



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

ADENILTON DE SOUZA PAIXÃO

**A ARGUMENTAÇÃO EXTERNA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO
IMPACTO DA NOVA LINDB NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

**SÃO CRISTÓVÃO/SE
Janeiro de 2022**

ADENILTON DE SOUZA PAIXÃO

**A ARGUMENTAÇÃO EXTERNA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO
IMPACTO DA NOVA LINDB NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional junto ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Sergipe, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

SÃO CRISTÓVÃO/ SE
Janeiro de 2022

Dados de Catalogação na Publicação (CIP)

--

Ficha elaborada pela bibliotecária

ADENILTON DE SOUZA PAIXÃO

**A ARGUMENTAÇÃO EXTERNA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO
IMPACTO DA NOVA LINDB NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional junto ao Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Sergipe, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

São Cristóvão, __ de janeiro de 2022

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso (orientador)

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva
PRODIR/UFS

Prof. Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal
FGV/RIO

“O intelecto em si mesmo, porém, não move coisa alguma; só pode fazê-lo o intelecto prático que visa a um fim qualquer. E isto vale também para o intelecto produtivo, já que todo aquele que produz alguma coisa o faz com um fim em vista; e a coisa produzida não é um fim no sentido absoluto, mas apenas um fim dentro de uma relação particular, e o fim de uma operação particular. Só o que se pratica é um fim irrestrito; pois a boa ação é um fim ao qual visa o desejo.”

ARISTOTÉLES. ÉTICA A NICÔMACO.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe Adealda de Souza Paixao, primeira pessoa no mundo a me ensinar a ética e a leitura. Agradeço ao meu pai (in memoriam) José Carlos da Paixão, por ter me ensinado a amar, me fazendo descobrir em mim aquilo que ele sempre foi para mim: ser pai.

Agradeço a minha irmã mais velha, Adenilde de Souza Paixão, por ter sido minha referência de estudante ao longo de toda a minha vida. Agradeço a todos os meus irmãos, pelo carinho que sempre me depositaram.

Agradeço a meus amigos, Geólogo Vitor Hugo Simon e Dra. Marise do Vale Simon (bióloga), doutores “honoris causa” em minha vida, sempre me motivando e oferecendo espaço para debates científicos intrigantes.

Agradeço a meus amigos Professores: Mestre Joao Escobar José Cardoso e Mestre Roberto Carlos Bastos da Paixão, por toda confiança que em mim depositaram ao longo de mais de 15 anos de amizade, oferecendo debates filosóficos e políticos motivadores.

Agradeço ao meu amigo Hans Erick Faro Hagenbeck, por todo o suporte psicológico e espiritual que nossa amizade nos oferece. Agradeço a minha amiga e advogada Mariana Dantas Diniz, pela lealdade e respeito mútuos.

Agradeço a minha amada esposa Edilaine Silva dos Reis, minha melhor amiga, que há quase 13 anos toma conta de minha vida, me oportunizando espaço para os estudos, sem ela não conseguiria ser pai e nem me formar.

Agradeço aos meus filhos: Carlos Apolo, Alice Matilda e Sophia Rosa, por devolverem significado a minha vida livre, me alimentando com seus sorrisos e abraços diários, apresentando a melhor experiência que um ser humano pode encontrar: Ser papai.

Agradeço ao meu Professor orientador Henrique Ribeiro Cardoso, por toda a confiança depositada em mim, desde o primeiro semestre da minha graduação.

Por fim, agradeço a Deus, sua fé não apenas me fortalece, mas me oferta esperança e bom humor, o agradeço pela vida.

RESUMO

A nova LINDB apresenta novas exigências na argumentação decisória no direito brasileiro. A interpretação teria agora uma dimensão estratégica, o pensar nas consequências. Mas mantém a necessidade de uma outra dimensão, a saber: a explicitação argumentativa. Afirmamos que as alterações promovidas pela nova LINDB, ao exigir um aumento na qualidade da argumentação decisória, impactaram positivamente no direito brasileiro. Para demonstrar essa hipótese, optamos pelo método dedutivo. O texto expõe alguns dos problemas envolvendo o processo de interpretação apresentando dois modelos de justificação decisória: a Proporcionalidade e a Análise de Impacto Regulatório (AIR), a fim de expor discordâncias e aproximações. A preocupação com as consequências, no uso de argumentos práticos, por ambos os modelos de justificação denota sua capacidade em operacionalizar o art.20 da LINDB. Assim, seguiu-se com uma intenção de se construir uma proposta conciliatória entre modelos teóricos de interpretação e aplicação do direito: Primus, a fim de esclarecer a dimensão da explicitação na aplicação de princípios: Uma exposição de textos da obra de Alexy, a Teoria dos Direitos Fundamentais, junto a uma apresentação de críticas que a teoria dos princípios sofreu, tendo em vista seu método de aplicação de princípios enquanto modelo de teoria normativa para a decisão judicial. Secundus, apresenta-se a segurança jurídica como um direito fundamental e o papel da eficiência na promoção da justiça. Nesta direção, as alterações na LINDB exigem segurança jurídica e eficiência como forma de alcançar a realização do direito. A procura por uma explicitação ocupada com dados empíricos da argumentação, no campo do tomador de decisão, que explora seus resultados e consequências, revela que o modelo de justificação da AIR tem muito a oferecer enquanto um instrumento do tomador de decisão compromissado com eficiência e segurança jurídica. Por fim, se propõe que uma relação de complementariedade, de maneira metodológica, entre os modelos de justificação, não somente é possível, como a nova LINDB a exige: é exposto uma relação de complementariedade entre a proporcionalidade e a AIR, atraindo-se a tese de Cass R. Sunstein acerca dos “acordos não completamente teorizados”. Portanto, ao suspender dilemas morais, a fim de se promover um resultado prático e comum, é possível uma síntese entre racionalidades aparentemente antagônicas. Exemplo disso, encontra-se na relação de complementariedade entre a proporcionalidade e a análise de impacto regulatório (AIR). O modelo teleológico dos princípios, como expostos pela teoria dos princípios de Alexy, se aproxima com a maneira prognóstica de se formular juízos práticos compromissados com o futuro, como expressos pela AIR. Assim, o art. 20 da LINDB parece transparecer um conflito de racionalidades, mas sua proposta é outra: o aumento da carga argumentativa fica patente com a regulamentação do novo texto legal a partir do decreto lei 9830/19. O Decreto regulamentador apresenta mecanismos como a consulta pública, a fim de aumentar tanto as informações, através dos argumentos práticos, solvendo deficiências técnicas do decisor, quanto a legitimidade do processo decisório. Estas recomendações adentram no campo da justificação decisória e podem contribuir com um aumento da qualidade da carga argumentativa decisória: os artigos 2º §2º, §3º, art.3º, art.18 e art. 19 do Decreto-lei 9830/19 fomentam uma abertura comunicacional, uma argumentação prática externa ao Direito, mas jamais antijurídica. Portanto, temos um aumento do controle intersubjetivo ao se valer de argumentos práticos, dando coerência e previsibilidade condizente com o tipo de objetividade adequada ao sistema jurídico. Talvez assim, se alcance a tão esperada segurança jurídica.

Palavras-chave: proporcionalidade; princípios; objetividade jurídica; AIR; consequências, eficiência; decisão; juízos práticos; segurança jurídica; LINDB.

ABSTRACT

The new LINDB presents new demands in decision-making arguments in Brazilian law. Interpretation would now have a strategic dimension, thinking about the consequences. But it maintains the need for another dimension, namely: argumentative explanation. We affirm that the changes promoted by the new LINDB, by demanding an increase in the quality of the decision-making arguments, had a positive impact on Brazilian law. To demonstrate this hypothesis, we chose the deductive method. The text presents some of the problems involving the interpretation process by presenting two models of decision-making justification: Proportionality and Regulatory Impact Analysis (RIA), in order to expose disagreements and approximations. The concern with the consequences, in the use of practical arguments, by both models of justification denotes its ability to operationalize art.20 of LINDB. Thus, it was followed with an intention to build a conciliatory proposal between theoretical models of interpretation and application of law: *Primus*, in order to clarify the dimension of explicit application of principles: An exhibition of texts from Alexy's work, the Theory of Fundamental Rights, together with a presentation of criticism that the theory of principles suffered, in view of its method of applying principles as a model of normative theory for the judicial decision. *Secundus* presents legal certainty as a fundamental right and the role of efficiency in the promotion of justice. In this direction, the changes in LINDB require legal certainty and efficiency as a means of achieving the realisation of the law. The search for an explanation occupied with empirical data of the argumentation, in the field of the decision maker, that exploits its results and consequences, shows that AIR's justification model has much to offer as an instrument of the decision-maker compromised with efficiency and legal certainty. Finally, it is proposed that a relationship of complementarity, in a methodological way, between the models of justification, is not only possible, as the new LINDB requires: it sets out a relationship of complementarity between proportionality and RIA, drawing on Cass R. Sunstein's thesis on "not completely theorized agreements". Therefore, by suspending moral dilemmas in order to promote a practical and common result, it is possible to synthesize seemingly antagonistic rationalities. An example of this is the relationship of complementarity between proportionality and regulatory impact analysis (RIA). The teleological model of principles, as expounded by Alexy's theory of principles, approaches the prognostic way of formulating practical judgments committed to the future, as expressed by AIR. Thus, the art. 20 of LINDB seems to imply a conflict of rationalities, but its proposal is another: the increase of the argumentative burden is patent with the regulation of the new legal text from decree 9830/19. The Regulatory Decree presents mechanisms such as public consultation, in order to increase both the information, through practical arguments, solving technical deficiencies of the decision-maker, and the legitimacy of the decision-making process. These recommendations enter the field of decision-making justification and can contribute to an increase in the quality of the decision-making argumentative burden: Articles 2, §2º, §3º, art.3º, art.18 and art. 19 of Decree-Law 9830/19 promote a communicational openness, a practical argument external to the Law, but never anti-legal. Therefore, we have an increase in intersubjective control by using practical arguments, giving coherence and predictability consistent with the type of objectivity appropriate to the legal system. Perhaps this will provide much-awaited legal certainty.

Keywords: proportionality; principles; legal objectivity; RIA; consequences, efficiency; decision; practical judgments; legal certainty; LINDB

LISTA DE SIGLAS E ABREVIAC

AIR	- Análise de Impacto Regulatório
CPC	- Código de Processo Civil
LICC	- Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro
LINDB	- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STF	- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PROBLEMAS COM A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI	17
2.1	Robert Alexy e sua teoria dos princípios	17
2.2	A subjetividade e subjetivismo jurídico	26
2.3	Objetividade jurídica, consequencialismo e pragmatismo jurídico	35
3	INOVAÇÕES DA NOVA LINDB: A SEGURANÇA JURÍDICA E O PAPEL DA EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA.....	50
3.1	A segurança jurídica como um direito fundamental	50
3.2	Justiça e eficiência: o papel da eficiência na promoção da Justiça.....	55
3.3	Os avanços celebrados pela nova LINDB e os riscos	62
4	A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE A PROPORCIONALIDADE E A AIR: ANÁLISE E PROPOSTA.....	70
4.1	AIR – A Análise de Impacto Regulatório	71
4.2	A racionalidade e os juízos práticos da teoria dos princípios	76
4.3	A complementariedade entre a teoria dos princípios e o pragmatismo jurídico (mesma matriz prática): um acordo incompletamente teorizado	87
4.4	O Decreto lei 9830/019 como chão de fábrica para uma hermenêutica não conflitiva	98
5	CONCLUSÃO	102
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

1 INTRODUÇÃO

Na tradição do pensamento jurídico brasileiro há uma forte herança de discursos normativos que valorizam argumentos sustentados por uma racionalidade sistêmica e com pretensão universal. Na atividade jurídica brasileira, aplicar princípios jurídicos significa lidar com o conteúdo axiológico de tais normas, carregando a fundamentação decisória com uma argumentação moral exigente para o ordenamento jurídico.

No Brasil, existe um grande arcabouço teórico, construído pela jurisprudência dos tribunais, que se fundamenta em juízos prognósticos de uma hermenêutica que considera racionais abordagens teleológicas ao lidar com valores jurídicos abstratos para casos concretos. Mas, o Direito brasileiro vem sofrendo influências de uma racionalidade prática, que exige eficiência ao lidar com casos concretos.

Esta nova exigência argumentativa parece criar um conflito entre racionalidades distintas: uma racionalidade prática sustentada nas consequências fáticas e uma racionalidade procedimental que está habituada a lidar com princípios abstratos.

O pensamento pragmático vem influenciando na atividade legislativa e jurisdicional, causando mudanças na forma de pensar e aplicar a lei. As alterações promovidas pela lei 13.655/2018, ou nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), são exemplos de que existe uma mudança no pensamento jurídico brasileiro. Tais alterações exigem um tipo de racionalidade que se ocupe com as consequências práticas daquilo que se decide, uma inclinação pragmática que se abre aos modelos de justificação da decisão sustentadas por juízos técnicos. Noutras palavras, surgiu um suposto novo elemento a ser considerado na decisão judicial: o juízo de prognose.

A preocupação com as consequências práticas do que se decide deve estar presente na forma como se fundamenta, justifica e explicita a decisão. Neste sentido, o artigo 20 da LINDB revela a necessidade de uma sistematização na interpretação das normas e na aplicação do direito brasileiro. Agora, deve-se fazer parte da motivação uma exposição acerca das consequências práticas que a decisão poderá promover, expondo juízos práticos no trato com valores jurídicos abstratos.

A prática de aplicação de princípios constitucionais, quando em situação de atrito, pelo poder judiciário, enquanto instância que é chamada a decidir sobre a promoção de direitos fundamentais, tem revelado problemas de ordem hermenêutica que ameaçam a objetividade e a segurança jurídica do sistema. As alterações promovidas na LINDB pretendem contribuir na hermenêutica de aplicação dos princípios, em processos judiciais e/ou administrativos, ao

introduzir as preocupações com as consequências na atividade decisória que lida com valores jurídicos abstratos. Aparentemente teríamos a exposição de um conflito de racionalidades distintas, mas tal conflito pode aumentar a qualidade argumentativa no processo de explicitação da decisão judicial.

Além disso, esta preocupação com a indicação das consequências da decisão aponta para uma necessidade de realização, o que se apresenta como uma verdadeira tentativa de promover eficiência nas atividades decisórias do Estado. Nesta direção, alguns autores entendem que a nova LINDB introduz o marco teórico do consequencialismo no direito brasileiro.

Porém, a iniciativa de se expor as consequências da decisão, em sua fundamentação/explicação, não afasta a possibilidade de uso de um modelo de justificação que se pautem em uma teoria normativa jurídica, como por exemplo, o modelo de aplicação de princípios proposto por Robert Alexy.

Sendo assim, sob o propósito de se expor o que se deve compreender por considerações de consequências numa decisão, apresenta-se modelos de justificação decisória que se pautam por juízos de prognoses fundamentados por uma argumentação prática.

A análise de Impacto regulatório é um modelo de justificação decisória que se pauta por uma análise consequencialista. Porém, alguns problemas relacionados a valores e critérios para escolha de alternativas de consequência acabam por revelar novos espaços para uma argumentação prática nos juízos de prognose, muitas vezes esta argumentação pode acabar revelando um cunho político ou moral.

Sendo assim, a fim de contrapor a visão consequencialista da AIR, é feita uma análise de outro modelo de justificação da decisão, a proporcionalidade, enquanto método de aplicação de princípios de Robert Alexy, em face de seu relevante uso na doutrina, expondo os principais problemas apontados pela crítica: subjetivismo, falta de objetividade, imprevisibilidade, arbítrio e insegurança jurídica. Afinal, a produção legislativa, que atuou em prol de alterações no texto da LINDB, buscou impor limites a atividade decisória quando esta lida com princípios jurídicos com alto grau de abstração. Neste cenário, o consequencialismo adentra na seara jurídica buscando promover eficiência, objetividade e segurança jurídica.

