particulares que se relacionam mais estreitamente com eles. (SUNDFELD; JURKSAITIS, 2016, p. 22)

Ainda durante a tramitação do PLS nº 349/2015 no Senado Federal, o papel dos referidos órgãos foi objeto de discussão ao se analisar a redação do dispositivo em comento. Para a relatora, senadora Simone Tebet (BRASIL, 2016, p. 7), a previsão da norma de levar em conta as consequências práticas da decisão, considerando as possíveis alternativas, é conveniente e oportuna, haja vista que, no exercício de suas funções, deverá ser considerada a realidade na qual está inserido o gestor fiscalizado, além de exigir critérios mínimos para a dosimetria de sanções administrativas que causa numerosos problemas práticos.

No contexto dessas discussões, foi produzido importante trabalho sob a coordenação de Flávio Henrique Unes Pereira (2015a), contendo “Estudos sobre o Projeto de Lei nº 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público”. Publicado pelo Senado Federal com o apoio do senador Antonio Anastasia, autor do referido projeto de lei, defendeu-se que o fundamento para a mudança se encontra na defesa do Estado de Direito contemporâneo, no qual “o ambiente institucional tem de ser capaz de conciliar as mudanças e controles com o valor da segurança jurídica, evitando que pessoas e organizações vivam em permanente risco e instabilidade” (PEREIRA, 2015, p. 5).

Em um contexto em que os órgãos de controle da administração pública são cada vez mais numerosos e autônomos, tem-se como consequência a ampliação de suas competências, necessárias para fazer face à complexidade das relações sociais e econômicas, à amplitude da atuação estatal e à crescente margem de interpretação da esparsa legislação aplicável à atuação do gestor público. Além disso, o risco da existência de interpretações cada vez mais divergentes com a utilização de princípios de forma indiscriminada acaba afastando a aplicação da lei em casos em que esta é, por vezes, omissa (MARQUES NETO; MOREIRA, 2015).

Desta feita, o PLS propõe medidas para combater relevantes fatores de distorção encontrados na atuação decisória da administração pública, tais como:

- [...] – o alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas;
- a relativa incerteza, inerente ao Direito, quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma;

- a tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas;
- a dificuldade de o Poder Público obter cumprimento voluntário e rápido de obrigação por terceiros, contribuindo para a inefetividade das políticas públicas;
- a instabilidade dos atos jurídicos públicos, pelo risco potencial de invalidação posterior, nas várias instâncias de controle;
- os efeitos negativos indiretos da exigência de que as decisões e controles venham de processos (que demoram, custam e podem postergar cumprimento de obrigações); e
- o modo autoritário como, na quase totalidade dos casos, são concebidas e editadas normas pela Administração Pública. (SUNDFELD; MARQUES NETO, 2013, p. 278)

Por outro lado, as disposições da antiga LINDB, inicialmente concebida para se prestar especificamente a conferir identidade normativa às normas do Direito privado, tratando da aplicação da lei em seu sentido literal e monolítico, não mais atendiam aos anseios e às mudanças sociais que exigem compreender o Direito sob o ponto de vista prospectivo e plurissubjetivista dos efeitos das decisões. A disciplina jurídica passa a ser construída, assim, da “experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra)” (MARQUES NETO; MOREIRA, 2015, p. 10-11).

Com efeito, as alterações integradas à LINDB, além de se aplicarem às normas de Direito privado, passam, expressamente, a orientar a aplicação do Direito público, objetivando traçar balizas interpretativas para a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais e de controle, estabelecendo parâmetros de estabilidade e de previsibilidade das relações em que a administração pública esteja envolvida. Ademais, grande preocupação se mostra com a segurança jurídica das decisões que possuem o condão de afetar a vida dos particulares, sendo de suma importância que seja preservado o entendimento já exarado, prevendo-se um regime de transição proporcional eficiente e equânime que garanta tal segurança perante os atos administrativos, já que, conforme ensinam Marques Neto e Moreira (2015, p. 12), “os artigos que se pretende incluir na Lei de Introdução a um só tempo permitirão a positivação das melhores práticas do direito público contemporâneo e serão um poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas”.

Assim, nas palavras de Sundfeld e Marques Neto (2015, p. 7-8), o objetivo do PLS nº 349/2015 foi “melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil, exercida nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos)” e, ao incluir os artigos 20 a 29 na LINDB, pretendeu, ainda, estabelecer novas diretrizes para decisões tomadas com base em normas indeterminadas; regime jurídico negocial entre autoridades públicas e privadas; criação da ação civil pública declaratória de validade, com efeitos *erga omnes* para fins de estabilidade de atos administrativos; proibição de invalidação de atos por mudança de orientação; disciplina para os efeitos de invalidação de atos administrativos; proibição de responsabilização de autoridades por decisões revistas; obrigatoriedade de consulta pública para a edição de atos regulamentares; e possibilidade de compensação de benefícios ou prejuízos sofridos no âmbito processual. Tais dispositivos representam “normas gerais sobre criação, interpretação e aplicação do direito público” aplicáveis nacionalmente para autoridades de todas as esferas da federação de quaisquer dos poderes e órgãos do Estado.

Nesse diapasão, sem fazer uso da denominação teórica, a fundamentação do PLS nº 349/2015 reconhece a necessária relevância de “vetores de ordem ideológica, política e jurídica que levam o Judiciário a ter

que se preocupar cada vez mais com consequências agregadas de suas decisões” (SUNDFELD; SALAMA, 2015, p. 14), sendo citado o estudo realizado por Bruno Salama e Mariana Pargendler (2013) no qual se defende a adoção do consequencialismo na aplicação do Direito brasileiro, de modo que se privilegie não só a análise pretérita do caso concreto que influencia a escolha do suporte normativo que incidirá para sua solução, mas, ainda, juízos probabilísticos prospectivos para a concretização dos fins jurídicos consubstanciados em princípios. Para os citados autores, reconhece-se, portanto, uma crescente expansão de estudos sobre as consequências da aplicação do Direito na realidade econômica e social, ligada a três aspectos.