A teoria dos princípios de Alexy é uma teoria normativa que emprega juízos práticos na promoção da eficiência. O modelo teleológico dos princípios, enquanto mandamentos de otimização, expõe o ônus da argumentação frente às possibilidades fáticas. O exame da adequação e necessidade tratam das circunstâncias concretas: a teoria dos princípios é

eminentemente fática. Logo, a máxima da proporcionalidade apresenta juízos prognósticos que vão expor a relação do meio adotado com o fim a ser realizado.

A utilização de um modelo teórico hermenêutico faz parte da maneira de pensar a ciência do direito. A reflexão de Alexy acerca da sua teoria dos direitos fundamentais propõe um conceito de princípio que se justifica sob dois aspectos: 1 - Enquanto norma com conteúdo deontológico, para justificar usa-se a dissociação entre regras e princípios. 2 – Enquanto norma que devem se realizar na “maior medida possível”, são mandamentos de otimização, que sob uma estratégia ótima quer realizar princípios através da relação de precedência condicionada, onde se manifesta suas sub-regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Deste modo, a definição de princípios está inserida em sua forma de aplicação, pois o dever de eficiência encontra amparo dentro da própria estrutura da proporcionalidade.

Ademais, quando se busca decidir por princípios costumamos significar o envolvimento da decisão com a discricionariedade e subjetivismo de quem oferta a interpretação. O Estado Democrático de Direito, protetor de direitos fundamentais, não oferta apenas programas ou promessas de políticas públicas acerca de direitos fundamentais, sociais e políticos. O Estado Democrático de Direito exige eficiência e concretização na realização de tais direitos fundamentais. Assim, o poder judiciário passou ocupar o lugar do protagonista na realização de políticas públicas e de promoção de direitos no Brasil.

A manifestação histórica das decisões por princípios costuma apresentar-se como ativismo judicial. Porém, o ativismo judicial passou a sofrer críticas e acusações. A eficiência da realização de um princípio que uma determinada argumentação queira promover numa decisão judicial tornou-se questionável e o pragmatismo começou a se oferecer como solução aos problemas trazidos pela decisão por princípios. A razão sistêmica, de pretensão universal, dando lugar a uma racionalidade de senso prático, concreta.

Deste modo, não basta a exposição de uma atitude reflexiva pautada no compreender histórico, exige-se explicitação justificada. A nova LINDB deixou claro a necessidade de o decisor apresentar justificativas acerca das consequências. Logo, este novo elemento passa a fazer parte da decisão judicial, o juízo de prognose. Esta perspectiva é característica do forte impacto do pragmatismo jurídico no direito brasileiro.

Dentre as influências pragmáticas no pensamento jurídico se destaca a noção de consequentialismo, com forte herança da análise econômica do direito de matriz americana. Aqui, o tipo de racionalidade proposta não é a mesma que se debruça sobre os princípios morais, afinal a razão inglesa e a americana estão muito mais próximas da ideia de senso. Enquanto que

a racionalidade que opera juízos universais é sistemática e normativa ao lidar com problemas morais.

Esta preocupação com a consequência daquilo que se decide revela um pensar por prognose, um tipo de juízo em que se define ações com base em resultados futuros. Esses juízos prognósticos implicam uma decisão de segunda ordem, ou seja, uma necessidade de se definir critérios para se escolher uma alternativa de resultado frente a outro? Assim, com as alterações promovidas pela nova LINDB surge um novo problema: como decidir frente às consequências daquilo que se decide?

A compreensão opera pela reflexão, requer uma explicitação por um processo argumentativo, e com a nova LINDB se exige mais um elemento argumentativo. Este juízo requer argumentação prática e presente no mundo vivido, na realidade prática dos envolvidos com a decisão.

Assim, este trabalho explora a teoria dos princípios de Robert Alexy enquanto uma teoria normativa, adotada pelo decisor, como uma explicitação argumentativa externa ao direito, jamais antijurídica, e presente no mundo fático. Mas, desde que tal atitude se revele preocupada com as consequências práticas da decisão. Desta forma, será exposto o modelo de justificação proposto pela teoria dos princípios acerca da decisão judicial, mas em complementariedade com um outro modelo de justificação decisória: a Análise de Impacto regulatório. O objetivo de tal intento é a possibilidade de se atender os ditames do art.20 da LINDB.

Tanto os problemas envolvidos com o ativismo judicial quanto aqueles trazidos pelo consequencialismo revelam questões relacionadas a uma decisão de segunda ordem sobre como se define a interpretação, como decidir corretamente e sobre como alcançar o melhor resultado útil daquilo que se decide. São preocupações que pertencem a uma dimensão estratégica no processo de tomada de decisão.

Sob o ponto de vista hermenêutico, o consequencialismo inserido no artigo 20 da LINDB não oferece nenhum aporte teórico para tratar dos casos práticos, não revelando nada de novo na interpretação e aplicação do direito. Mas será que o juízo de prognose não traz em si um ganho em termos de qualidade da argumentação? há um vazio ou ausência de conteúdo na percepção das consequências, que talvez possa ser preenchido por alguma teoria normativa?

Apesar dos problemas trazidos pela nova LINDB, bem como do decreto-lei 9830/19 que regulamenta os art.20 e 30 da LINDB, esta legislação não propõe uma ruptura com o passado e o arcabouço teórico dos nossos tribunais, mas oferece-se como uma contribuição para a melhoria das decisões judiciais.

O objeto desta dissertação é o impacto da nova LINDB na hermenêutica constitucional, será que há ganhos com essas alterações na nova lei? se entendermos que essa inovação não exclui a serventia/utilidade de outras filosofias, ou métodos de aplicação da hermenêutica constitucional, poderíamos compreender este impacto pragmático em nossa hermenêutica constitucional como algo bastante positivo.

O presente trabalho ao tratar do uso dos modelos teóricos da hermenêutica, já bastante discutidos por teses e manifestações acadêmicas, quer contribuir com uma reflexão acerca da argumentação externa do direito no campo das decisões judiciais.

A presença de argumentos práticos na estrutura da proporcionalidade de Alexy expõe a relação do interprete com a sua realidade. Inclusive, tais juízos práticos sustentam-se numa noção de equilíbrio advinda da economia, o ótimo de Pareto, incluindo a eficiência como uma meta a ser perseguida pelos direitos fundamentais. Assim, a argumentação externa da decisão judicial está presente na abordagem das consequências e permite um encontro entre modelos de justificação, aparentemente antagônicos.

Afirmamos que as alterações promovidas pela nova LINDB, ao exigir esse aumento na qualidade da argumentação decisória, impactaram positivamente no direito brasileiro. A proporcionalidade pode oferecer algum tipo de controle argumentativo, ao trazer elementos que podem colaborar com uma maior densidade numa argumentação prática. Assim, a natureza teleológica da teoria dos princípios pode preencher o vazio de conteúdo presente na argumentação consequencialista, de maneira metodológica. Para demonstrar essa hipótese, optamos pelo método dedutivo.

O objetivo geral do presente trabalho é tornar claro, no cotejo desses dois modelos de justificação (AIR e proporcionalidade), que a presente hipótese é viável, colaborando com o aumento da qualidade argumentativa em situações concretas, onde o vazio de conteúdo (metodológico) da argumentação consequencialista pode ser preenchido em razão da natureza teleológica da teoria dos princípios. A argumentação prática ou consequencialista, não rompe com o arcabouço teórico produzido pela hermenêutica jurídica.

Além disso, a pesquisa pretende: 1 - Verificar se os juízos de prognose introduzem o direito no mundo prático; 2 - Apresentar a teoria dos princípios como uma teoria eminentemente fática e seus problemas com a racionalidade do método; 3- Mostrar como a proporcionalidade e a Análise de Impacto regulatório podem justificar a aplicação do art.20 da LINDB; 4- Demonstrar de que forma uma explicitação pautada por argumentos práticos poderá trazer maior qualidade na justificação da decisão judicial.

Para atingir estes objetivos será utilizado o método dedutivo, realizando pesquisa bibliográfica, a fim de verificar a pertinência da hipótese sustentada: Que as alterações promovidas pela nova LINDB, e pelo Decreto-lei 9830/19, exigem um aumento da qualidade da argumentação, causando um impacto positivo no direito brasileiro. Pois, a utilidade de modelos teóricos é encontrada na medida de sua capacidade de realizar o direito.

A estrutura do texto está dividida em três capítulos.

No capítulo I, será tratado alguns problemas encontrados na hermenêutica jurídica do século XXI, causados pelo choque entre a Teoria dos princípios e pelo uso do pensamento consequencialista. Será feita uma exposição da teoria dos princípios de Robert Alexy, suas consequências na realidade jurídica e suas principais críticas em face do modelo de aplicação de princípios, ora guiado pela racionalidade instrumental/procedimental: subjetivismo, falta de objetividade, falta de previsibilidade e arbítrio (capaz de conduzir a um possível estado de exceção). Por sua vez, o consequencialismo se lança frente a doutrina dos princípios como uma corrente de pensamento capaz de promover eficiência na aplicação das normas jurídicas. Porém, até mesmo o consequencialismo encontra limites em razão da falta de critérios objetivos para escolha das alternativas de consequências dispostas a uma tomada de decisão. Em todo caso, a objetividade e previsibilidade podem estar no encalço do tipo de racionalidade abordada ao caso concreto.

No capítulo II, por sua vez, expõe as inovações da nova LINDB e suas relações com o consequencialismo, seus avanços celebrados e os seus riscos. Será exposto o que se entende por segurança jurídica enquanto um direito fundamental. Após, será apresentado o papel da eficiência na administração e promoção da justiça. Tendo em vista, a forte influência do pragmatismo na formação de modelos de justificação como a AIR, será exposto uma noção de eficiência na obra de Richard Posner, com o objetivo de explorar como a eficiência pode promover justiça através de raciocínios práticos. Além disso, é exposto a forma como as alterações na nova LINDB expõem avanços no uso dos juízos prognósticos. Porém, o uso de uma argumentação consequencialista traz riscos, como alguns problemas ora já enfrentados por modelos de justificação como a proporcionalidade.

Por fim, no capítulo III apresenta-se uma relação de complementariedade entre modelos de justificação, aparentemente antagônicos, capaz de lidar com os problemas apresentados pela aplicação da teoria dos princípios (de Alexy) e pela AIR no uso do consequencialismo, encontrando soluções que ofereçam maior objetividade e previsibilidade ao interprete e aplicador do direito. Sobretudo, que seja capaz de ofertar uma argumentação externa, capaz de aproximar direito e realidade. Afinal, a teoria dos princípios possui um aporte

consequencialista, encontrado nas subregras da adequação e necessidade, os seus juízos práticos indicam a presença de um tipo de consequencialismo que visa a noção de eficiência numa comunicação aberta e interdisciplinar entre direito e outras áreas dos saberes.

Desta forma, é proposta uma relação de complementariedade entre modelos de justificação, com racionalidades aparentemente antagônicas, através da ideia de “acordos incompletamente teorizados” nos moldes do texto de Cass R. Sunstein, a fim de demonstrar que uma dimensão estratégica pragmática bem definida pode ser explicitada pela teoria dos princípios ao lidar com o dever de eficiência em sua proporcionalidade. Este acordo pode resultar numa relação de complementariedade entre os modelos de justificação que tomam como base a proporcionalidade e juízos pragmáticos. Nesta situação, é dado como exemplo a relação envolvendo a proporcionalidade e a Análise de Impacto Regulatório (AIR). Uma aproximação destes dois modelos de justificação é possível porque tratam de juízos prognósticos acerca de situações concretas.

Assim, as alterações promovidas na LINDB poderão sustentar um aumento na carga de argumentação, através de uma argumentação externa da decisão judicial, mas jamais antijurídica. Pois, o direito pode atrair argumentos externos e traduzi-los por suas ferramentas hermenêuticas disponíveis.

2 PROBLEMAS COM A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI

Uma corte constitucional deve tratar das normas que dizem respeito aos fins do Estado que se pretende constituir. A atividade interpretativa constitucional, comumente desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), frente às ausências de políticas públicas efetivas por parte do Poder Executivo na promoção de direitos fundamentais, passou a decidir por princípios, associando sua eficácia plena e tratando conflitos entre princípios pela técnica da ponderação.

No entanto, este protagonismo jurídico se espalhou para além da corte constitucional. Até mesmo, decisões de juízes de primeira instância começaram a atrair a ponderação em sua interpretação acerca da eficácia de direitos fundamentais. Esse movimento jurídico vai se formando em torno da ideia de um ativismo político e jurídico.

A nova LINDB se projeta contra essa tendência de uso de princípios na justificação das decisões, sem compromisso com a promoção de resultados úteis. Neste sentido, o pragmatismo jurídico encampa a bandeira de promoção de um direito fundamental: a segurança jurídica. As críticas do pragmatismo jurídico ao ativismo judicial, apegado ao “decidir por princípios”, vão desde a falta de definição no emprego de certos termos jurídicos até ao excesso de subjetividade e discricionariedade na decisão judicial. Assim, a busca por maior clareza e certeza no campo da argumentação decisória tem sido empregada como um dos impactos da LINDB na atividade interpretativa, jurídica e constitucional.

Portanto, serão expostos alguns problemas da decisão por princípios que criaram a necessidade de um processo de explicitação, justificação, atento as consequências da decisão que se adota.

Explorar a ferramenta/técnica da hermenêutica jurídica que lida com a ponderação, proporcionalidade, pode revelar onde se encontra as limitações racionais deste tipo de argumentação, isto é, onde a racionalidade cede lugar a discursos de valoração ricos em subjetividade, ou padrões morais vagos.

2.1 Robert Alexy e sua teoria dos princípios

Alexy propõe um procedimento metódico de aplicação do direito nas decisões judiciais e para concretização deste objetivo apresenta a sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, em obra publicada em 1985. Nela, um ponto central de sua tese sofre reformulação, a fim de atender

as mudanças paradigmáticas das diversas doutrinas nos tribunais constitucionais, é o caso da noção de princípios.

O princípio é um conceito amplo e se refere tanto aos direitos individuais quanto aos bens coletivos, assim estão no amplo mundo do “dever ser” ideal. Segundo Henrique Ribeiro Cardoso¹, “A questão que se põe é como passar deste amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser real, onde se produzem colisões e tensões entre estes princípios, e que devem ser decididas”. Nesta direção, a realização destas normas, que possuem alto grau de abstração, ganha corpo na proposta de resolução de conflitos entre princípios através da sua máxima da proporcionalidade.

Para Alexy, regras e princípios são espécies de normas:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, não uma distinção de grau. Toda Norma é ou uma regra ou um princípio.²

O conceito de princípio passa a se vincular a noção de proporcionalidade quando o autor aloca os princípios na qualidade de normas com conteúdo deontológico e apresenta a diferença entre regras e princípios, uma dissociação comum na doutrina jurídica dos princípios. Para doutrinadores, como Dworkin³⁻⁴, esta dissociação se manifesta da seguinte maneira: regras são atendidas ou não, enquanto que princípios podem ou não serem atendidos na medida de sua realização nos casos concretos. Portanto há uma diferença qualitativa, e tal diferença nos

¹ CARDOSO, Henrique Ribeiro. Proporcionalidade e Argumentação. In: **A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 196.

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39-42.

⁴ Nas palavras de Dworkin (2010) “dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Já no que concerne aos princípios, esses possuem “a dimensão do peso ou importância”.

ajudará a compreender melhor a noção de princípio. Pois a principal diferença entre princípio e regra ocorre quando existe colisão entre regras ou entre princípios.

No caso de colisão de regras, basta formular o clássico juízo de subsunção (Premissa maior, premissa menor, conclusão), com uso do critério hierárquico, critério histórico e de especialidade, ambos presentes nos manuais da doutrina de direito.

Porém, no caso de conflito de princípios a questão é mais complexa e requer o uso da argumentação num procedimento racionalizado, onde se aponta a máxima da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Assim os princípios passam a ser a razão, o critério e a justificação da decisão judicial.