O primeiro diz respeito aos vetores de interpretação e de aplicação das normas jurídicas que sofrem influência direta das transformações ocorridas na realidade social, o que proporciona a formação de um modelo mais aberto, com base em princípios, que favorece a recorrência a argumentos consequencialistas passíveis de justificar decisões jurídicas. O segundo se refere à fenomenologia jurídica, que leva em conta fatores extrajurídicos que interferem cada vez mais no movimento interpretativo do Direito brasileiro, haja vista que a aplicação dos princípios exige a avaliação da proporcionalidade entre meios e fins, o que necessariamente leva à análise dos efeitos concretos e futuros de uma dada decisão. Por fim, liga-se, ainda, aos limites interpretativos e de aplicação da norma jurídica que se traduzem pela própria incerteza das consequências concretas da decisão, resultando na inconveniente utilização do consequencialismo extremado como forma de organização jurídica e social, tendo em vista que a ciência do Direito não pode substituir o juízo de ponderação dogmático – e não científico – do aplicador do Direito que sempre subsistirá.

Aplicar a norma jurídica significa “editar um ato para disciplinar uma situação concreta, tendo por fundamento as normas de hierarquia mais elevada” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 15) e é condicionada à observância do devido processo previsto pelo próprio Direito, sendo vedadas avaliações subjetivas por parte do órgão decisório, devendo a solução ser compatível com as normas jurídicas. Entretanto, encontrar a norma jurídica aplicável não se torna tarefa fácil para o operador do Direito, haja vista a pluralidade de soluções possibilitadas pelas normas existentes no complexo normativo, o que torna, conforme ensina Justen Filho (2018, p. 17), “imprevisível a decisão concreta que será efetivamente adotada para o caso concreto”. Soma-se a isso o fato de que a sociedade é multiclasse, pulverizada, com diferentes níveis de representação no parlamento, e que a obsolescência e a imprevisibilidade do Direito fazem multiplicar o número de normas abstratas e gerais no arcabouço legislativo.

A discussão da redação do artigo 20 da LINDB, objeto deste estudo, perpassa, portanto, para além da análise normativa e alcança o nível ideológico, político e jurídico em sentido amplificado, que conduz os órgãos controladores, sejam eles administrativos, judiciais e controladores em sentido estrito, como os Tribunais de Contas da União e dos estados, à preocupação com as consequências práticas de suas decisões. Admitindo, ainda, que as decisões possam se basear em “valores jurídicos abstratos” entendidos como princípios que, pela importância, possuem força normativa a exigir dos administradores, juízes e controladores que tomem decisões não só amparados na literalidade da lei, mas levando em conta aspectos extrajurídicos que envolvem o caso concreto. Assim, “a proposta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’” (SUNDFELD; SALAMA, 2015, p. 14).

Nesse contexto, cabe traçar a diferenciação das normas jurídicas, tradicionalmente divididas entre regras e princípios. Diversamente das regras, que possuem alto grau de determinação para aplicação na situação concreta, os princípios apresentam alto grau de indeterminação jurídica, impondo a utilização de concepções mais gerais vinculadas a valores jurídicos, pois “a norma principiológica não contempla uma situação fática determinada, cuja ocorrência imporia a incidência de um comando. Nem existe

um comando único, específico e determinado, contemplado no princípio” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 20). Com efeito, sua aplicação ao caso concreto compele, logicamente, à construção de uma solução possível para o dado caso concreto, impondo a vinculação a padrões gerais, dadas as circunstâncias que a situação exige. Há de se considerar, ainda, a multiplicidade de princípios introduzidos rotineiramente no ordenamento jurídico nos diversos ramos do Direito que contribuem para o aumento do grau de indeterminação jurídica dessas normas. Todavia, em que pese as regras jurídicas possuam maior grau de determinação, não é correto afirmar que, de sua aplicação, advenha apenas uma única solução possível, visto que mesmo as regras jurídicas possuem graus variáveis de indeterminação, o que exige a análise dos valores e das circunstâncias presente no caso concreto.

Tal cenário pode traduzir o processo decisório como simplista e não entusiasmante. Simplista porque, diante de um caso de difícil resolução, a autoridade opta por uma decisão simplória sem a devida reflexão proporcional à complexidade do problema trazido, não resultando na solução mais adequada e efetiva para o caso. Não entusiasmante porque, diante de alternativas para a solução de um dado caso concreto, surge o risco de decisões divergentes, o que leva o agente estatal a decidir de forma similar ao que já foi decidido anteriormente em um caso semelhante. Tais posturas, de acordo com Justen Filho (2018), manifestam uma “preguiça” do agente em realizar o exercício cognitivo suficientemente adequado para o caso concreto, tendo em vista que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo” (SUNDFELD, 2014, p. 225).

Como consequência, tem-se a elevação da insegurança jurídica, já que são invocados fundamentos genéricos e abstratos aptos a legitimar decisões distintas em casos concretos semelhantes. Para resolver essas questões, defende-se a necessidade de ponderação que “exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23). Além disso, uma decisão baseada em fórmulas gerais e imprecisas, sem a observância de suas consequências práticas e a avaliação de alternativas, pode levar a encobrir preferências subjetivas da autoridade decisória, configurando escolhas arbitrárias a ser evitadas.

Assim, o artigo 20 é proposto com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento desse processo de aplicação do Direito. Não significa dizer que não haverá nenhuma margem de autonomia para o órgão decisório, pois não se impede que as decisões sejam tomadas sob o fundamento de “valores jurídicos indeterminados”, ou seja, valores imbuídos de considerável generalidade e abstração. O que se exige, de fato, é que sua utilização seja realizada em “um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25).

Em tal processo de concretização, deve ser exposto o percurso utilizado para a construção da decisão para que se evite a racionalização baseada em uma valoração inconsciente pela autoridade competente, que invoca a utilização de um valor abstrato para justificar uma decisão predeterminada em seu inconsciente. Desta feita, passa a ser exigida a avaliação dos efeitos práticos da decisão para que possa “determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado [...] em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

O dispositivo em comento exige, conforme explica Justen Filho (2018, p. 29), “um processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência”, de maneira que a autoridade faça a exposição lógica dos possíveis cenários resultantes da decisão tomada, em uma relação de causalidade de seus efeitos. Tal processo, no entanto, não exige que a autoridade preveja o que não é

previsível ou que avalie aspectos desconhecidos da realidade, fixando apenas que “a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 30) da decisão, levando em conta o que é possível dentro da condição humana de considerar seus efeitos práticos.

Ademais, o dispositivo exige a avaliação pelo órgão decisório das alternativas existentes para cada decisão, levando em conta a proporcionalidade, ou seja, na lição de Justen Filho (2018, p. 33), “somente se admite a ausência de avaliação das diversas alternativas quando se configurar uma única solução cabível no caso concreto”. Caso haja mais de uma solução possível e não seja exposta a avaliação das alternativas, a decisão pode ser invalidada.

Importa ressaltar que o dispositivo determina que as considerações dos efeitos práticos da decisão constem da motivação do ato decisório. Assim, a motivação torna-se indispensável, tendo em vista tratar-se da exposição dos fundamentos de fato e de direito que justificam a adequação da decisão tomada aos imperativos normativos postos pelo legislador no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, “a motivação deve apresentar o relato das ponderações de todos os envolvidos e a respectiva fundamentação técnica que refute ou acolha tais manifestações” (PEREIRA, 2015, p. 18), incorporando, no caso de se fazer uso de valores jurídicos abstratos, além da indicação dos dispositivos normativos que fundamentam o ato, a referência aos “efeitos práticos estimados e tornar evidente o processo de concretização dos valores” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 32), abordando-se aqui, pois, o dever específico de motivação que deve considerar o raciocínio utilizado pelo julgador para se chegar à decisão.

Importante frisar que tal dever densifica a regra contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (CR/88), segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (BRASIL, 1988). Com efeito, após a avaliação da norma aplicável ao caso concreto, bem como as consequências da decisão, deverá o julgador tomar a medida mais proporcional à vista das circunstâncias do caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade em suas três acepções, quais sejam, a adequação da medida, ou seja, se a decisão a ser adotada é a apta a atingir o fim buscado pela norma; a necessidade da medida, no sentido de que a decisão deve apenas restringir o mínimo necessário para a realização do fim buscado pela norma; e a proporcionalidade em sentido restrito, ou seja, a observância da tomada de decisão que não acarrete sacrifício de valores protegidos constitucionalmente. Tal exigência de proporcionalidade se aplica independentemente do uso ou não de valores jurídicos abstratos como fundamentos da decisão, haja vista que

[...] a decisão será adequada e legítima quando se revelar menos danosa e mais eficaz se consideradas as alternativas possíveis em determinada situação fática. Afinal, o processo e o Direito servem à vida e esta não pode ser atingida sem que sejam mensurados os efeitos de cada solução possível – isso, também, insere-se na dimensão da decisão adequada. (PEREIRA, 2015, p. 18)

Nessa perspectiva, não se pode recusar que o dispositivo estabelece novos parâmetros para a atuação do administrador público e dos órgãos competentes para revisar os atos administrativos, passando a possuir considerável relevância no ordenamento jurídico, em especial, porque exige que o julgador, além de considerar as referidas consequências práticas de sua decisão, “deve expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 144).

Com efeito, a doutrina não nega o argumento de que considerar as consequências práticas da decisão, bem como as possíveis alternativas existentes no caso concreto, pode representar a diminuição da

carência argumentativa e da utilização dos ditos princípios vagos, o que acarreta, conseqüentemente, o aumento da qualidade da fundamentação decisória. Exigir que seja exposto o raciocínio que se utilizou para a tomada de decisão, assim, pode contribuir para a diminuição das críticas sobre um eventual déficit de justificação qualitativa, tendo em vista que “recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as conseqüências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago” (LEAL, 2017, p. 17).

Ao estabelecer a obrigatoriedade de se considerar as conseqüências práticas das decisões, o legislador fixa um postulado hermenêutico “normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas, como a lei, o contrato ou a decisão” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 146). Foi estabelecida, portanto, uma diretriz interpretativa para o órgão com competência decisória que determina que sejam considerados os efeitos práticos, sempre que sejam utilizados em seus fundamentos “valores jurídicos abstratos”, conforme preceitua Didier e Oliveira:

As referências a princípios como a dignidade da pessoa humana, a economicidade, a moralidade, a impessoalidade, a isonomia, a saúde e a tantos outros que existem por aí devem estar acompanhadas de um esforço argumentativo no sentido não apenas de demonstrar a conformação do conceito indeterminado com o caso concreto (art. 489, §1º, II, CPC), mas também de avaliar as conseqüências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado. (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 149)

Entretanto, há de se ressaltar que a expressão “valores” foi utilizada erroneamente, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não abre espaço para uma decisão baseada em “valores”, mas sim em “normas”. Cabe ao intérprete, pois, avaliar a quais normas jurídicas o legislador ordinário se refere (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

Dado tal pressuposto, defende-se que o legislador se refere aos “princípios normativos menos densificados”, quais sejam, “aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 146), tendo em vista que a inclusão de tal postulado normativo somente se justifica caso tenha aplicação nessa espécie de princípio que possui amplitude interpretativa por parte do jurista e que, a depender da interpretação que lhe é dada, pode denotar maior insegurança jurídica. Outro motivo é que resta mais evidente a necessidade de ponderação entre os princípios em conflito do que quando há um eventual conflito entre regras que é resolvido com a exclusão de uma em detrimento de outra. Além disso, exigir que o julgador faça a análise das conseqüências práticas quando for utilizar qualquer valor jurídico abstrato não faz muito sentido, sob o risco de inviabilizar sua atividade diante da infinidade de termos indeterminados presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pode-se afirmar que