Para Alexy, a proporcionalidade é a melhor forma de solucionar conflitos de princípios, pois em matéria de direitos fundamentais existe uma “vagueza” e um dissenso sobre a aplicação, e até mesmo, o conceito de princípios. De certa forma, este caráter aberto nos sentidos e significados dos direitos fundamentais implica um processo de concretização que poderá operar pela ideia de otimização.

A Constituição Federal de 1988, em seu art.60, §4º, IV, estabeleceu a ideia de “cláusula pétrea”, nela estaria contido direitos e princípios que não poderiam sofrer alterações pelo legislador, pois tais mudanças afetariam a essência da vontade do constituinte e comprometeria o sistema jurídico ali delineado. Em nossa constituição os artigos 5º e 6º preveem um conjunto de direitos fundamentais ao cidadão. Mas o que são direitos fundamentais?

Existe uma “vagueza” no conceito de direito fundamental, são normas com alto grau de indeterminação de conteúdo, alguns o tratam como “valores jurídicos abstratos”. Além disso, alguns princípios não estão sequer positivados de forma direta, sequer aparecem no texto da Carta Maior.

Após a Segunda guerra Mundial, os princípios passam a estar atrás e ao lado das regras, sendo alcançados pelos movimentos sociais em diferentes gerações e abraçados pela constituição. A normatização de direitos fundamentais significou uma abertura do direito para as questões morais, em contraposição ao positivismo jurídico. Robert Alexy entende que tal abertura a moral é razoável e deve ser guiada pela teoria da argumentação jurídica e usa como pressuposto moral a teoria da argumentação de Jurgen Habermas⁵ (mais precisamente o princípio do discurso e sua ética).

Alexy não criou a regra da proporcionalidade, mas foi Tribunal Federal Alemão, que em julgamentos emblemáticos, como o caso Luth, estabeleceu elementos essenciais da técnica

⁵ Alexy chega a afirmar que o “discurso prático jurídico é um caso especial do discurso prático geral”, o que o incentiva a aproximar sua teoria discursiva do direito junto a teoria da argumentação de Jurgen Habermas.

de proporcionalidade: Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Tais elementos funcionam como medida de controle das decisões judiciais ou legislativas.

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a regra da proporcionalidade é prevista no art.2º da lei 9.784/1999, regulando a lei geral do processo administrativo Federal, e no art.8º do Código de Processo Civil (CPC)/2015.

Assim, a teoria dos princípios está ligada a prática da regra da proporcionalidade pelo Tribunal Federal Alemão. A conceituação de princípios vai sendo construída através da observação do seu método de aplicação nos casos de conflito de princípios. Mas, na obra de Alexy o conceito de princípios traz uma novidade. Segundo Cardoso:

A teoria dos direitos fundamentais busca demonstrar a estrutura das normas de direito fundamental – posteriormente ampliada para toda a teoria geral do direito em obra mais recente do autor. A inovação apresentada por Alexy consiste na concepção dos princípios como mandamentos de otimização e na vinculação da proporcionalidade à teoria da argumentação⁶.

Assim, observando a prática do Tribunal Federal Alemão, que ao restringir direitos fundamentais aplica as subregras da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) nos casos de conflito entre princípios, Alexy condiciona a aplicação destas normas ao dever de proporcionalidade. Porém, Alexy inova no conceito de princípios, ao trazer a noção de que estes são “normas a serem realizadas na maior medida possível”, a sua otimização o aproxima do dever de eficiência. Este está inserido em sua noção de proporcionalidade. Por sua vez, o dever de proporcionalidade é expresso pela máxima da proporcionalidade e está compreendida no próprio conceito de constituição previsto por um constitucionalismo moderado.

Para Alexy, a ideia é que a constituição é uma “ordem marco”, e como tal ela definiria o espaço de discricionariedade do legislador, inclusive do executivo e do judiciário. A constituição é uma ordem marco qualitativa, onde há espaços abertos a discricionariedade do legislador, cabendo-lhe uma competência legislativa que decidirá os assuntos fundamentais: A discricionariedade epistêmica. Sendo assim, se não houver solução através do método de aplicação da proporcionalidade e se as premissas empíricas geram dúvidas quanto a sua validade, então cabe ao legislador a última palavra.

⁶ CARDOSO, 2009, p. 208.

Assim, a solução para a carência de premissas empíricas, aptas a resolver conflitos entre princípios, é posta sobre o princípio formal da competência discricionária do legislador. Ao decidir sobre qual princípio deve ser realizado, a otimização passa a depender de uma discricionariedade epistêmica.

Porém, não é sempre que o legislador precisa intervir através de sua discricionariedade epistêmica, conferida pela competência legislativa democrática. Em muitos casos de conflitos de princípios, o modelo de aplicação de Alexy oferece um método argumentativo capaz de se justificar de maneira racional: a ponderação.

A ponderação propõe que o juiz que quiser julgar suspendendo uma regra, terá uma carga de argumentação maior e poderá com a ponderação de princípios resolver o litígio da maneira mais racional possível: o uso das técnicas de argumentação e ponderação. Portanto, conflito de regra se resolve pela validade ou pela cláusula de exceção. Conflito de princípios pela ponderação.

A teoria dos princípios busca realizar direitos fundamentais como mandamentos de otimização, pautando-se por um dever de eficiência presente na sua máxima da proporcionalidade. Desta forma, tornou-se razoável decidir por princípios para que se possa decidir por política pública, uma vez que o dever de eficiência exige juízos práticos que nortearão a adequação e necessidade da medida adotada. Os meios e os fins passam a ser levados ao exame de eficiência por um critério econômico compromissado com o dever de proporcionalidade.

O caráter teleológico dos princípios expõe a necessidade de se formular juízos prognósticos. Assim, a relação de precedência condicionada expõe a necessidade de uma argumentação dos fatos. A teoria dos princípios é preocupada com o futuro porque assume a preocupação com as consequências da relação entre princípios colidentes. No exame de eficiência feito pela proporcionalidade, como técnica de justificação racional de conflitos entre princípios, esses valores jurídicos abstratos terão realização ótima na medida das prognoses que são realizadas pela ponderação.

A ideia de proporcionalidade em Alexy possui uma relação de causa e efeito, um meio e um fim “discerníveis” a serem “decididos, tomados e alcançáveis”. Segundo Humberto Avila, ao decidir pela proporcionalidade devermos analisar os seguintes juízos:

O da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(is) afetado(s)? o da

proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do “fim” correspondem às desvantagem provocadas pela adoção do meio)?⁷

O julgador ao buscar a solução do conflito de princípios não deve ter em mente a busca por uma única resposta correta ao exame dos elementos acima tanto ao meio quanto ao fim a ser almejados com a decisão. O que se busca é uma decisão fundamentada que possa ser validada. Busca-se uma análise das possibilidades fáticas e jurídicas acerca da intervenção ou não em um direito. Assim, a ponderação se faz no tripé: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação e a necessidade são abordagens usadas no campo das possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito trata da esfera das possibilidades jurídicas.

O juízo de adequação é um juízo absoluto (idôneo ou não idôneo), já a necessidade é um exame comparativo (expondo medidas alternativas, pois poderá haver outro meio idôneo que alcançará o mesmo objetivo). Quanto a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, Alexy entende que a restrição a um direito fundamental deve possuir um “peso” suficiente para provocar a restrição.

Exatamente nesta ideia de “peso” consistirá no trabalho da ponderação. Segundo Cardoso⁸, “Esclarece Alexy que, numa situação de contradição de princípios, cada um deles limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro”. É decidir entre o “grau de importância” de um princípio versus o “grau de restrição do outro princípio em colisão”, (grau de importância do princípio A x grau de restrição do princípio B).

Assim, ponderar é reconhecer que a proporcionalidade em sentido estrito advém do caráter principiológico das normas de direito fundamental. Portanto, deveremos observar qual princípio possui precedência (preferência) sob o outro. Daí a ideia de que os mandamentos de otimização são na verdade regras de preferência. Assim, Alexy chega a sua lei de colisão a partir da “relação de precedência condicionada”.

A fim de ponderar princípios em colisão, o Tribunal Federal Alemão criou a seguinte regra: (P1PP2) C, onde (princípio 1) P1 precede P2 (princípio 2) em determinada condição fática, também chamada de relação de precedência condicionada. Para Alexy:

O conceito de relação condicionada de precedência oferece uma resposta simples. Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o

⁷ AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 104-105.

⁸ CARDOSO, 2009, p. 229.

princípio colidente P2 se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto⁹.

A relação de precedência condicionada é reflexo de seu conceito de princípios como mandamentos de otimização, uma vez que constituem o suporte fático da argumentação, onde não existe relação de precedência que seja absoluta, podendo se referir a ações e situações que não são quantificáveis.

Sendo assim, Alexy conclui por lógica que se (P1PP2) C (Princípio 1 precede o princípio 2 em determinada condição) e $P1C \rightarrow R$ (o princípio 1 sob certas condições C, resulta em R), então $C \rightarrow R$ (vale a regra que C será o pressuposto fático de R, a consequência jurídica). Esta será sua regra de colisão.

Todos os argumentos possíveis na argumentação de um direito fundamental devem ser usados para fundamentar enunciados de precedência condicionada, do tipo (P1PP2) e da regra de Alexy que diz que sob certas condições C se ordena um resultado R.

Além da lei de colisão, Alexy elabora duas regras sobre a ponderação: a lei da ponderação material e a lei da ponderação epistêmica. Sem deixar de mencionar a importância do processo de argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral.

A lei da ponderação material é descrita por Alexy, "Quanto maior for o grau de não satisfação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro."¹⁰ Alexy pauta esta relação de afetação, restrição e importância, sustentando pesos a cada princípio, há uma gradação de intensidades durante todo o percurso da ponderação. Sopesando os graus de intensidade, aqui denominados "pesos", conclui-se que o fundamento da intervenção grave, sobre um direito fundamental, justificaria uma intervenção leve. O peso elevado (grave) justifica uma restrição no princípio colidente que possua um grau leve. Há em Alexy, portanto, um escalonamento de pesos, numa tríade valoração: leve, médio e grave.

A necessidade de intervenção e restrição de um direito fundamental necessita da fundamentação da satisfação e importância do princípio colidente.

A regra (P1PP2) $C \rightarrow (C \rightarrow R)$, ou lei de colisão de Alexy, serve para dar racionalidade a argumentação jurídica. Mas seus intentos adentro da lógica não se encerram na lei de colisão. Alexy cria mais duas fórmulas lógicas: a "fórmula diferença" e a "fórmula peso".

⁹ ALEXY, 2008, p. 97.

¹⁰ ALEXY, 2008, p.167

Sua teoria lógica se utiliza da gradação de intensidades, 1) $IPiC$, ou Ii , (intensidade de intervenção no princípio 1 no caso concreto C) e 2) $IPjC$, ou Ij , (grau de importância do princípio J colidente no caso concreto C).

Sua fórmula diferença busca o Peso concreto, (Gij) , peso da Ii (Intensidade de intervenção no princípio i) em relação ao Ij (grau de importância do princípio colidente), expressos pela fórmula diferença, $(Gij=Ii-Ij)$, ou seja, com uso da aritmética se arbitra valores entre 1, 2 e 3, para as intensidades l (leve), m (médio) e g (grave).

A fórmula peso estrutura-se de forma diferente da fórmula diferença, na fórmula peso Alexy se vale da progressão geométrica, e não da aritmética, para se chegar ao valor do peso concreto de um princípio Pi sob o outro princípio Pj colidente (Gij) , agora se fará o uso de uma proporção, donde teremos o dividendo como Ii (Intensidade de intervenção no princípio) em relação ao divisor Ij (grau de importância do princípio colidente), $(Gij=Ii/Ij)$, donde se fará uma valoração da projeção geométrica de 2 (2^0 , 2^1 , 2^2).

Os casos de empate serão decididos pela margem de discricionariedade do legislador, que também deverá se guiar pela ética do discurso e a teoria da argumentação jurídica.

Além dessas duas fórmulas matemáticas (fórmula diferença e fórmula peso), que tratam da sua lei da ponderação material, Alexy oferece mais uma lei: a lei da ponderação epistêmica.

Segundo Robert ALEXY¹¹, "Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención". Aqui, Alexy volta-se para as certezas empíricas, e expõe que uma intervenção sob um direito fundamental está relacionada aos graus de certeza das premissas empíricas formuladas.

Em sua lei da ponderação epistêmica, Alexy apresenta novamente uma escala triádica divididas em certo ou seguro, sustentável ou plausível, e por fim, não evidente ou falso. Tais variáveis serão lançadas na fórmula peso e influenciarão na decisão tomada pelo aplicador da norma.

Alexy não busca uma única resposta correta para o caso concreto, mas pretende dar o campo e a carga da argumentação, através da teoria da argumentação jurídica e da ética do discurso torna o procedimento racional, pautado em atos de fala regulativos e no agir comunicativo forte, assim, irá conduzir o aplicador da norma a soluções racionais e valoradas pela ética do discurso.

Os direitos fundamentais possuem força normativa, maioria dessas garantias e liberdades estão positivadas de maneira expressa no texto constitucional, porém estão

¹¹ ALEXY, Robert. **Epílogo à la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004. p. 93.

carregados de conteúdos acerca dos mínimos normativos consensuados por uma época. A correlação desses mínimos normativos, inscritos no texto constitucional, junto a realidade presente, cria a possibilidade de sua realização, sua eficácia plena, e se oferece a legitimação da interpretação que se deseja aplicar.

A eficácia plena dos direitos fundamentais conduziu o intérprete da constituição, o poder judiciário, para sua posição de supremacia interpretativa do texto constitucional. Nesta direção, um dos ramos mais afetados foi o direito administrativo. Em busca da decisão que promova a execução de um direito fundamental, ainda que expurgando a tripartição de poderes ou a legitimidade democrática, o poder judiciário passou a decidir conflitos entre princípios x regras.

Robert Alexy propõe que o juiz que quiser julgar suspendendo uma regra terá uma carga de argumentação maior e poderá com a ponderação de princípios resolver o litígio da maneira mais racional possível: usando das técnicas de argumentação e ponderação. Finalmente, tornou-se razoável decidir por princípios para que se possa decidir por política pública.

Acontece que, ao aplicar a teoria dos direitos fundamentais e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, muitas decisões acabam ponderando conflitos entre regras e princípios. Outras decisões fazem apenas uma referência a obra do autor e não chegam a oferecer suas regras de sopesamento, principalmente a terceira sub regra da proporcionalidade em sentido estrito, a qual pretendemos demonstrar que está carente de uma argumentação pública.

Além disso, mesmo quando o poder judiciário aplica a ponderação ao conflito entre princípios de maneira adequada, ao usar as regras de ponderação, principalmente na faceta da proporcionalidade em sentido estrito, momento em que o interprete deve ofertar pesos e intensidades aos princípios em atrito, surge não apenas uma carga de argumentação maior, em razão de sua legitimidade argumentativa, mas um processo de valoração moral pela consciência de quem julga. Aqui, a crítica fica em torno de qual critério se usou para definir valores e pesos de um princípio frente ao outro. Alexy, responde a esta critica subjetivista alegando que a solução ocorre num tribunal, num diálogo entre os pares, ou seja, a intersubjetividade da corte que vai decidir tais valores.

A Teoria dos Princípios de Alexy quer propor uma racionalidade discursiva da ponderação aplicada à fundamentação do enunciado de preferência. Estes valores, escolhidos do choque entre mínimos normativos, são pesos e intensidades que buscam auxílio na matemática para tentar uma carga de argumentação que se ofereça racionalmente. Mas, no fundo um critério matemático não consegue o endosso dos participantes de um discurso, de forma generalizada e universal, quando se trata de um problema moral.

Ainda que a preocupação de Alexy seja em oferecer meios racionais para a tomada de decisão, e para isso a razoabilidade e proporcionalidade da “mathesis universalis”, digna matemática, sua argumentação jurídica terá que desbravar domínios não conhecidos pelo direito.

Segundo Henrique Ribeiro Cardoso:

Alexy apresenta duas fórmulas que expressam a relação entre I_i (intensidade de intervenção de P_i) e I_j (grau de importância de P_j) e demonstram a estrutura por trás do modelo triádico, utilizando-se para tanto de números. A “fórmula diferença” e a “fórmula peso” demonstram, uma com o auxílio da aritmética, outra com auxílio de progressões geométricas, medições calculáveis do peso dos princípios. Servem, na linha geral da obra do autor, para demonstrar a racionalidade de seu método (procedimento), sem acrescentar novos argumentos à discussão.¹²

A apresentação de fórmulas aritméticas e geométricas servem para demonstrar o caráter racional de sua exposição metodológica. Em linhas gerais, o controle da racionalidade do método de aplicação de princípios passa pela análise fundamentada de sua relação de precedência condicionada quanto às possibilidades fáticas e jurídicas. Alexy acredita que a racionalidade de seu método pode estar na busca por uma solução ótima ao caso concreto de maneira fundamentada na razão.

Apesar de Robert Alexy assumir que sua teoria dos direitos fundamentais não irá resolver todos os problemas jurídicos, mas auxiliar na argumentação de quem busca superar regras por princípios¹³, o seu discurso técnico procedimental não consegue resolver questões que não estão mais na seara jurídica. O uso de progressão geométrica e de matemática não consegue responder as críticas sob os critérios de definição de pesos e intensidades. Uma solução que Robert Alexy propõe ao problema do subjetivismo nos sopesamentos de valores de sua teoria dos princípios é levar o debate ao colegiado, um controle intersubjetivo, a validação pelo consenso (ou discussão jurídica num tribunal).

2.2 A subjetividade e subjetivismo jurídico

A subjetividade é parte fundamental do processo de interpretação, pois o interprete pertence a um discurso composto por sujeitos. Por sua vez, a construção de discursos também

¹² CARDOSO, 2009. p. 240.

¹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81-82.

apresenta um caráter simbólico-emotivo daquele que enuncia os proferimentos linguísticos. Assim, a subjetividade não é mera expressão metafísica ou racionalista do homem que conhece. A subjetividade implica um conteúdo simbólico-emocional. Segundo González Rey:

Acredito que, apesar da conotação metafísica, racionalista e individualista que o termo subjetividade tomou na história do pensamento psicológico e filosófico ocidental, ele tem representado uma opção de significação para processos de uma qualidade singular, em cuja definição intervém a qualidade do sujeito que os produz, qualidade que não é definida apenas por uma expressão racional, mas por uma expressão simbólico-emocional, que caracteriza a produção psíquica nos diferentes espaços e áreas da vida humana¹⁴.

A subjetividade é produzida pelo sujeito a partir de suas experiências vividas no contexto social e cultural. Mas estas experiências vividas não implicam uma relação direta com os sentidos e significados que o sujeito dá a essas experiências, o desenvolvimento psíquico do sujeito não está condicionado a tais experiências vividas, apenas sofre as suas influências. O que determina sentidos e significados ao sujeito é a conformação do desenvolvimento psíquico do sujeito frente as mudanças que sofre de “uma produção de sentidos subjetivos que se definem na configuração subjetiva da experiência vivida”¹⁵.

A subjetividade implica que, embora os indivíduos compartilhem espaços sociais comuns (família, trabalho, escola), cada indivíduo produzirá sentidos subjetivos com configurações subjetivas, específicas, que serão levadas a um processo de subjetivação da própria experiência. Neste sentido, a experiência jurídica é uma subjetivação de sentidos e configurações próprias que dependem do desenvolvimento psíquico de cada interprete.

Chamamos de subjetivismo jurídico o excesso de ação da subjetividade na interpretação dos princípios, quando a subjetividade enfraquece qualquer forma de controle sob a fundamentação de uma determinada decisão. No período após a segunda guerra mundial, o direito passa a ser entendido como discurso, assim o controle intersubjetivo e a validade se sobrepõem sobre o critério de verdade nas ciências sociais. A validade se torna o centro das atenções.

¹⁴ GONZALEZ REY, Fernando. **Psicoterapia, subjetividade e pós-modernidade**: uma aproximação histórico-cultural. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 129.

¹⁵ GONZALEZ REY, Fernando. A configuração subjetiva dos processos psíquicos: avançando na compreensão da aprendizagem como produção subjetiva. In: MARTINEZ, Albertina Mitjans; SCOZ, Beatriz Judith Lima; CARVALHO, Marisa Irene Siqueira de (orgs.). **Ensino e aprendizagem**: a subjetividade em foco. Brasília: Liber Livros, 2012. p. 34.

Robert Alexy acredita que através da racionalidade de sua ponderação, com sua imparcialidade e correção normativa, irá atingir um tipo de controle intersubjetivo através da argumentação jurídica dentro de um processo comunicativo institucionalizado.

O próprio Alexy responde as críticas da ausência de controle racional do seu método de aplicação:

Valores e princípios não disciplinam sua própria aplicação, e o sopesamento, portanto, ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Onde começa o sopesamento terminaria o controle por meio de normas e métodos. Ele abriria espaço para o subjetivismo e o decisionismo dos juízes. Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional.¹⁶

Para Alexy seu modelo de sopesamento é fundamentado e distancia-se do modelo decisionista. A sua relação de precedência condicionada não ocorre de forma intuitiva, não é um processo psíquico desprovido de controle racional, mas depende da sua fundamentação.

Porém, existem algumas críticas ao método da ponderação. Segundo Garcia:

[...] a Vagueza semântica e o alto grau de indeterminação dos princípios constitucionais, associados a necessidade de um juízo valorativo que individualize o peso atribuído a cada qual, tornam evidente a impossibilidade de serem conferidos contornos integralmente objetivos a colisões dessa natureza. Os efeitos deletérios desse ingrediente subjetivo, ínsito e indissociável de qualquer atividade de interpretação normativa, podem ser tão somente amenizados, pois eliminados por completo nunca o serão¹⁷.

A crítica se dirige a subjetividade na valoração dos pesos atribuídos aos princípios em conflito, seus graus de importância e intensidade, que figurariam na margem do julgador, em sua discricionariedade. Em todo caso, o próprio autor adverte:

Esses aspectos negativos da técnica de ponderação, conquanto relevantes, não chegam a comprometer o saldo positivo alcançado com sua utilização, frise-se amplamente favorável. A assertiva decorre da constatação de que (1) a técnica prestigia a coexistência entre bens jurídicos potencialmente colidentes, (2) caminha em norte contrário a sua hierarquização, possibilidade que destoa do espírito de uma sociedade pluralista e (3) em muito estimula uma

¹⁶ ALEXY, 2008, p. 163-164.

¹⁷ GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**: Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 377.

interpretação unitária e harmonizante da Constituição, permitindo a máxima realização de todos os bens e valores envolvidos à luz da realidade.¹⁸

O discurso prático jurídico mostra-se impróprio para lidar com a justificação da escolha valorativa que sopesa um princípio moral frente ao outro. O uso da teoria dos direitos fundamentais esbarra na incapacidade do poder judiciário em tornar executável aquilo que decide, faltando-lhe muitas vezes a capacidade técnica e informações empíricas tão necessárias a efetiva realização do direito.

Em Teoria dos Direitos Fundamentais a solução para o conflito de princípios é a máxima da proporcionalidade. Mas, tais princípios quando sopesados tendem a se confundir com valores, dando azo a percepções subjetivas. Assim, tal método acabaria por promover decisões arbitrárias. O próprio Alexy aproxima o direito da axiologia, “de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos Valores”.¹⁹

Valores e princípios se distanciam em face da natureza deontológica dos princípios. Entretanto, Alexy não concebe os princípios enquanto norma deontológica, “dever-ser”, de maneira clara. Além disso, a relação de precedência é ditada por pesos de cada princípio, mas não há indicação de critério objetivo na definição destes pesos. Segundo Marcelo Galuppo:

Ainda que alegando que a precedência de um princípio seja condicionada pelo caso concreto, Alexy afirma ser possível, ainda que apenas no caso, estabelecer uma hierarquia entre princípios, mesmo que tal hierarquia não assuma um caráter sistemático e só possa ser apresentada, em sua opinião, posteriormente à ocorrência do caso concreto. Se é possível uma aplicação gradual dos princípios, eles não podem ser caracterizados como normas jurídicas. Uma vez que as normas jurídicas se referem ao conceito de dever, como pressupõe o próprio Alexy, então elas somente podem ser cumpridas ou descumpridas. O dever, e consequentemente as normas, possuem um código binário, e não um código gradual. Portanto, dizendo entender que as normas jurídicas são conceitos deontológicos, Alexy se contradiz ao adotar um modelo axiológico para explicar o funcionamento desse tipo específico de norma (os princípios).²⁰

Portanto, transformar valores em normas é uma atividade que pode colocar em risco o ideal de democracia, pois caberia ao legislador tal tarefa e não ao poder judiciário. Decisões judiciais que se pautam em valores, os atualizando enquanto normas podem revelar

¹⁸ GARCIA, 2008, p. 377.

¹⁹ ALEXY, 2008, p. 219.

²⁰ GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/514>. Acesso em: 18 dez. 2021.

arbitrariedade. Compete ao legislador, na medida em que está legitimado pela população para realizar a passagem de um conteúdo axiológico para um conteúdo deontológico e normativo.

A realização de um sopesamento entre princípios pode trazer danos a democracia, porque concepções particulares de valores vão se impondo sem o devido respeito ao processo deliberativo. Assim, as vozes dos demais participantes do discurso são caladas enquanto um valor moral se estabelece como norma.

Segundo Habermas, “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”²¹. Para Habermas, a participação popular se dá através do poder legislativo, que cria a lei, alcançando de forma democrática a relação entre direito e moral. Entretanto, o poder judiciário não pode legitimar a si mesmo, assumindo concepções morais de forma particular e as impondo. Segundo Cattoni de Oliveira:

Ao final, ao se reduzir o Direito a valores que, por sua natureza, não são homogêneos numa mesma sociedade, aumenta-se o risco da irracionalidade do processo jurisdicional de controle, transformando-o [n]uma instância político-legislativa que se sobressairia ao próprio legislador democrático. Instaurar-se-ia, desse modo, uma ditadura de “boas intenções éticas e políticas” que desrespeitaria a cidadania e o legislativo, à medida que os reduziria a meros tutelados do Tribunal de cúpula, no caso do Supremo Tribunal Federal, ou, no caso alemão, da Corte Constitucional Federal.²²

Esse excesso de subjetividade poderia pôr em risco a racionalidade do método de aplicação de princípios de Alexy. Agir com Solipsismo e moralismo não são a atitude esperada do juiz de direito, ainda que os direitos fundamentais tenham se tornado normas jurídicas de eficácia plena, assim ensina Lênio Luiz Streck²³. Logo, decidir por princípios tem significado: “decidir por padrões morais vagos”. Sob a égide da inafastabilidade do poder judiciário e sob a ótica da eficácia plena das normas constitucionais, os juízes passaram a ter um papel destacado na implementação de políticas públicas. Segundo Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de

²¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 145.

²² OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 400.

²³ STRECK, Lênio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S.l.], ano 6, v. 1, maio, 2013. p. 214-220.

um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²⁴

O juiz ativista tenta preencher a lacuna deixada pela iniciativa política do legislador, assumindo o atendimento das demandas sociais que se encontram protegidas pela norma constitucional. A eficácia plena da norma constitucional é impositiva frente a atividade legisladora, constringendo os demais poderes diante da inércia política na concretização de direitos fundamentais. A constituição passa a ser interpretada de forma a atender as necessidades sociais protegidas pelos princípios. Estes não são meras normas de conteúdo programático.

Segundo Robert Alexy, enunciados programáticos são direitos subjetivos definitivos não vinculantes, ou meras pretensões constitucionais a prestações. Mas, os princípios seriam enunciados vinculantes, com caráter *prima facie*, são mandamentos de otimização não definitivos, “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁵. As normas de conteúdo programático são definitivas, mas não são vinculantes. Os princípios são vinculantes, mas não definitivos.²⁶ Sendo assim, um Tribunal Constitucional pode entender que existe um direito à prestação do Estado, e tal direito dependerá de uma interpretação capaz de expandir o sentido que se atribui a tal norma, porque o juiz ativista vê a atividade interpretativa como uma ação que produzirá efeitos positivos na realidade social e política.

Entretanto, o ativismo judicial nem sempre encontra resultados positivos e legítimos. Muitas decisões pautadas pelo ativismo judicial são carentes de legitimidade. Na visão de Dworkin:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política, o ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.²⁷

Diferentemente do ativismo judicial apresentado por Luiz Roberto Barroso, Ronald Dworkin encara uma outra forma de atuação da atividade interpretativa, um tipo de ativismo

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium* - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009. p. 11-22.

²⁵ ALEXY, 2008, p. 104.

²⁶ *Ibid.*, p. 501.

²⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 451.

judicial pautado por uma racionalidade de cunho prático e que provoca uma ruptura com a ordem constitucional. A ordem jurídica analisada por Dworkin é a *Common Law*, onde a prática do ativismo está associada ao raciocínio pragmático. Para Dworkin, o uso de argumentos práticos não poderia afastar a sua vinculação aos princípios, que ganham conteúdo deontológico com o autor. Assim, o ativista evita o valor da tradição e impõe suas próprias razões acerca da função da justiça.

No Brasil as reclamações acerca do ativismo judicial ganham clamor político. Porém, é exatamente o uso excessivo de valores jurídicos abstratos, como princípios, que recebem a maioria das críticas por sua conduta ativista alcançar níveis imprevisibilidade e de arbitrariedade. Na opinião de Lênio Luiz Streck, é possível falar de um Estado de Exceção principiológico²⁸, donde aquele que diz o direito, ao fazê-lo afasta-o, invocando princípios morais para escolher alternativas de consequências sem critério jurídico.

O neoconstitucionalismo e o ativismo judicial encabeçam a trama romântica no direito brasileiro. O decidir por princípios tem levado a um discurso transcendental-moral no direito que afasta o poder judiciário de sua legitimidade. Na lição de Kaufmann, “Como, de fato, superar o atual desenho do Supremo Tribunal Federal com “guardião da democracia” e seu discurso feito para juristas, reincluindo o cidadão na consolidação dos direitos?”²⁹ O Poder judiciário passou a ser o guardião da realização de direitos fundamentais, pois estes não são mais meras promessas. Mas, decidir por princípio tem revelado uma decisão de cunho transcendental-moral, e muitas vezes expõe um modelo de verdade jurídica carente de validação e incoerente com a segurança jurídica.

Ao decidir através de princípios, ainda que suspenda-se a aplicabilidade de uma regra, e sob a proteção de sua legitimidade argumentativa, construiu-se discursos que operam a valorização de determinado princípio constitucional frente a outro com base no sopesamento de sua intensidade ao caso concreto, o que no fundo se torna a realização da decisão valorativa sob o enfoque moral, em respeito a pretensão de correção normativa: imparcialidade que se converte em pretensão de ser justo, mas que reflete uma contradição: ser imparcial é impor sua ideia de justiça? Pois em nome desta justiça, pode ser criada uma injustiça.

Assim a decisão que se propõe a declarar a eficácia plena de um princípio constitucional, não abarca o conhecimento técnico-científico necessário a efetivação de uma política pública, e faz com que tal decisão judicial, ainda que racionalizada, conduza para uma inefetividade da

²⁸ STRECK, 2013, p. 214-220.

²⁹ KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p.183

medida escolhida pelo juiz, em detrimento da escolha da administração pública. Um paradoxo, uma verdadeira anomia: Digo o direito, não realizando-o.

Suspender direitos a fim de resguardar o direito, uma anomia digna dos Estados de Exceção, como leciona Agamben ao apresentar o itinerário da construção histórica do “*auctoritas*” frente a soberania no “*justitium*”³⁰⁻³¹. A anomia na verdade produz um aspecto político dentro do direito, que se apresenta contraditoriamente, é que ao dizer o direito nos momentos de sua suspensão torna-se possível destruir a cidadania de alguns grupos políticos (de poder), criando a “vida nua”. Esta é a realidade daqueles que foram destituídos de sua dignidade e existência social.