[...] considerando que (a) o principal problema que o dispositivo quer resolver se encontra na aplicação acríica e superficial de princípios normativos menos densificados; (b) as regras, ainda que vazadas em termos vagos, já prescrevem a conseqüência jurídica que delas se deve esperar; e (c) estender o pragmatismo do dispositivo a regras soa inconsequente, a ponto de pôr na berlinda a própria aplicabilidade do dispositivo, pensamos que o âmbito de aplicação próprio do art. 20 da LINDB são os casos em que a decisão se baseia num princípio normativo menos densificado. (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 148)

(continua)

Tal afirmação, no entanto, leva à conclusão, conforme ensina Leal (2017), de que o dispositivo em comento é redundante, pois, “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados”. Com efeito, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam” (LEAL, 2017, p. 27-28).

Ademais, há vozes que não consideram tal dispositivo como inovação no complexo normativo, haja vista que o artigo 5º da LINDB já prevê de forma genérica que, na aplicação da lei, sejam observadas as “exigências do bem comum”, o que não afasta a consideração dos efeitos da decisão a ser adotada. Pelo contrário, “somente é viável atender às exigências do bem comum quando há uma avaliação das consequências práticas de uma decisão” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38). Desta feita, o artigo 20 apenas amplia o grau de precisão do já existente artigo 5º e elimina a incerteza quanto ao âmbito de abrangência subjetiva da determinação.

Torna-se, assim, indispensável que a análise do caso concreto seja feita de tal maneira a justificar a aplicação do princípio, de modo a levar em conta as alternativas existentes à vista das soluções possíveis, além dos potenciais efeitos positivos e negativos, tendo em vista que

[...] o profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito. (SUNDFELD, 2014, p. 206)

Didier e Oliveira (2019) defendem, entretanto, que a inclusão do artigo 20 na LINDB inaugura a adoção, no ordenamento jurídico brasileiro, do “postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto” (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 150), aplicável a todas as decisões tomadas por quem possui tal competência, ou seja, decisões administrativas, dos órgãos de controle, bem como decisões judiciais. Deve-se, pois, realizar uma avaliação ampla que contemple, além dos aspectos jurídico-normativos da questão em discussão, aspectos políticos que levem em conta as consequências práticas, em especial, os relativos aos custos para a implementação da decisão que terá impacto direto na execução de políticas públicas pelo órgão condenado a implementá-la, bem como as alternativas associadas à solução encontrada.

Afora as críticas à teoria do pragmatismo jurídico, Justen Filho (2018) defende, ainda, que, em que pese o artigo 20 tenha previsto expressamente a necessidade de avaliação das consequências práticas da decisão, devendo ser levadas em conta, inclusive, as alternativas existentes no caso concreto, não se pode afirmar que foi imposta a adoção da concepção consequencialista do Direito, tendo em vista não ter determinado de forma imperativa a solução a ser adotada, ao desprezo das normas jurídicas a serem aplicadas no caso concreto. Com efeito, o “dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

4 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS COMO FUNDAMENTO PARA O PROCESSO DECISÓRIO À LUZ DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LINDB

Antes da sanção do texto da Lei nº 13.655, de 2018, importantes associações representativas de magistrados, membros do Ministério Público e procuradores sugeriam ao presidente da República o veto do projeto de lei aprovado.² Foram apontados problemas relativos ao subjetivismo impresso com a utilização de valores jurídicos abstratos, além da possibilidade de justificativas vazias para eventual convalidação de ato ou de contratos inexistentes ou nulos. Também apontaram possível

2 Como exemplo, pode-se citar: ANAMATRA. *Associações pedem veto integral ao projeto de lei que altera a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 6 fev. 2021.

inconstitucionalidade na proposta no que tange à responsabilização dos agentes públicos, pois prevê que os mesmos respondem apenas por “dolo e erro grosseiro”, abrindo caminho para se tornar uma lei de impunidade, constituindo-se em verdadeiro contorno à Lei de Improbidade Administrativa. Demais disso, alegou-se que a determinação de que a interpretação das leis considere os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, poderia fazer com que houvesse uma interpretação casuística e arbitrária, flexibilizando o instituto da responsabilidade objetiva do Estado, fazendo com que os fins justifiquem os meios, sendo, pois, incompatível com a administração pública.

Representados pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), associação civil sem fins lucrativos, foi proposta, perante o STF, a ADI nº 6.146 (BRASIL, 2019a), em 22 de maio de 2019, em face dos artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei nº 13.655, de 2018, inseridos na LINDB, defendendo carecerem estes de interpretação conforme a Constituição da República. A alegação é de que tais dispositivos precisam se ajustar aos princípios constitucionais da separação dos poderes e do contraditório e ampla defesa, tendo em vista violarem os princípios da inércia de jurisdição, do devido processo legal e da independência do Poder Judiciário.

No que concerne à introdução do artigo 20, a autora da ADI aduz não ser da competência do Poder Judiciário exercer “juízo de futurologia” sobre as consequências práticas de suas decisões ou sobre as alternativas ora existentes, ou mesmo sobre os obstáculos ou as dificuldades do gestor no momento da decisão, sem que as partes indiquem expressamente quais seriam essas consequências, essas alternativas, esses obstáculos ou essas dificuldades. Ademais, cabe à administração pública o estrito cumprimento das disposições legais, não tendo a decisão judicial o condão de substituí-las. Assim, “exigir-se do juiz a indicação desses elementos [...] como condição de validade da fundamentação das decisões judiciais é uma exigência manifestamente desproporcional e desarrazoada porque exige um exercício de futurologia ou de conhecimento de fatos que o juiz não necessariamente está obrigado a ter conhecimento” (BRASIL, 2019a, p. 3), além de caracterizar tal postura como uma espécie de consultoria prestada ao jurisdicionado que ultrapassa a atividade judicante.

Com relação à violação do princípio da separação dos poderes, a Anamatra alega que, anteriormente, normas que se destinavam a interpretar leis já foram consideradas inconstitucionais pelo STF, citando, como precedente, a ADI nº 605 (BRASIL, 1993), que na oportunidade analisou determinado artigo de medida provisória que dava competência ao Poder Executivo para realizar a função do Poder Judiciário de interpretação da lei, violando o citado princípio. A ementa do julgado concluiu que:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS - A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - CARÁTER RELATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA - REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DO “PERICULUM IN MORA” - INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. (BRASIL, 1993) (grifos nossos)

Tal precedente, segundo a Anamatra, aplica-se ao caso discutido na ADI em estudo, tendo em vista que

[...] impugna-se a lei que se destina a interpretar outras leis e questionam-se alguns dispositivos que passaram a exigir do juiz, como requisito de validade das decisões judiciais a indicação (a) das consequências práticas destas, (b) das alternativas existentes, (c) dos obstáculos e dificuldades ao cumprimento por agentes públicos, e (d) de regime de transição para execução da decisão jurisdicional. (BRASIL, 2019a, p. 14)

Com efeito, o artigo 20, objeto de análise no presente artigo, estabelece, segundo a autora da referida ação, uma vedação, tendo em vista que determina que “não se decidirá [...] sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Nesse sentido, tal vedação exige um juízo de futurologia, situado no campo da hipótese e da consulta sobre o deverá ocorrer, deixando clara a invalidade da exigência ao prever que devem ser consideradas, além das consequências, as possíveis alternativas, ultrapassando as funções do julgador, pois chega a exigir “do Juiz que indique soluções que eventualmente tenha cogitado, mas que não seriam aplicáveis por qualquer razão [...] que o Juiz diga o que ‘cogitou’ decidir, mas não decidiu, para informar as partes (jurisdicionados) daquela hipótese não adotada” (BRASIL, 2019a, p. 16).

O argumento vai no sentido de que, embora pareça interessante considerar as consequências práticas da decisão tomada, deve-se considerar que, nem sempre, estas são conhecidas pelo julgador, que não está obrigado a desenvolver seu raciocínio para além do que consta dos autos (no pedido e na contestação apresentados pelas partes). A situação se agrava quando se tratar de ações em que envolvam direito público, nas quais as consequências podem ser as mais variadas, a depender de inúmeras variáveis presentes no caso concreto.

Assim sendo, o razoável seria interpretar tal dispositivo conforme o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, “em face do qual as partes poderão ou deverão enumerar e quantificar as consequências possíveis, para serem objeto de consideração pelo juiz” (BRASIL, 2019a, p. 19). Dessa maneira, o julgador poderá delimitar seu campo de atuação para o exercício de função jurisdicional que viabilize dispor sobre as consequências práticas e as possíveis alternativas de suas decisões. Tal preceito é importante para que a decisão figure dentro dos critérios que garantam sua validade, haja vista que

Como condição de validade da decisão judicial, a norma somente pode exigir a presença das “consequências práticas” e das “possíveis alternativas” que tiverem sido apresentadas pelas partes no processo. As consequências práticas e as possíveis alternativas não consideradas pelo julgador, porque não apresentadas pelas partes, não podem constituir motivo de invalidade da decisão judicial [...]. (BRASIL, 2019a, p. 21)

Pelos motivos expostos, a autora pede, assim, que o dispositivo seja interpretado conforme a Constituição, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes e de o Poder Judiciário ser caracterizado como um órgão consultivo para os demais órgãos da administração pública.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se por meio do Parecer AJCONST/PGR nº 297190/2020 (BRASIL, 2020c), que possui a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB – ARTS. 21 A 24. PARÂMETROS LEGAIS PARA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. SUPOSTA AFRONTA AOS ARTS. 2º E 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE ATIVA DA REQUERENTE. ENTIDADE QUE REPRESENTA FRAÇÃO DE CATEGORIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO. 1. Entidade de classe representativa de fração de categoria funcional, ainda que de âmbito nacional, não tem legitimidade para, em ação direta, questionar norma que repercute sobre toda a categoria e não apenas o segmento que representa. Precedentes. Parecer pelo não conhecimento da ação. (BRASIL, 2020c, p. 1)

Explica a PGR que o presidente da República suscitou, em sede preliminar, a ilegitimidade ativa da Anamatra e, no mérito, defendeu que os dispositivos incluídos na LINDB tiveram a finalidade de neutralizar fatores de distorção da atividade decisória entre os quais podem ser citados o alto grau de indeterminação das normas de Direito Público, bem como a dificuldade de obtenção de cumprimento voluntário e tempestivo das obrigações atribuídas a terceiros. Tais dispositivos são, assim, alinhados ao objetivo principal de redução do subjetivismo de forma a conferir maior segurança jurídica e eficiência às decisões proferidas no âmbito das esferas judicial, administrativa e controladora “de modo a contribuir para a efetividade das políticas públicas e viabilizar um melhor balizamento para a tomada de decisões pelo gestor público em situações complexas” (BRASIL, 2020c, p. 5).

Com relação ao argumento de que o juiz se transformaria em consultor das partes, a PGR demonstra ter o presidente afirmado que as normas se dirigem às autoridades julgadoras nas esferas administrativa, controladora e judicial, devendo o juiz pautar-se em juízos de probabilidade e previsibilidade, reduzindo “o subjetivismo inerente aos valores jurídicos abstratos, elevando o grau de pragmatismo na interpretação e na aplicação do Direito, além de garantir uma motivação mais robusta e contextualizada dos atos decisórios” (BRASIL, 2020c, p. 5) e aumentando a motivação qualificada de forma a racionalizar as decisões e promover a segurança jurídica.