Buscar o sentido de vida, no momento em que se alega a existência de arbitrariedades em um possível Estado de exceção, parece ser um curso das ciências humanas e sociais no pós-guerra. Giorgio Agamben insiste em sua teoria por abordar um termo bastante comum entre os cientistas sociais: a biopolítica. No entanto, a visão de biopolítica proposta por Agamben, denuncia uma teoria do Estado de exceção pautada pelo emprego de um sentido na palavra vida, “vida nua”³², estes são sujeitos que se tornaram “objetos de uma pura dominação de fato”. Assim diz Agamben, “o significado imediatamente biopolítico do estado de exceção como estrutura original em que o direito inclui em si o vivente por meio de sua própria suspensão”.

Segundo Agamben, as democracias ocidentais se acostumaram a conviver com o Estado de exceção permanente, uma situação de anomia. No governar por decreto, através de seu poder regulamentador, estaria a presença permanente do estado de exceção. Para Agamben, o poder legislativo se limita nas democracias ocidentais a ratificar decretos do legislativo e prossegue: “Uma das características do Estado de exceção - a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário- mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo”.³³

Dentro destes estados, alguns cidadãos perderam sua cidadania e com isso tornaram-se “vida nua”, corpos desprovidos de qualquer realidade, dignidade ou direito. Para o Estado de exceção estes cidadãos são descartáveis, daí o termo “vida nua”.

Em sua teoria do Estado de Exceção, Agamben procurou “Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço

³⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Teoria do Estado de Exceção**. 2. ed. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. p. 68.

³¹ O “*justitium*” era um período de suspensão da norma jurídica face ao luto pela morte do imperador, ou em eventos como o carnaval. E normalmente, os líderes se aproveitavam destes momentos para se fazer política, ainda que agredindo o sistema de leis.

³² Ibid., p. 14-15.

³³ Ibid., p. 19.

para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome de “política”³⁴. Noutras palavras, a vida não se encerra na atividade jurídica, a política tanto constrói a anomia (entre Estado de direito – ditadura), como poderia resolvê-la.

A tomada de decisão que se pauta apenas por princípios tem apresentado problemas relacionados a vagueza semântica de tais valores morais, bem como a ineficiência que se alcança, a injustiça, quando se deixa de levar em consideração os efeitos daquilo que se decide. Discrecionalidade e arbitrariedade estão muito próximas quando se condensa a subjetividade numa decisão judicial que invoca a teoria da argumentação e sua ponderação.

Portanto, suspende-se o direito, porque se faz uma hermenêutica sem objetividade jurídica, ordenando princípios sem critérios e beirando a arbitrariedade, essa não é a justiça que estamos a pensar com o Estado Democrático de Direito. Logo, teríamos um Estado de exceção onde o sentido de princípios pode surgir da habilidade argumentativa de seu interprete.

A crítica ao subjetivismo, presente em decisões acusadas de serem ativistas, tem levado o legislativo a aumentar cada vez mais a necessidade de uma maior justificação acerca daquilo que se decide no direito brasileiro.

A judicialização de problemas políticos conduz discussões ao poder judiciário, que apesar de sua inafastabilidade nem sempre possui condições e capacidades suficientes para dirimir um conflito nascido na política. O novo art.21 da LINDB incluiu no processo decisório: proporcionalidade, igualdade e atendimento a interesses gerais. Mas, o que significam estas expressões da linguagem ainda não possui respostas satisfatórias aos requisitos de legitimidade exigidos por um sistema jurídico mais seguro.

A necessidade de fundamentação de uma sentença está presente no texto constitucional, em seu artigo 93. Mas a forma de fundamentar esta decisão possui normatividade no texto do art.489 do CPC. Portanto, ao operar a fundamentação de uma sentença deve-se expor um relatório acerca dos fatos narrados no processo, uma fundamentação que expõe a racionalidade como processo de comunicação e um dispositivo que indique a lei na qual a decisão está pautada. A preocupação com a forma é fundamental para que se evite vícios e nulidades nas decisões proferidas pelo poder judiciário. Além desta preocupação com a forma da decisão, agora, deve o magistrado se ocupar em evitar conceitos jurídicos indeterminados, na forma do art. 489, §1º, II e preocupar-se com os resultados práticos daquilo que se decide, face a nova LINDB em seu art.20.

Na opinião de SANT’ANA:

³⁴ Ibid., p. 133.

Os conceitos indeterminados [...] são palavras ou expressões em larga medida vagas que, a despeito deste grau de vagueza semântica, oferecem um núcleo conceitual a partir do qual a concreção de sentido se dará quando da aplicação e interpretação da norma diante do caso concreto.³⁵

O conceito jurídico indeterminável surge ao explicar o motivo concreto que incide tal conceito ao caso, operando por uma explicação, supostamente racional, o que não implica dizer que só existe uma única versão da racionalidade. Mas, a validade do uso de conceitos indeterminados em expressões jurídicas, com caráter discricionário, vai expor o grau de legitimidade a qual tais decisões estão a enfrentar. O controle deste processo de definição de conceitos jurídicos deve se dar através da participação dos demais sujeitos envolvidos no discurso jurídico. Um controle intersubjetivo pode assegurar algum limite a discricionariedade nas decisões.

2.3 Objetividade jurídica, consequencialismo e pragmatismo jurídico

O excesso de discricionariedade na decisão judicial, alardeada pelo seu grau de subjetivismo, afronta a ideia de segurança jurídica. Assim, o legislador pátrio resolveu instituir mecanismos que impeçam arbitrariedades em decisões judiciais. Neste sentido, o art.20 da LINDB procura adaptar a atividade decisória as exigências por segurança jurídica, objetividade e eficiência.

Carlos Ari Sundfeld afirma que vivemos um ambiente de “geleia geral”, onde através de princípios, normas de alto grau de indeterminação, se tornou possível adotar qualquer decisão, o que fomenta a arbitrariedade. A fim de superar esta “farra de princípios” o autor propõe que “o juiz deve suportar o ônus da competência e o ônus do regulador”³⁶.

Assim, o juiz deve apresentar em sua decisão, argumentos que justifiquem ser o poder judiciário o competente para intervir e trazer soluções ao litígio (ônus da competência). Além disso, o fato de fazer menção a princípios não é o suficiente para que se justifique tal intervenção. O juiz deve justificar e analisar todas alternativas, os custos e os efeitos de sua decisão (ônus do regulador).

³⁵ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações**. 2009. 38 f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10792>. Acesso em: 23 jan. 2022.

³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 206.

Mas, se a aplicação dos princípios tem gerado problemas com a racionalidade e objetividade do método hermenêutico adotado, então como fazer para dar objetividade ao processo de aplicação de normas em direito? Esta pergunta nos leva a uma outra: é possível interpretar sem a presença da subjetividade?

A interpretação é um fenômeno que ocorre no sujeito, ainda que sua validação seja intersubjetiva, não há como desgarrar qualquer método interpretativo da atuação do juízo daquele que conhece.³⁷⁻³⁸

Segundo Virgílio Afonso da Silva, duas variáveis podem conferir maior objetividade a interpretação jurídica: “A primeira delas é o controle intersubjetivo. A segunda, a possibilidade de previsibilidade da decisão”.³⁹ O controle intersubjetivo tem espaço através da validação e diálogo, já a previsibilidade da decisão traria consigo ideias como segurança jurídica, consistência e coerência.

O autor aponta que três aspectos devem ser usados para se analisar essas duas variáveis da objetividade: metodológico, teórico e o institucional. Sob o aspecto metodológico, Virgílio Afonso Da Silva propõe ao método do sopesamento de princípios um escalonamento: “o sopesamento não pode ser uma questão de “preferir isso àquilo”, porque simples preferências são infensas a qualquer controle intersubjetivo”⁴⁰. Portanto, é importante classificações como pequeno, médio e grande a fim de se comparar o grau de restrição de um direito fundamental com o grau de realização de outro, abrindo uma possibilidade para o diálogo intersubjetivo, mostrando com clareza argumentativa os passos que se seguiram em busca da fundamentação de uma decisão.

Sob o aspecto teórico, deve-se expor as premissas teóricas de que se partiu na busca da solução de um determinado caso concreto. A exposição dessas premissas teóricas contribui para a clareza do sopesamento realizado, ajudando a compreender o resultado promovido. Assim, tanto o controle intersubjetivo quanto a previsibilidade são dependentes da teoria que se utiliza para se determinar os sopesamentos dos princípios.

Quanto ao aspecto institucional das variáveis do controle intersubjetivo e da previsibilidade decisória. Partindo da crítica a subjetividade e a irracionalidade, presentes no

³⁷ KANT, Immanuel. **A Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Edipro, 2020.

³⁸ Nesta obra, Kant apresenta como o sujeito pode produzir conhecimento. O autor chama aquele que conhece de sujeito transcendental e apresenta sua estrutura lógica, dividindo o sujeito em três faculdades: razão, entendimento e sensibilidade. Deste modo, não se conhece o objeto real das coisas, mas tão somente aquilo que se apresenta ao sujeito. Portanto, uma ciência completamente objetiva não é ciência produzida por humanos.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 363-380.

⁴⁰ Ibid., p. 363-380.

método do sopesamento, que não permitem a ponderação nenhuma espécie de controle e previsibilidade (o que promove insegurança jurídica), Virgínio Afonso da Silva entende que segurança jurídica e previsibilidade irão depender do respeito aos precedentes e do controle social: “quando existe um histórico coerente de decisões jurisprudenciais, há um grande ônus argumentativo para que esse histórico seja contrariado”.⁴¹

Assim, as normas de direitos fundamentais são decorrentes da história de decisões da corte constitucional e a contrariedade de uma posição jurisprudencial irá depender de longa carga argumentativa. O sopesamento não deve se fixar somente com base em texto normativo, mas, mesmo que contrariando jurisprudência fixada a décadas, a consideração de precedentes conduz ao aumento do controle intersubjetivo: aumentando a carga argumentativa e fomentando o diálogo. Sopesar somente com base em texto de lei é promover uma longa abertura subjetiva: Novas posições jurisprudenciais devem dialogar com precedentes anteriores.

Coerência e consistência fazem parte de outro aspecto da abordagem institucional sob a variável da previsibilidade acerca da objetividade na interpretação jurídica. Coerência e consistência seriam alcançadas por um controle social das decisões judiciais, que deve ser exercido por todos, mas principalmente pela imprensa e pela comunidade acadêmica e jurídica. Na lição de Silva, “quanto maior for o controle, quanto maior for a transparência, quanto maior for a publicidade das decisões de um determinado tribunal (na internet, por exemplo), tanto menor será a possibilidade de decisões *ad hoc*”⁴². Assim, coerência e consistência promovem segurança jurídica ao trazer uma maior objetividade a interpretação jurídica por meio de um controle social de suas decisões.

A viabilidade metodológica do sopesamento de princípios depende de sua capacidade de controle intersubjetivo e previsibilidade. O controle social, sob o aspecto institucional da objetividade viável à interpretação jurídica, tem se manifestado no direito brasileiro contra decisões “*ad hoc*”, carregadas de subjetivismo e arbitrariedades.

Neste sentido, o art.20 da LINDB traz um aumento no controle social e intersubjetivo ao exigir que o juiz se ocupe com o resultado útil daquilo que se decide, aumentando a qualidade de sua argumentação. Busca-se mais previsibilidade e controle das decisões. O aumento da qualidade argumentativa, ao introduzir as preocupações com as consequências na motivação decisória, leva a uma abertura comunicativa com razões práticas e fáticas. Quando as discussões atingem o nível fático é possível uma maior participação da imprensa e dos cidadãos,

⁴¹ Ibid., p. 363-380.

⁴² Ibid., p. 363-380, grifo nosso.

aumentando o controle intersubjetivo e, conseqüentemente, a coerência e consistência da decisão, oferecendo o tipo de objetividade da qual o direito pode se referir.

Se o objetivo é justificar a competência do judiciário sob o enfoque de uma análise sobre os custos e efeitos da decisão, então parece que a nova norma atrai argumentos fáticos e consequencialistas, afastando a decisão que pretender se pautar somente em norma de extrema indeterminação.

O art.20 da LINDB tem sido classificado como um marco teórico de introdução do consequencialismo no direito brasileiro. Porém, o consequencialismo costuma requerer o alcance de uma finalidade independentemente dos meios aos quais se vale, uma decisão política. Para o juiz americano Richard Posner, decidir por teses consequencialistas é realizar análise econômica⁴³, que por vezes escapa da autonomia da ciência do direito. Uma vez que os processos de tomada de decisão na economia envolvem estudos sobre as relações entre as alternativas decisórias e as conseqüências associadas a elas.

O Consequencialismo, também, pode se definir como sinéptica⁴⁴, na lição de Nunes, ou seja, como jogos de escolha de filosofia moral. Onde existe um dilema, aquele que escolhe raramente possui todas as informações necessárias ao bom decidir, exemplo: a eficiência de um ato administrativo só pode ser alcançada pelo conhecimento técnico de quem decide. Mas, muitas vezes aquele que decide não possui capacidade técnica para tal, e acaba por fazer escolhas morais. A opção de se decidir entre as alternativas de decisão e suas respectivas conseqüências não afasta a necessidade de estabelecer critérios, ainda que de valores, acerca de como escolher uma alternativa de conseqüência e não a outra. Portanto, a arbitrariedade ainda permeia juízos práticos que pretendem objetividade simplesmente pelo fato de se preocupar com a conseqüência alcançada.

Acerca do consequencialismo, algumas distinções com os termos “prático” e “pragmático” são cruciais. Segundo Diego Argulhes Werneck:

Prefiro o termo “consequencialista” aos termos “prático” e “pragmático”, pois é possível fornecer argumentos práticos não-consequencialistas. Pense-se por exemplo, na discussão em torno da constitucionalidade do valor do salário mínimo, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1458 MC/DF. Por um lado, é possível formular o argumento prático segundo o qual seria impossível, dadas as condições econômicas do país, estabelecer um salário mínimo capaz de atender a todas as exigências do art.7º, IV; por outro, seria igualmente possível fornecer um argumento diferente, segundo o qual a

⁴³ POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2010. p. 12.

⁴⁴ NUNES, Tatiana Couto. A sinéptica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais. In: **A eficácia das decisões judiciais como foco nas decisões da jurisdição constitucional do STF**. Brasília: IDP, 2012. p. 17-37.

fixação do salário mínimo em um valor apto a atender as exigências do art.7º teria como consequência a quebra. Se aceitarmos como corretos esses usos de palavras em jogo, pode-se dizer que o conjunto dos argumentos “práticos” ou “pragmáticos” contém o dos argumentos consequencialistas, mas que não se tratam de conjuntos idênticos. Além disso, o termo “prático” tem um significado próprio, na tradição filosófica, a partir do pensamento aristotélico.

⁴⁵

Argumentos práticos podem não ser argumentos consequencialistas ou pragmáticos, e vice versa. Tais argumentos são distintos, mas podem ser absorvidos uns pelos outros. Neste sentido o pragmatismo, por exemplo, pode atrair para si argumentos práticos e/ou consequencialistas, sem ser taxado de consequencialismo.

A maneira de encarar o consequencialismo é uma das características que diferencia o pensamento de Richard Posner, pois para o autor é preciso levar em consideração a realidade e a atividade prática daqueles que decidem. Diferentemente de autores que sustentam teoria normativas, pautadas por princípios e valores, Posner acredita que dilemas morais não são úteis para resolução de conflitos jurídicos. Por isso, somente através de questões práticas a solução pode ser encontrada pelo magistrado.