Ao ser ouvido, o Senado Federal também suscitou a ilegitimidade da autora e ausência de pertinência temática, aduzindo, ainda, que a lei exige a observância da proporcionalidade na tomada de decisão à vista da utilização da fundamentação adequada às circunstâncias do caso concreto. Assim, os dispositivos trazem maior segurança jurídica na medida em que aumentam a “previsibilidade das decisões e da proteção às legítimas expectativas dos que têm relação jurídica ou fática com a Administração Pública” (BRASIL, 2020c, p. 6), bem como contribuem para diminuir o receio dos gestores quanto à penalização de sua atuação, pelos órgãos de controle, por eventuais excessos. Argumentou, ademais, que a lei não exige capacidade extraordinária dos juízes, tendo em vista a previsão de apenas cumprimento de seu dever legal de motivação racional, explicando que “a consequência jurídica ou administrativa a ser indicada relaciona-se a uma base lógica ou empírica de evidenciação, não se tratando de determinação que extrapole as atividades habituais do magistrado” (BRASIL, 2020c, p. 6-7).

Em sua argumentação, a PGR concordou com os órgãos supramencionados e reafirmou a tese de ilegitimidade da Anamatra, tendo em vista tratar-se de associação de classe de âmbito nacional que representa, entretanto, apenas uma fração dos magistrados brasileiros, sendo que a LINDB, a *contrario sensu*, regulamenta a aplicação do Direito de forma a abranger todos os magistrados brasileiros. Assim, pugnou-se pelo não conhecimento da ADI.

No mesmo sentido, a Advocacia-Geral da União (AGU) ao afirmar que “objetivam assegurar a atuação responsável e proporcional das instâncias e controle da Administração Pública, além de propiciar o incremento da qualidade das decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, contribuindo sobremaneira para a condução mais eficiente das políticas estatais” (BRASIL, 2020b, p. 6). Quanto ao argumento de que a aplicação dos novos dispositivos exigiria atuação que extrapola o âmbito de atuação dos magistrados, a AGU afirma que

[...] a Lei nº 13.655/2018 colabora para o amadurecimento na motivação e na contextualização das atividades decisórias, a fim de evitar que, especialmente em face de princípios ou regras de baixa densidade normativa, sejam adotadas soluções simplistas ou genéricas, que não levem em conta as consequências fáticas que se verificarão na realidade social. (BRASIL, 2020b, p. 13)

Desta feita, possui como objetivo assegurar que a atuação dos órgãos de controle seja responsável e proporcional, de forma a contribuir para decisões de qualidade que incrementem a eficiência na execução de políticas públicas. O artigo 20, assim, visa a evitar a indeterminação das decisões que, por vezes, fazem uso de institutos abstratos e desconectados dos efeitos concretos causados na realidade fática de maneira a conferir transparência ao processo de formação da decisão para que possibilite o exame da compatibilidade do instituto jurídico utilizado para fundamentá-las. Com efeito, exige-se “um processo de concretização em vista das circunstâncias fáticas subjacentes, de modo a impedir que a dimensão abstrata dos valores jurídicos em questão seja utilizada como um expediente retórico, que legitime decisões arbitrárias” (BRASIL, 2020b, p. 16), densificando os requisitos de motivação qualificada que leve em conta as circunstâncias e suas repercussões fáticas. Para reforçar seu argumento, a AGU faz uma comparação com o instituto da modulação dos efeitos das decisões exaradas em sede de declaração de constitucionalidade, nas quais o STF, com amparo no artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (BRASIL, 1999), realiza a ponderação dos resultados práticos de suas decisões.

Com relação à indicação das possíveis alternativas para a decisão, a AGU a associa ao princípio da proporcionalidade, haja vista que

[...] a ausência de projeção da instância decisória quanto às medidas possíveis de serem aplicadas violaria o princípio da proporcionalidade na vertente adequação, uma vez que impediria a avaliação a respeito da aptidão da decisão para produzir os efeitos pretendidos; na vertente necessidade, haja vista que não se poderia inferir se, dentre as alternativas possíveis, a autoridade adotou a que cause os danos e prejuízos mais brandos aos administrados; e na vertente proporcionalidade em sentido estrito, em razão da impossibilidade de se verificar se houve sacrifício desnecessário de valores constitucionalmente tutelados. (BRASIL, 2020b, p. 18)

A AGU afirma, ainda, que não se trata de exigir que o julgador faça previsões impossíveis, pois sua atuação há de ser diligente e responsável, pautada em cenários possíveis desenhados com base em conhecimento técnico, na experiência de vida, além dos elementos fornecidos pelas partes, de modo que “reclama-se que em tais ocasiões sejam avaliadas as consequências práticas da decisão, com fundamento nos elementos disponíveis ao julgador, adotando-se a solução mais adequada, necessária e proporcional” (BRASIL, 2020b, p. 19).

Em outra oportunidade, a AGU já havia defendido a constitucionalidade da referida lei levando em conta seus objetivos de “fomentar o pragmatismo e a contextualização às atividades decisórias” (BRASIL, 2020a, p. 5), ao contribuir para o aprimoramento da gestão pública nacional e para a sedimentação da interpretação e da operação das normas de Direito Público combatendo os ideais de completude e determinação do Direito, bem como a presunção de existência de um cenário ideal para a concretização das finalidades legais. Assim, ao determinar que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, bem como suas possíveis alternativas, estaria o artigo 20 explicitando que há mais de uma interpretação razoável e que a escolha entre uma delas deve sopesar os efeitos concretos que esta vá produzir. Exige-se, portanto, a densificação das condições materiais que envolvem a tomada de decisão de forma a tornar o Direito Público brasileiro mais realista, viabilizando-se, ainda, o “incremento na motivação, na eficiência e na segurança jurídica dos respectivos atos decisórios” (BRASIL, 2020a, p. 6).

Levando em conta a utilização de princípios e de valores jurídicos indeterminados, a AGU segue defendendo a relevância de se considerar as consequências práticas das decisões na realidade fática que envolve o contexto decisório, fazendo alusão ao entendimento da Primeira Turma do STF do qual

se extrai que “o Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos” (BRASIL, 2019c). Os dispositivos servem, portanto, para aproximar o julgador da realidade fática do gestor, aperfeiçoar o processo de aplicação do Direito, além de evitar a utilização dos valores abstratos valendo-se de fórmulas gerais que em nada se relacionam com os fatos, visto que

[...] ao exigir maior pragmatismo às decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial, impondo novo ônus argumentativo para a densificação dos valores abstratos suscitados, incrementa a motivação dos atos decisórios, considerando-se que a exposição dos efeitos práticos da decisão se mostra essencial para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. (BRASIL, 2020a, p. 10)

A ADI se encontra, na data de elaboração deste artigo, em tramitação no STF, estando concluída ao relator para proferir decisão.

5 CONCLUSÃO

Considerada necessária para fazer frente às dificuldades enfrentadas pela administração pública, relativas à paralisação que as normas de Direito Administrativo e os controles que se exercem perante as ações dos gestores públicos estavam causando na atuação administrativa,³ haja vista a constante ênfase dada à punição dos ilícitos cometidos em detrimento ao desenvolvimento de ações corretivas e preventivas e ao aprimoramento das atividades administrativas, a Lei nº 13.655, de 2018, acrescentou novas disposições à LINDB relativas à aplicação e à interpretação das normas jurídicas, introduzindo conceitos que objetivam estabelecer balizas para a uniformização da atuação da administração pública, bem como instrumentos que contribuam para o aumento da segurança jurídica, da efetividade e da eficiência na criação do direito público.

Conclui-se que tais disposições representam importante avanço no estabelecimento de novos parâmetros em “norma sobredireito”, papel representado pela LINDB no contexto normativo brasileiro, tendo em vista ser uma norma que tem por finalidade regulamentar outras normas. No presente artigo, buscou-se avaliar se, ao exigir a análise das consequências práticas da decisão, em especial, quando se utilizar como fundamento da decisão valores jurídicos abstratos, estaria o legislador propondo a adoção da teoria do pragmatismo jurídico que possui ressalvas doutrinárias quanto à sua aplicação.

Importante ressaltar que, na fundamentação do projeto de lei apresentada pelo senador Antonio Anastasia, tal teoria não foi nominalmente citada expressamente. Entretanto, autores adeptos a essa teoria, como Bruno Salama e Mariana Pargendler, foram referenciados no momento de defesa da utilização dos argumentos consequentialistas, baseando-se na análise de elementos extrajurídicos, tais como ideológicos e políticos.

Para os referidos autores, a adoção do pragmatismo traz benefícios ao contexto decisório, pois privilegia a análise de juízos prospectivos probabilísticos para que sejam concretizados os fins jurídicos consubstanciados nas normas jurídicas. Além disso, defendem a utilização de vetores de interpretação e de aplicação das normas jurídicas influenciáveis pelas transformações ocorridas no contexto social e econômico, a avaliação da proporcionalidade entre os meios e os fins e a análise dos efeitos concretos e futuros de uma dada decisão. Tais argumentos vão ao encontro tanto do texto expresso no artigo 20, quanto dos argumentos esboçados na fundamentação de sua inserção na LINDB, bem assim, na justificativa que acompanhou o referido projeto de lei.

3 Floriano de Azevedo Marques Neto denomina tal paralisação pela expressão “apagão das canetas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018).

Ao analisar a opinião dos autores que avaliaram a inclusão do dispositivo em comento, nota-se que há divergências quanto à própria capacidade de representar uma inovação jurídica, tendo quem defenda que seu conteúdo normativo apenas repisa o que já estava previsto na legislação e na ordem jurídica vigentes. Ademais, a exigência do texto legal para a avaliação dos possíveis efeitos da decisão, especialmente, quando se utiliza conceitos jurídicos indeterminados, já era defendida pela doutrina como necessária em vários aspectos.

Com relação à análise das teorias de Posner e MacCormick, principais defensores da teoria do pragmatismo jurídico, nota-se que ambas as teorias não se encaixam exatamente no que o artigo 20 propõe. Em que pese seja dada especial ênfase às consequências práticas da decisão, Poster defende que a legislação e a jurisprudência sejam apenas pontos de partida para o órgão julgador, devendo sempre ser preservadas, entretanto, a coerência e a integridade do sistema jurídico na avaliação das referidas consequências sistêmicas, o que também é a preocupação de MacCormick.

Poster ressalta, com razão, a necessidade de capacitação dos juristas para análise e conhecimento dos aspectos extrajurídicos a serem considerados para a tomada de decisão, sob pena de utilizar argumentos consequencialistas de forma indiscriminada. É interessante somar-se a esse argumento a escassez de informações constantes em bancos de dados capazes de assegurar maior assertividade na decisão tomada. Tais aspectos, juntamente, como a questão do subjetivismo que fatalmente estará presente no sopesamento das alternativas possíveis e das próprias consequências da decisão, como aventado por Dworkin, não foram levados em conta pelo legislador, não havendo qualquer previsão de limitação e/ou consideração quando da utilização dos parâmetros ditos objetivos estabelecidos no artigo 20.