Porém, Posner defende que o uso de argumentos consequencialistas só devem ser utilizados quando não há uma regulamentação específica pelo sistema jurídico. Ele explica que quando as consequências não são catastróficas deve-se por razões de sensatez, seguir o contrato tendo em vista proteger as expectativas, preservando a linguagem ordinária como meio efetivo da comunicação legal.⁴⁶

O pragmatismo jurídico de Posner surge após sua tentativa de consolidação da eficiência enquanto um valor, a maximização da riqueza. Mas, tal projeto não consegue alcançar êxito, assim ele constrói sua proposta de pragmatismo jurídico, mas afirma que tal pensamento (cético e prático) não deve ser taxado de consequencialista, uma vez que é possível que algumas decisões judiciais possam se valer de algum tipo de formalismo (como os precedentes) para se alcançar resultados práticos. Um bom juiz avalia as virtudes do império da lei frente às consequências ruins, em nome de: coerência, geneneralidade, imparcialidade e previsibilidade. Assim, adota-se um certo formalismo sob o pretexto de se evitar consequências sistêmicas danosas. Segundo Posner, o que o juiz deve fazer é atuar em busca da melhor decisão possível que significa agir de forma razoável:

⁴⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas**: a justificação consequencialista de decisões judiciais. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. p.19.

⁴⁶ POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003. p. 82.

Não existe qualquer algoritmo para alcançar o balanço exato entre império do direito e consequências do caso concreto, continuidade e criatividade, longo prazo e curto prazo, sistêmico e particular, regra e padrão. De fato, não há muito mais a dizer ao pretense juiz pragmático do que tomar a mais razoável decisão que possa, todas as coisas consideradas. (Existe um pouco mais para dizer; estou tentando fazê-lo.) ‘Todas as coisas’ inclui não apenas as consequências específicas da decisão, até onde possam ser apuradas, mas também os materiais legais e o desejo de preservar os valores do império do direito. Inclui ainda mais – inclui tantas considerações de prudência e psicologia que uma enumeração exaustiva é impossível. É difícil aperfeiçoar a descrição de Holmes acerca do que conduz a decisão para o juiz que, em bom figurino pragmático, coloca a experiência acima da lógica: ‘as necessidades intuitivas do momento, as teorias morais e políticas prevalentes, intuições de políticas públicas, conscientes ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com seus compatriotas’⁴⁷.

O tipo de consequencialismo presente no pragmatismo jurídico de Posner é um consequencialismo puro, que será usado como mero instrumento para uma decisão razoável. O próprio Posner não diz qual o critério será usado para se valorar a melhor alternativa de consequência, nem se existe alguma teoria geral que possa dar conta deste tipo de critério, isso depende das normas prevaletentes em sociedades particulares. O pragmatismo oferece uma orientação local, e não universal, para a decisão judicial. A utilidade de seu pragmatismo irá depender do grau em que uma determinada sociedade é normativamente homogênea. Quanto mais homogênea, mais proveitoso será o pragmatismo jurídico.⁴⁸

A ausência de critérios para se valorar e eleger as alternativas de consequências aumenta a discricionariedade, o espaço da subjetividade sob as interpretações jurídicas podendo trazer consequências ruins como a insegurança e imprevisibilidade.

Portanto, se a realidade social opera no mundo fático, então as preocupações entre a ação decisória e seus impactos no mundo dos fatos se faz necessária se o direito pretende manter um canal de comunicação aberto com a realidade social. Isto, por si só já bastaria para se entender um modelo de argumentação que empregue as consequências como suporte fático de razões aplicadas às regras e aos princípios constitucionais.

O pragmatismo jurídico expõe uma racionalidade prática preocupada com a forma como se maneja a tomada de decisão frente as consequências e tendo como fim a realização de um resultado último: a melhor decisão possível. Segundo Leal e Arguelhes, “O juiz norte americano Richard Posner, por exemplo, faz um esforço explícito para mostrar que sua concepção de

⁴⁷ POSNER, 2003, n.p., tradução nossa.

⁴⁸ POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 241.

pragmatismo jurídico não é apenas uma aplicação do pragmatismo filosófico no Direito”⁴⁹. Assim, o juiz pragmático é aquele que decide por senso prático, o bom senso.

Richard Posner apresenta a estrutura de seu juízo consequencialista dividido por duas etapas: uma dimensão descritiva e uma dimensão normativa. A dimensão descritiva: é a fase de individualização dos pares de decisões possíveis e estados de coisas associados a cada uma delas: Ex: A1 (alternativa 1)-C1 (consequência 1), A2-C2, A3-C3, A4-C4 e assim por diante. A dimensão normativa: ordena-se os pares da dimensão descritiva com base em algum critério pelo qual se estabeleçam relações de preferência entre estados de coisas possíveis. Através deste critério se elegerá um par de alternativas como o que alcançará o melhor resultado ao caso concreto.

Este tipo de raciocínio é operado pelo senso prático, sendo muito comum aos filiados da teoria da análise econômica do direito, não é à toa que Richard Posner escreveu sua “*Law and economics*”. Mas o autor chama este tipo de juízo de prognose de consequencialismo truncado: pois não olha para todas as consequências possíveis de cada decisão possível, apenas algumas delas, com ênfase na consequência para o caso concreto, exceto quando estas são nocivas a segurança jurídica, aos custos sociais sistêmicos, talvez frente as influências de Ronald Coase, com suas questões acerca dos custos sociais.

A adoção de uma postura de como decidir é enfrentada como uma decisão de segunda ordem. Quais as possíveis consequências, atreladas a adoção de uma postura específica, se outras posturas são possíveis? Por que decidir como decidir é importante? Estamos diante de uma decisão de segunda ordem que traz consequências ao sistema jurídico e a segurança jurídica.

Para Posner, o juiz deve decidir levando em consideração as consequências, exceto quando isso gera consequências indesejáveis. Segundo Posner: “o juiz deve tomar a melhor decisão possível, levando em conta tudo que for relevante”. O que indicaria um critério de razoabilidade. Apesar de ser um critério, que trata de uma decisão de segunda ordem, é difícil de conciliar com a preservação de certas expectativas sociais (como segurança jurídica), face o seu grau de subjetivismo, como saber o que é, ou não, relevante numa decisão consequencialista?

Segundo Posner, “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de

⁴⁹ LEAL, 2009, p. 177.

princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”⁵⁰. Mas, a preocupação com as consequências da decisão não significa que existe uma identificação entre o pragmatismo e o consequencialismo. Para Posner ser razoável é encontrar as melhores consequências, isso explicita o juiz pragmático sem o tornar um consequencialista. Afinal, uma decisão consequencialista pode oferecer a melhor solução a um determinado caso concreto, mas poderia colocar em risco o ordenamento jurídico, trazendo consequências danosas ao sistema jurídico e insegurança.

Posner admite uma possibilidade para uso de juízos formalistas, desde que nas premissas de seus silogismos, o juiz pragmático poderá se valer de uma justificação externa em seu raciocínio formal, desde que esta justificação leve a escolher a melhor consequência possível, que traga resultado útil e não promova custos negativos ao sistema como um todo. Logo, buscar a clareza na decisão pela melhor consequência possível, não pode se esquecer dos custos de tal decisão. Portanto, o uso do silogismo se torna um instrumento ao juízo de prognose.⁵¹

Assim, ao buscar definir o critério usado para escolher qual a melhor alternativa de consequência pensando em resguardar os custos sistêmicos de tal decisão, o juízo de prognose poderá em suas premissas expor uma justificação externa, baseada inclusive em algum silogismo formalista, onde o objetivo é a preservação da clareza e da segurança jurídica.

O pragmatismo jurídico de Posner não adota nenhuma teoria normativa da decisão, mas nos aponta para estratégias decisórias. Na opinião de Leal e Arguelhes:

Portanto, mesmo que cada par alternativa de decisão/estado de coisas tenha sido adequadamente identificado, a decisão a ser tomada não “surge”. Ela é escolhida a partir de certos critérios que expressam uma determinada preferência, entendida como uma relação de ordenação de um conjunto de ações alternativas.⁵²

Esta ordenação do conjunto de ações alternativas, que se oferecem a um juízo pragmático, é uma escolha valorativa e implica preferências subjetivas e discricionariedade daquele que decide. Assim, a fim de limitar esta discricionariedade poderíamos apelar a um

⁵⁰ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p.558/380.

⁵¹ O uso do formalismo em juízos consequencialistas não se apresenta apenas no pragmatismo jurídico de Posner, A Teoria Institucional também propõe um tipo de formalismo capaz de lidar com problemas decisórios: o formalismo institucional. Diferentemente, tal teoria critica as teorias anteriores por desconsiderarem que as estratégias interpretativas serão usadas por instituições falíveis e que suas decisões produzirão efeitos sistêmicos para além do caso concreto, o que chama de cegueira institucional. O seu formalismo institucional prevê que sejam utilizadas mais regras do que standarts, um conjunto modesto de ferramentas decisórias e interpretativas e a possibilidade de deferência institucional.

⁵² LEAL; ARGUELHES; SARMENTO, 2009, p. 192.

juízo formalista e legalista, para frear estes impulsos subjetivos, como forma estratégica de decidir. Segundo Thais Nunes de Arruda:

Já na obra *Law, Pragmatism and Democracy*, Posner diz que o formalismo jurídico enfatiza a lógica, enquanto que o pragmatismo jurídico, a experiência. O formalismo significa a negação do componente político-ideológico no direito e que os antiformalistas se equivocam ao dizer que o formalismo produz más decisões e que ele é um disfarce para a tomada de decisão política. Ele responde, segundo Posner, a necessidade premente da profissão jurídica de representar as decisões judiciais como produto de um processo objetivo do raciocínio jurídico, um processo que opera independentemente da personalidade do juiz e requer pouco conhecimento do contexto social de um caso.⁵³

Portanto, o formalismo poderia ofertar algum tipo de controle sobre a discricionariedade das decisões, pois traria alguma objetividade ao raciocínio jurídico. Mas, a principal preocupação é com a definição de uma estratégia de como se deve decidir aquilo que se decide. Em algumas situações estratégicas, o pragmatismo jurídico pode absorver uma conduta formalista para que se alcance um determinado fim, uma consequência. Posner não adota o formalismo em sua metodologia decisória, apenas o indica que pode ser usado no caso de consequências negativas ao sistema. Ao longo da obra de Posner fica claro que sua investigação sobre o direito é uma busca por explicações empíricas, e assim vai se encontrar com a economia, pois juízos formalistas tendem a se afastar do mundo concreto.

A crítica ao formalismo está em sua obra “*The problems of jurisprudence*”, onde o autor americano diz que a maioria das decisões se resume a silogismos, e pretende que se abandonasse essa técnica. Entretanto, abraça a ideia de se utilizar o formalismo jurídico como estratégia em sua retórica pragmática, sem o levar a sério. É o que acontece quando surgem consequências sistêmicas em razão de sua posição pragmática.

Para Thais Nunes de Arruda:

Para Posner, não se pode subsumir o direito ao legalismo. Como os “materiais legalistas” falham ao gerar decisões aceitáveis a todas as questões jurídicas, os juízes devem considerar outras formas de julgar, incluindo suas opiniões pessoais sobre política e políticas públicas. Essa inabilidade do legalismo de gerar soluções e de verificar a correção das soluções, é que expande a área aberta na qual os juízes exercem sua discricionariedade.⁵⁴

⁵³ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 148.

O formalismo tende a resumir tudo a lei e a análise econômica do direito não vê eficiência em tal redução. Quando Posner fala em absorver o formalismo, ou legalismo, é dizer que este serve de mera ferramenta a atividade de um juízo pragmático, que em momentos mais difíceis poderá recorrer a discricionariedade do magistrado. Segundo Leal e Arguelhes,

Sem nenhum critério mais preciso para decidir quando ser pragmático e quando ser formalista (por razões pragmáticas), na prática tudo que Posner tem a oferecer é um critério de “razoabilidade”- tome a melhor decisão possível, levando em conta tudo que for relevante”. Trata-se (ainda) de uma decisão de segunda ordem difícil de conciliar com a preservação de determinadas expectativas sociais.⁵⁵

Posner não traz uma definição sistemática do seu conceito de razoabilidade, sua conduta cética é um procedimento investigativo da natureza prática e empírica dos processos de tomada de decisão na *Commun law*, que segundo o autor revela a promoção da eficiência na aplicação do direito americano. Para se alcançar a máxima eficiência possível não se traz à baila nenhuma teoria especulativa, seu pragmatismo é capaz de adotar qualquer forma de fundamentação, desde que promova a melhor decisão possível. Nesta direção, há um vazio de conteúdo em sua teoria, pois não traz nenhuma novidade dizer que a justiça deve promover a melhor decisão possível.

Assim, a segurança jurídica que deveria estar protegida por uma estratégia de segunda ordem, na verdade ainda permanece à mercê de juízos discricionários, por mais que se tente elaborar planos de definição de quais critérios se adotar na eleição dos valores em juízos prognósticos. O que se mostra é um vazio de conteúdo nas exposições de argumentos práticos que não conseguem oferecer nenhum tipo de controle, retomando os problemas com a subjetividade, há um vazio, uma falta de critérios objetivos para se adotar uma alternativa de consequência da decisão em lugar de outra. No fim, a dimensão estratégica pragmática pode acabar levando a inserção de interesses políticos no processo decisório, não oferecendo nenhum tipo de controle acerca de como se deve decidir.

Ronald Dworkin tem uma proposta, diferentemente de como entendeu Posner, para abarcar o consequencialismo em sua doutrina. Para Dworkin, o pragmatismo não leva a sério que as pessoas podem ter direitos, independente de qual será o futuro de uma sociedade. O pragmatismo não atribui força ao direito sem desvincula-lo das consequências, pois o direito não é mero instrumento para se atingir consequências.⁵⁶ Afinal, são os princípios que guiarão a

⁵⁵ LEAL; ARGUELHES; SARMENTO, 2009, p. 211.

⁵⁶ DWORKIN, 2007, p. 197.

decisão acerca de quais consequências são aplicáveis ao caso concreto. Os Argumentos consequencialistas podem compor o suporte fático para situações de conflito entre direitos, uma vez que as normas jurídicas atuarão como critério para a escolha da melhor alternativa de consequência. Assim, diz Dworkin:

Devo acrescentar – embora espere que isso seja evidente – que os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos ‘por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a **uma decisão correta**, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores’. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante. Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas.⁵⁷

Nota-se que Dworkin propõe um modelo deontológico de aplicação dos princípios que leva em consideração as preocupações acerca das consequências decisórias. Portanto, até mesmo normas jurídicas indeterminadas dependerão de razões factíveis para se ajustar a realidade e poderem ser realizadas, ainda que na maior medida do possível.

Em Robert Alexy, temos um modelo axiológico para aplicação de princípios, mas o autor constrói a racionalidade de seu método a partir de razões empíricas e fatídicas, tal modelo possui um aporte pragmático e consequencialista, pois, suas razões fáticas estão inseridas nas subregras da adequação e da necessidade e serão estudadas no item 4.2.

No direito brasileiro, o consequencialismo jurídico é definido pelo professor Luiz Fernando Schuartz como “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”.⁵⁸ Mas, pode o juiz deixar a lei de lado para fins de se alcançar um resultado útil com sua decisão? O apego aos efeitos e não as justificativas teóricas inaugura um novo binômio para o pensamento: o útil e o não útil, o funcional e o ineficaz. O consequencialismo traz uma

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b. p. 148, grifo do autor.

⁵⁸ SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-384.

nova abordagem decisória que se compromete com a segurança e eficiência do resultado prático da decisão.

O consequencialismo é um termo usado para definir vários tipos de decisões que se pautam nas consequências. Mas, pode-se usar como critério de distinção do consequencialismo o tipo de consequência alegada no argumento. Diz Schuartz:

Decisões judiciais tem consequências extrajurídicas e intrajurídicas. Essas são as consequências que as decisões produzem em termos de restrições ou extensões do espaço juridicamente aceitável para decisões futuras. Consequências intrajurídicas ocorrem a reboque das implicações materiais que se ligam ao conteúdo semântico das decisões e dos argumentos firmados como seus fundamentos, i. e., na forma de conclusões de inferências materialmente válidas que incluem as decisões junto com os argumentos em questão, como suas premissas.⁵⁹

Sendo a consequência disposta no argumento e prevista na norma, haverá um argumento consequencialista jurídico com sua referida consequência intrajurídica. Por outro lado, se a consequência usada no argumento não está prevista no ordenamento jurídico, sendo alheia ao direito, e sob a natureza econômica, política ou social, então é o caso de consequência extrajurídica ou externa.