Ademais, os teóricos do pragmatismo jurídico defendem que tal teoria somente deve ser utilizada quando o juiz tenha de enfrentar casos de difícil solução ou quando, em sua concepção, o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico tenha se esgotado. Dito isso, pode-se concluir que a utilização de tal teoria pode não contribuir para objetivar e tornar efetiva a tomada de decisão, haja vista a complexidade da tarefa de fazer prognoses, escolher as melhores consequências e, por conseguinte, estabelecer a norma ideal a ser aplicada em casos futuros. Com efeito, as alterações da LINDB, trazidas pelo artigo 20, não terão o condão de reduzir a incerteza e proporcionar mais segurança jurídica, tendo, na prática, pouco efeito.

O fato é que devem ser levados em conta os argumentos dos órgãos envolvidos no processo decisório, extraídos dos autos da ADI nº 6.146, bem como os demais estudos que se seguirão sobre o tema, a fim de possibilitar a mitigação dos riscos da aplicação da teoria do pragmatismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, diante de mais de uma solução possível, deve o julgador avaliar as consequências práticas de ambas as soluções, levando em conta os efeitos práticos envolvidos no processo em discussão, tendo em vista que não cabe ao órgão decisório investigar, de ofício, quais seriam as consequências possíveis. Não se pode depreender, ainda, que o julgador possa fazer prognósticos corretos de que as consequências previstas em um dado momento fatalmente acontecerão no futuro, exigindo-se certa racionalidade na tarefa preditiva, indicando-se o caminho lógico utilizado para se chegar à referida prognose, fundamentado no lastro probatório constante no processo em análise.

Quanto à atribuição de sentido aos valores jurídicos abstratos, devem ser consideradas as construções precedentes que atribuíram sentido ao conceito indeterminado utilizado na decisão. Além disso, deve-se atentar para a coerência e a integridade próprios do sistema jurídico, tendo em vista que, somado à consistência, contribuem para a segurança jurídica da decisão tomada, levando em conta que o juiz não é livre para a construção da solução que prestigie a consequência mais apropriada para o caso em análise. Para tanto, o julgador deve estar sempre ativo para que sua decisão esteja necessariamente dentro Direito, sem violar qualquer norma jurídica.

Repisa-se, ainda, que para se chegar à solução de um caso concreto devem-se ponderar as consequências práticas que melhor se amoldam à alternativa escolhida para a especificidade do caso em análise. Assim, o artigo 20 determina sejam avaliadas as medidas adequadas e necessárias, seguindo o princípio da proporcionalidade que deve imperar na escolha da solução possível, precisando estar expostas nos fundamentos de fato e de direito que acompanham a decisão, sob pena de nulidade, o que o dispositivo pretendeu evitar, já que tal fato não contribui para a efetividade e a eficiência das decisões.

Diante do exposto, pode-se concluir que a Lei nº 13.655, de 2018, pretendeu implementar a necessidade de avaliação de argumentos consequencialistas para que a atuação do gestor público seja pautada na análise contextual da tomada de decisão, sem, contudo, deixar clara a adoção do pragmatismo jurídico e suas nuances no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, dadas todas as considerações apresentadas nesse excerto sobre as dificuldades e os riscos da adoção de tal teoria, é importante que sejam desenvolvidos estudos adicionais para que os parâmetros propostos pelo legislador possam ser implementados de maneira segura de modo a efetivamente assegurar o alcance dos objetivos da lei no contexto decisório.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, v. 1009, nov. 2019.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 133-144, set./dez. 2019.

ANAMATRA. *Associações pedem veto integral ao projeto de lei que altera a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26354-associacoes-pedem-veto-integral-ao-projeto-de-lei-que-altera-a-lei-de-introducao-as-normas-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Informações nº 00176/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 7 jul. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753242808&prcID=5702503#>. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Resposta pedido de informações*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 28 ago. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753672398&prcID=5702503#>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal

Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 6 fev. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Parecer AJCONST/PGR nº 297190/2020*. 17 set. 2020c. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753860536&prclID=5702503#>. Acesso em: 26 mai. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 349/2015*. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Autoria: Senador Antônio Augusto. Brasília: Senado Federal, 9 jun. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da Comissão de Constituição e Justiça*. Autora: Senadora Simone Tebet. Brasília: Senado Federal, 9 mar. 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407681&ts=1593913219488&disposition=inline>. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 605*. Rel. Min. Celso de Mello, jul. 23 out. 1991, publ. 5 mar. 1993. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1525215>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.146*. Petição inicial. Autor: Anamatra. 22 mai. 2019a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749929507&prclID=5702503#>. Acesso em: 25 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 937*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso, jul. 3 mai. 2018, publ. 11 dez. 2018b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22AP%20937%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em: 22 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito Penal nº 4.435/DF*. Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, jul. 14 mar. 2019, publ. 21 ago. 2019b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 8002- AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, jul. 12 mar. 2019, publ. 1º ago. 2019c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5603348>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Liminar nº 1.178/PR*. Decisão monocrática. Rel. Min. Luiz Fux, publ. 28 set. 2018c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5558231>. Acesso em: 29 mai. 2021.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada

de decisões judiciais. In: *Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, I, 2015, Belo Horizonte. Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2, p. 22-34.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. v. 1.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

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

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Verás de. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 25 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto#:~:text=Bem%2Dvindo%2C%20pois%2C%20o,de%20dolo%20ou%20erro%20grosseiro%E2%80%9D>. Acesso em: 9 fev. 2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MOREIRA, Egon Bockmann. Uma lei para o Estado de Direito Contemporâneo. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 9-12.

NAKAOKA, Antônio. Análise do Art. 20 da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Anais do IV do Congresso Luso-Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania*, Curitiba, v. 3, n. 30, 2019.

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

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. Trinta anos de controle da Administração Pública: à espera de um giro de eficiência. In: HACHEM, Daniel Wunder; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Transformações do Direito Administrativo: o estado administrativo 30 anos depois da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2018. p. 28-61.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 1-53.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Artigo 20. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015, p. 17-19.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 248, p. 130-158, mai. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 21 fev. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Segurança jurídica e eficiência na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 7-8.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Org.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes (Coord.). *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 13-16.