Mas, decidir se algo é ou não útil, implica estabelecer critérios valorativos que definirão qual alternativa de consequência é a melhor para se alcançar tal resultado. Novamente, a arbitrariedade e discricionariedade retornam ao tema da tomada de decisão, seja pela valorização da argumentação por princípios, seja pela argumentação que se pauta em resultados úteis, há sempre uma presença da interpretação e de seus problemas com valores e critérios.

Para Leal, “trabalhar com consequências em processos de tomada de decisão jurídica envolve dois tipos distintos de incertezas: O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio”⁶⁰, e traz a questão de como tornar confiável as prognoses confiáveis, sem ser mero trabalho da intuição. Leal, prosseguem, “o segundo tipo de incerteza diz respeito a dimensão normativa do raciocínio”⁶¹, e para este qual critério se ordenar as alternativas de consequências e que servirá para justificar a escolha feita por aquele que tomará a decisão. Em outras palavras, se a nova LINDB queria evitar subjetivismos, acaba por oferecer mais um dispositivo que oferta subjetividade ao processo decisório.

⁵⁹ Ibid., p. 383-384.

⁶⁰ LEAL, Fernando. **Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo**. Nudges em temas de Direito. São Paulo: Juruá, 2020. p. 38-41.

⁶¹ Ibid., p. 38-41.

O artigo 21 da LINDB exige que para se declarar como inválido ou nulo um ato administrativo ou judicial deverá o aplicador explorar as consequências desta anulação ou invalidação, sendo necessário que se estabeleça critérios na fase de valoração das alternativas dessas consequências, se é que alguma previsibilidade é exigida. Assim, uma decisão que invalida atos ou normas administrativas deve ser motivada através: 1) da demonstração entre a necessidade e adequação da invalidação ou anulação do ato; 2) exposição de motivos pelos quais não foi adotada medida alternativa cabível (ou seja, um exame de necessidade mais aprofundado); 3) explicitar as consequências jurídicas e administrativas.

Noutras palavras, estas novas exigências se insurgem frente ao uso indiscriminado da proporcionalidade pela teoria dos princípios (necessidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito), mas demonstrar como isso pode aumentar a qualidade argumentativa de uma decisão pode servir de horizonte para uma proposta de argumentação decisória que se justifique em seu processo de legitimação, combatendo o subjetivismo e a arbitrariedade, lançando-se em busca de coerência e maior controle intersubjetivo.

Segundo Leal, as alterações na nova LINDB indicam um aumento na carga argumentativa, a menos de forma quantitativa:

Ambos os dispositivos podem ser avaliados de duas formas básicas. Em um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos quantitativos. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago.⁶²

Apesar dos avanços, a nova lei não se mostra capaz de resolver os problemas trazidos pelo ativismo judicial, uma vez que foi justamente a interpretação legal que os trouxeram. Segundo José Vicente Santos de Mendonça:

Há, ainda, dificuldades técnicas de diversas ordens. Uma lei que exige, como condição de validade da decisão, a medição de consequências, carrega problemas quase insolucionáveis sobre (i) o que são consequências práticas, (ii) como elas podem ser expressas em unidades que permitam alguma comparação entre elas, (iii) qual será o critério que orientará essa métrica. Em outras palavras: exigir a medição de consequências práticas traz problemas de

⁶² Ibid., p. 27.

prognose, de comensurabilidade, de axiologia. Quem sabe seja, a pretexto de limitá-las, exigir demais – e daí necessariamente confiar demais – nas autoridades decisórias⁶³.

Assim, mudar uma cultura ativista apenas com a transformação das leis não quer dizer muita coisa. As consequências práticas da decisão serão incorporadas ao processo de explicitação decisória, alguma referência às consequências irá constar no texto da decisão, mas isso não afastará o decidir por valores jurídicos-abstratos.

Na verdade, em muitas situações a capacidade técnica é essencial ao desfecho de um litígio. A ausência desta capacidade técnica pode refletir numa decisão inefetiva, ininteligível ou ilegítima. Quando isso ocorre, é possível uma abertura comunicativa, dentro da própria estrutura da linguagem, fundada numa argumentação externa ao direito que atraia argumentos práticos gerais, desde que tal argumentação jamais seja antijurídica.

O que temos presenciado na hermenêutica jurídica é uma crise de fundamentação, que já vem ocorrendo desde o século XX, e afetou todas as áreas dos saberes. Mas, a autonomia do direito frente as demais ciências, fechando-se em seu tecnicismo, pode revelar a desconexão do direito com a realidade e provocar uma crise de legitimidade daquilo que se decide, exemplo disso são as situações de controle dos atos administrativos pela atividade judicial: o paradoxo da juridicidade⁶⁴, na lição de Henrique Ribeiro Cardoso. É que quando se trata de discutir o mérito do ato administrativo na esfera judicial, sempre falta ao magistrado o conhecimento técnico, científico, acerca das escolhas do gestor público. E por vezes, a escolha judicial, sob o argumento da eficácia plena de direito fundamental (como por exemplo o direito à saúde), pode tornar ineficazes tanto a medida administrativa adotada pelo gestor público quanto a medida substituta decidida pela via judicial. Diz o Professor Cardoso, que o ponto cego no direito seria “a injustiça que pode ser realizada pela vontade alucinada de se fazer justiça”.

Nesta direção, as alterações sofridas pelo CPC em 2015 já indicavam essa limitação a subjetividade de princípios. O art.489, em seu parágrafo primeiro, lista casos de decisões judiciais sem fundamento, já em seu parágrafo segundo, ao tratar da “colisão entre normas”, diz que “o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que

⁶³ LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016. p. 32.

⁶⁴ CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 50-51. Onde acerca da juridicidade apresenta a teoria do ponto cego de Rui Cunha Martins. (MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16.).

fundamentam a conclusão”. Essas premissas fáticas se tornam aliada de uma racionalidade prática capaz de incentivar a busca pelo aumento na qualidade dos argumentos que se pretende usar para se tomar uma decisão fundamentada.

Portanto, não estamos em “*justitium*”. A estrutura do sistema normativo ainda opera com seu vigor. Mas cabe ao interprete a compreensão necessária do modo de operar das ciências sociais perante uma consciência histórica que visa o acontecer do direito como uma manifestação da linguagem no tempo. Os princípios não podem ser traduzidos tendo como consequência sua não realização efetiva.

O jurista atual deve estar atento que a supressão de uma regra por um princípio, cujo viés político-ideológico traga uma decisão judicial que suspende normas e, na realidade concreta, traduza-se em inefetividade da medida de aplicação de um princípio (Ou: dizer o direito, tornando-o não realizável), significa dizer que estaríamos por produzir a “vida nua”, em pleno Estado Democrático de direito.

3 INOVAÇÕES DA NOVA LINDB: A SEGURANÇA JURÍDICA E O PAPEL DA EFICIÊNCIA NA PROMOÇÃO DA JUSTIÇA

Trabalhar com a atividade interpretativa decisória implica abordar aspectos que não estão isoladamente definidos por um tipo específico de racionalidade. Tanto o pensamento consequencialista, quanto o pensamento pragmático trouxeram para a LINDB elementos comuns de uma racionalidade que se fundamenta pelo senso comum e por uma razão prática, valorizando dados empíricos e juízos prognósticos. De fato, o juízo de prognose é um novo elemento que aumenta a carga da argumentação, mas não resolve os problemas valorativos sob os critérios de escolha entre uma alternativa de consequência ou outra.

De outro modo, poderíamos indagar se a LINDB trata de alteração legislativa, então qual sua relação com a atividade interpretativa? Em que sentido essas alterações promovem segurança jurídica e afetam a hermenêutica jurídica e constitucional?

Nesta direção, expor o que se entende por segurança jurídica pode nos mostrar o horizonte deixado pelo novo texto normativo a atividade interpretativa, em sua justificação e argumentação. É um problema para a eficiência ter segurança jurídica?

3.1 A segurança jurídica como um direito fundamental

A segurança jurídica é um valor (moral) fundamental de todo o ordenamento jurídico e está intrínseco a própria noção de justiça. A segurança jurídica está prevista no texto constitucional.

A segurança jurídica sofreu uma evolução histórica que se manifestou de maneiras distintas no desenvolvimento do Estado liberal. Durante o Estado liberal a segurança jurídica focava na certeza (previsibilidade) das relações econômicas e sociais, estando associado a própria ideia de legalidade. Daí surgem os direitos de primeira geração: a vida, a liberdade e a propriedade. Porém, o Estado liberal sofreu diversos processos de mudanças, além de críticas a suas estruturas fundamentais, e a cobrança por igualdade e justiça social fazia emergir o Estado Social. Assim, surge o Estado social promotor de políticas públicas que tentam garantir direitos sociais aos cidadãos.

Com o fim da segunda guerra mundial, o Estado social não atende aos anseios de uma nova era para os direitos humanos. De fato, com a Declaração Universal dos direitos humanos um processo de universalização de valores morais começa a investir frente as constituições de diversos Estados ocidentais. O Estado Democrático de Direito com foco e princípios e valores

atraem a necessidade de precaução, proteção (preventividade) às garantias previstas nos textos constitucionais. Essa proteção das garantias de direitos fundamentais passou a exigir uma postura preventiva do poder judiciário, donde se exige concretização e eficiência no alcance destes direitos fundamentais.

As bases constitucionais da ideia de segurança jurídica podem ser divididas, na lição do professor Pérez Luño, sob seis aspectos: *lex promulgata*, *lex manifesta*, *lex plena*, *lex stricta*, *lex previa* e *lex perpetua*. A certeza do direito se manifesta na segurança jurídica como um reflexo na conduta dos sujeitos de direito.

A “*lex promulgata*” traduz que todas as normas gerais devem ser promulgadas adequadamente, no diário oficial, através da publicidade e difusão social. É preciso difundir o conteúdo das normas jurídicas da forma mais ampla possível, inclusive nas redes sociais, para que se reforce a segurança jurídica, a confiabilidade e a certeza no direito.

A “*lex manifesta*” nos diz que as normas de direito devem ser claras e compreensíveis. O legislador deve usar técnicas adequadas que objetivem a melhor clareza da norma que se pretende promulgar. Entretanto, é preciso se evitar tecnicismos a fim de que a linguagem exposta na norma seja bem compreendida pela população a qual se destina.

A “*lex plena*”, ou a regulação, através da lei, que se faz das condutas dos seres humanos, que integram uma comunidade, deve ser a mais plena possível: que não haja lacunas. “*nulllo crimen nulla poena sine lege*”: Isso implica dizer que toda aquela conduta que não esteja proibida pela legislação é permitida ao cidadão, com base no princípio da liberdade. Entretanto, para o Estado acontece o contrário: toda aquela conduta, atribuição e competência de uma autoridade deve estar expressa em uma norma jurídica, em face do princípio da legalidade.

A “*lex stricta*” nos indica que há certas áreas, certas matérias de direito, que devem estar reguladas somente pela lei. Princípio da reserva legal. Somente o legislativo, enquanto representantes do povo, podem regular certas condutas, como por exemplo direito penal e tributário. Há, portanto, uma hierarquia de normas que se pauta na noção de tripartição de poderes, idealizadas pelo Barão de Montesquieu. Essa tripartição de poderes é fundamental para a independência, autonomia e fiscalização de cada poder, um princípio caro ao funcionamento da noção de Estado.

A “*lex previa*”, nos diz que as normas jurídicas devem se referir a condutas futuras, a sua aplicação não pode ser retroativa. A Irretroatividade da norma jurídica nos indica que temos que ter uma segurança de quais são as atitudes e comportamentos daquilo que podemos fazer e saber com antecedência quais são as consequências de fazer ou deixar de fazer certa coisa.

Por fim, a “*Lex perpetua*” revela que as normas jurídicas serão de alguma maneira estáveis. Ou seja, que se evite reformas contínuas e profundas, modificando o ordenamento jurídico e alterando regras substanciais, que afetam significativamente aspectos das condutas humanas. Certas alterações tributárias, por exemplo, são classificadas como necessárias e indispensáveis e que não há outra forma de se abordar o tema sem realizar a modificação na lei. Entretanto, a norma jurídica necessita ser estável. Esta tensão entre a flexibilização x estabilidade sempre estará presente no direito. Porém, a segurança jurídica exige que mudanças não devem ocorrer de forma imediata, principalmente aquelas que alteram a estrutura fundamental do ordenamento jurídico.

Segundo o professor Antonio-Enrique Pérez Luño:

No Estado de Direito a segurança jurídica assume perfis definidos como: **pressupostos de direito**, mas não de qualquer forma de legalidade positiva, sobretudo daquela que decorre dos direitos fundamentais, ou seja, que assentam em todo o ordenamento constitucional; e **função do direito**, que assegura a realização das liberdades.⁶⁵

A segurança jurídica é um pressuposto do direito e sua função é assegurar liberdades, porém é um direito fundamental que se sobrepõe a legalidade positivada e avança pelo ordenamento como um princípio. A segurança jurídica se manifesta na norma jurídica do direito brasileiro de maneira expressa. Temos um tripé da segurança jurídica, com previsão no art. 5º, inciso XXXVI: O Ato jurídico perfeito: Aquele ato jurídico que já se consumou de acordo com a lei vigente a sua época. Art. 6º, §1º da LINDB. O Direito adquirido: definido como aquele que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e a personalidade de seu titular, mesmo que este ainda não o tenha exercido. Art. 6º, §2º da LINDB. Por fim, a Coisa Julgada: definida como uma decisão judicial que não caiba recurso. Art. 6º, §3º da LINDB. Assim, este tripé composto pelo ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido, define a segurança jurídica e a insere no rol de direitos fundamentais, previstos do texto constitucional em seu art.5º.

A segurança jurídica tem papel estruturante no ordenamento jurídico constitucional, enquanto uma garantia ou direito fundamental. Isso significa que quando falamos em um direito fundamental estamos tratando de um “substrato semântico extraído da realidade, inspirado no valor da dignidade humana”.⁶⁶ Este valor moral é antes de tudo um princípio normativo geral,

⁶⁵ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La seguridad jurídica, una garantía del derecho y la justicia. **Boletín De La Facultad Del Derecho**, Sevilla, n. 15, 2000. p. 28. (tradução nossa, grifo do autor).

⁶⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 541.

que através da segurança jurídica manifesta a conservação e autocorreção do sistema. Segundo Souza:

Resulta de um conjunto de técnicas normativas dispostas a garantir a completude do sistema; ou seja, o ordenamento jurídico tem, na Segurança, uma autocorreção, um corretivo dele próprio, como 'meios predispostos para assegurar a observância, e, portanto, a conservação de um determinado ordenamento constitucional.⁶⁷

Enquanto direito fundamental, a segurança jurídica pertence a um grupo de estruturas normativas que dimensionam um valor, que possui finalidade em si mesmo: a dignidade humana. Esta se propõe como valor universal e sua promoção exige a medida positiva e concreta em sua realização, segundo José Adércio:

As normas de direito fundamental não criam apenas direitos subjetivos para os seus titulares, mas se irradiam pela ordem jurídica como “valores positivados” ou “princípios superiores do ordenamento jurídico”, que inspiram a produção normativa em todos os setores do direito, e criam deveres fundamentais para o Estado (de realização, promoção e proteção), para os demais agentes privados (de respeito ou submissão) e para o próprio titular do direito (de indisponibilidade – o direito à vida não importa a opção entre viver e morrer, em virtude da projeção objetiva do valor “vida” – e exercício não abusivo ou inespecífico-limitação imanente).⁶⁸

Na busca desta concretização dos direitos fundamentais, o direito brasileiro revelou problemas relacionados a interpretação normativa. As decisões judiciais passaram a tratar os conflitos entre direitos fundamentais, os chamados “casos difíceis”, apelando pra a teoria dos princípios e seu sopesamento.

A Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy⁶⁹, admite a possibilidade de se flexibilizar determinadas normas de direito, quando princípios estão em atrito usa-se um juízo de ponderação valorativa entre um direito fundamental e outro. Apesar de muito usada pelos tribunais, tal teoria tem sofrido muitas críticas relacionadas ao excesso de subjetividade na valoração usada pela ponderação, além da ausência de critérios nas definições dos sentidos de certos termos.

⁶⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996. p. 84.

⁶⁸ SAMPAIO, 2013, p. 582.

⁶⁹ Não apenas a teoria dos direitos fundamentais, mas também a sua teoria da argumentação jurídica.

Portanto, vivenciamos excessos praticados em face do ativismo judicial que impuseram um cenário de insegurança jurídica. O ativismo judicial não apenas atropelaria a tripartição de poderes, mas gerou insegurança jurídica através das decisões por princípios vagos.

A racionalidade surge na atividade jurídica do direito brasileiro como forma de pensar a linguagem, ainda, apegado aos argumentos das ciências morais e da filosofia da consciência. Em nome de se realizar justiça, a segurança jurídica passa a estar sob um novo paradigma: a linguagem. Segundo Clémerson Merlin Clève:

O importante, entretanto, é perceber a passagem de um paradigma, conhecido como paradigma do sujeito ou paradigma da consciência, para um outro, que chamamos de paradigma da linguagem. Nesse significativo momento, o Direito, que era compreendido como um objeto, e como tal era exterior ao sujeito cognoscente, passa a ser compreendido como algo que só tem sentido no campo da linguagem: é a linguagem que faz o objeto e sem ela não há objeto. Por conta dessa circunstância, a segurança jurídica não decorre mais apenas das características intrínsecas ao Direito, ao sistema normativo ou às próprias categorias jurídicas, e sim de uma bem fundada teoria da argumentação. Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico.⁷⁰

Portanto, é nas discussões acerca da qualidade da argumentação e da motivação que a segurança jurídica se faz presente, não apenas na legalidade formal. Na verdade, a segurança jurídica aproximou-se de uma argumentação que se orienta pela própria noção de um valor moral e político, a Justiça. Para o professor Pérez Lunõ:

O primeiro [segurança] deixa de identificar-se com a mera noção de legalidade ou de positividade do Direito, para conectar-se com aqueles bens jurídicos básicos cujo “asseguramento” se estima social e politicamente necessário. A justiça perde sua dimensão ideal e abstrata para incorporar as exigências igualitárias e democratizadoras que informam o seu conteúdo no Estado social de Direito.⁷¹

⁷⁰ CLÈVE, Clémerson Merlin. Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 92, 2005. p. 1.

⁷¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Seguridad jurídica y sistema cautelar. **Doxa: Publicaciones periódicas**, Alicante, n. 7, 1990. p. 335.

Assim, a segurança jurídica segue rumo ao terreno, amplo e fértil, do conceito de Justiça. Tal conceito é dependente de uma carga argumentativa, que dificilmente escapa de argumentos oriundos de juízos analíticos da metafísica moral ou da política.

Assim, almejando uma maior presença de segurança jurídica na interpretação das normas do direito brasileiro, o poder legislativo alterou a LINDB, e novos dispositivos trazem a segurança jurídica como elemento a ser promovido pela nova lei. Este é o caso dos artigos 20, 21 e 30 da nova LINDB e que serão tratados mais adiante. Estas novas exigências se inflamam no espaço da argumentação e da motivação, a fim de trazer justificativa a decisão compromissada com eficiência e segurança. Assim, com as novas exigências da lei, a atividade de justificação decisória precisa incluir juízos práticos preocupados com as consequências do resultado alcançado, objetivando a realização de uma decisão eficiente.

O aumento da qualidade dos argumentos apresentados na fundamentação pode elevar a possibilidade de controle intersubjetivo, pois é através da razão que se torna possível uma mediação dos processos comunicativos. Neste sentido, uma relação de complementariedade entre racionalidades aparentemente antagonicas tem muito a contribuir para o aumento da carga argumentativa e, conseqüentemente, oferecer algum tipo de controle e previsibilidade. Assim, a segurança jurídica pode se encontrar com uma decisão que se torne eficiente.

3.2 Justiça e eficiência: o papel da eficiência na promoção da Justiça

A segurança jurídica possui sua definição como sendo composta pelo seu tripé: ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido, cujas definições são apresentadas pela LINDB. Mas esta norma não se resume a conceituar a estrutura básica do conceito de segurança jurídica, ela também oferta um novo elemento que exige racionalidade: um juízo de prognoses focado na noção de eficiência.

Há uma preocupação da nova lei com a segurança jurídica na medida em que se procura limitar juízos acerca de valores jurídicos abstratos ou normas com conteúdos jurídicos indeterminados. Assim, a decisão da administração pública ao buscar promover segurança jurídica, como um valor fundamental do Estado Democrático de Direito, deverá realizar um aumento na qualidade das argumentações das decisões, a fim de assumir um compromisso com a concretização daquilo que se decide: o alcance do resultado pela eficiência da medida adotada.

A emenda constitucional nº 19, de 04/06/1998, incluiu o princípio da eficiência no art. 37 da Constituição Federal. Tal norma define a forma que deve atuar a administração pública no

Brasil. A eficiência visa um sopesamento entre os custos e os resultados sociais. Segundo Gustavo Binembojm, “a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da otimização da gestão com vistas a consecução dos melhores resultados possíveis”⁷². A eficiência é o Norte que deve orientar as projeções e atitudes assumidas pelos administradores públicos nas três esferas de poder.

Mas, a operacionalização desta ideia de se otimizar a gestão, com vistas ao alcance dos melhores resultados, exige uma postura metodológica. A ponderação entre custos e resultados pode ser feita aos moldes da aplicação da proporcionalidade, especificamente na terceira fase da ponderação: proporcionalidade em sentido estrito⁷³. Assim, otimizar a gestão, sob o enfoque da eficiência, é uma tarefa que exigiria argumentação e racionalidade. Pois, ao sustentar a realização de um resultado cabe àquele que decide o dever de fundamentar e motivar as premissas fáticas que o condicionaram a tal escolha.

Para Fernando Leal, a eficiência tem um caráter substantivo quando adentra na esfera jurídica:

Pois bem. A releitura jurídica do conceito de eficiência agrega exigências que vão além do que se entende por conduta eficiente em outras áreas do saber. Não basta mirar os custos; há de se considerar sempre as finalidades e o atendimento de certos requisitos materiais mínimos para que esteja realizado o dever de eficiência. A eficiência pressupõe a economicidade, mas vai além dela. Daí o seu referido caráter substantivo.⁷⁴

A preocupação de quem promove eficiência está no mirar os custos, alcançar uma determinada finalidade e atender a requisitos materiais. Todas essas metas são discutidas por juízos práticos que devem levar os resultados alcançados em consideração. Assim, a eficiência pode ser entendida como um dever de conformar as relações entre meios e fins: não apenas pelo menor custo, mas atendendo a exigências de qualidade, eficácia ou produtividade. Essa conformação entre meios e fins se opera mediante escolhas conduzidas por argumentos práticos.

A escolha proporcional e razoável conduz a uma argumentação eminentemente fática. Afinal, tratar de realizar, concretizar ou tornar efetivo é lidar com fatos empíricos e absorvidos

⁷² BINEMBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 346.

⁷³ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiro, 2007. p. 68.

⁷⁴ LEAL, Fernando A. Ribeiro. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência. Salvador: **REDAE**: Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 15, ago./set./out. 2008. p.5.

pela realidade. Neste sentido, é importante diferenciarmos outros dois conceitos muito próximos a noção de eficiência: A eficácia e a efetividade.

A eficácia é a capacidade de gerar efeitos no mundo jurídico. Já a efetividade é a capacidade de promover esses efeitos jurídicos na vida das pessoas.⁷⁵ Logo, a eficiência para ser reproduzida necessita da eficácia e da sua efetividade, pois o ineficiente se manifesta quando se insurgem efeitos jurídicos sem se gerar efeitos na vida real.

A inclusão da eficiência no texto constitucional foi bandeira de um movimento político que exigia uma administração pública que fosse comprometida com um conceito de gestão adequada, uma gestão racional capaz de evitar o desperdício e de alocar recursos em ações que promovessem efetividade social.

A norma da eficiência permite que os cidadãos possam recorrer as vias judiciais contra ato do poder público que desperdice recursos, não o aproveite, ou o desloque para fins diversos ao bem da administração. Assim, a eficiência acaba por se aproximar da noção de economicidade. Esta última seria a possibilidade de aplicação no menor custo para a realização do resultado desejado ou menor onerosidade possível.

A economicidade é uma das ideias presentes na noção de eficiência. A eficiência, ao tornar-se princípio constitucional, expõe o direito constitucional brasileiro a uma relação entre direito e economia, e isso não é nenhuma novidade no mundo jurídico.

Dentre diversos autores que tratam do tema, um em especial será chamado ao presente trabalho, afim de atender as questões problematizadas neste texto: Richard Posner. Em sua obra intitulada “*Law and Economics*”, Posner elege a eficiência como um valor e apresenta sua maximização da riqueza como sendo um princípio moral presente na sociedade americana, pelo qual a sociedade americana estaria a alocar recursos de forma racional a partir de preferências individuais.

Na história da Economia há dois conceitos de eficiência que traduzem a alocação de bens ao seu uso mais valioso, cuja medida é a disposição das pessoas em obter tais bens: a “Eficiência de Pareto”⁷⁶ e o critério de “Kaldor-Hicks”.

A eficiência de Pareto traduz uma situação onde a mudança na situação em geral piora a posição particular de alguém, assim a eficiência admite uma melhora da situação em geral até que surja uma desvantagem em relação aos demais envolvidos na situação. Esta situação

⁷⁵ FREITAS, 2007, p. 68-69.

⁷⁶ Vilfredo Pareto é um italiano que escreveu um livro acerca da economia política de sua época. **Manual de Economia Política**. Trad. João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996. Nesta obra, se encontra os seus pensamentos acerca da noção de eficiência

implica uma noção de proporcionalidade. É uma situação onde o agente ganha sem significar a perda para qualquer outro, o que chamamos de uma situação de Ótimo de Pareto. Isto se alcança quando não existe uma outra situação pela qual seja possível aumentar o bem-estar de uma pessoa sem diminuir o bem-estar de outra. Segundo Botelho:

Já para o critério de eficiência de Kaldor-Hicks o que o caracteriza é a predominância dos ganhos sobre as perdas, ainda que alguém tenha sua situação piorada do que aquela que antes possuía. Não há, portanto, exigência de compensação daqueles que foram prejudicados, basta que tenha havido ganhos suficientes para que se realize (custo-benefício). Mas há um substrato moral neste critério: a maximização da busca pelo bem estar social, pois o critério de Kaldor-hicks pretende alcançar ganhos sociais maiores do que perdas individuais globais, por meio de um sistema de compensação social. Destarte, na eficiência kaldor-hicksiana, um resultado mais eficiente poderia, efetivamente, deixar alguns agentes socioeconômicos em pior situação. Por outro lado, a eficiência paretiana exige que cada parte tenha resultados melhores, ou ao menos não-piores. Enquanto que cada melhoria paretiana seria uma melhoria kaldor-hicksiana, a maioria das melhorias em kaldor-hicks não estariam de acordo com o modelo de melhorias eficientes no sentido de Pareto.⁷⁷

As preocupações do critério de eficiência de Kaldor-Hicks estão em torno de uma questão utilitarista: a melhoria do bem estar social. Richard Posner retirou este substrato moral a fim de tornar o seu critério de eficiência um instrumento para a sua maximização da riqueza, possibilitando a utilização de um critério (de eficiência) da Economia para o Direito. Porém, a ideia de uma maximização da riqueza exclui a necessidade e a distribuição de renda, tão presentes na ideia de uma a maximização do bem-estar geral.

Segundo Dworkin, não poderia haver uma teoria da Justiça pautada apenas pela noção e valor da riqueza⁷⁸. Existem outros valores numa cultura tão plural como é a cultura ocidental.

No Brasil, face sua herança romano-germânica, o direito público não pode ser tratado como direito civil. O direito à propriedade e a iniciativa privada esbarram na noção de dignidade humana, o que limitaria a aplicação do critério de eficiência aos moldes da “*Law and Economics*”.

A eficiência deve promover o bem-estar geral, e não apenas o direito privado. Neste sentido, aponta Flávio Galdino:

⁷⁷ BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável* 2, Florianópolis, v. 1, fev. 2017. p. 41.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de Princípio*. 2. ed. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 351-398.

E muito apropriadamente, sustenta-se que a eficiência do sistema jurídico – aqui engloba também a eficiência da administração pública – há de ser conjugada a valores e ocupada de questões éticas e sociais, notadamente de caráter (re)distributivo da riqueza produzida no país.⁷⁹

A eficiência deve servir a otimizar recursos e bem-estar, não ser uma mera busca por riquezas. A eficiência não é inimiga dos direitos fundamentais. Para Galdino, a eficiência é um instrumento de transformação social e proteção dos valores democráticos e dos direitos fundamentais. Segundo Mario Júlio de Almeida Costa, “Em rápida síntese, sublinhe-se que uma coisa é admitir a eficiência como condição da justiça das soluções e coisa diversa é pretender que a simples eficiência substitua a justiça como padrão único da ordem jurídica”⁸⁰.

No Brasil, o conceito de eficiência deve se conformar com o texto constitucional, alinhando-se com a otimização de eficácia e de efetividade dos direitos fundamentais. Pois, o sistema jurídico brasileiro é composto por normas de conteúdo deontológico, mas aplicáveis num suposto modelo axiológico, são regras e princípios que constituem uma ordem, uma união a ser construída pela jurisprudência e doutrina. É a força normativa da constituição que vai se expressando por meio da interpretação constitucional, cujo resultado (a concretização de direitos fundamentais) exige o uso de critérios eficientes.

A eficiência da economia, no mercado, segue o fluxo da alocação dos bens pela regra daquele que mais estima tais bens. Por outro lado, o Estado deve intervir quando o mercado é incapaz de promover eficiência ao bem-estar geral. Noutras palavras, nem sempre o mercado vai promover o estado de coisas procurado pela ordem constitucional. Em muitas situações o Estado regulador acaba por orientar o mercado e seus resultados econômicos, a fim de promover resultados sociais eficientes.

A efetivação de um direito fundamental pode emergir através da prática do critério da eficiência. Na verdade, para o direito o critério de Kaldor-Hicks se oferece como um critério mais apropriado a administração da justiça. Pois, é da relação de custo-benefício que o Estado pode tirar proveito em suas políticas públicas. Assim o Estado deve promover o maior bem-estar possível com a menor quantidade de recursos, isso significa dar prioridade para a solução menos onerosa aos cofres públicos e que promova o resultado esperado.

A eficiência emerge no direito brasileiro com alguma conotação econômica, porém acaba por se embrenhar numa conflituosa relação com o conceito de justiça e de direitos fundamentais. O protagonismo do direito constitucional coloca os direitos fundamentais no

⁷⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 260.

⁸⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 119.

centro dos problemas do cotidiano. A atividade interpretativa apresenta a força normativa da constituição, porém a interpretação assume um caráter subjetivo e as decisões constitucionais acerca de direitos fundamentais acabam por revelar insegurança jurídica num caso, em outras situações revela a inefetividade destas decisões.

Na busca pela concretização de direitos fundamentais, a doutrina tem encontrado na noção de proporcionalidade um critério de eficiência para lidar com questões fáticas. Robert Alexy, em sua teoria dos princípios, apresenta os juízos de necessidade e de adequação, ambos carregados de análises eminentemente fáticas e acerca da realidade, tais análises se valem de um critério específico de eficiência: O ótimo de Pareto. Tal critério é exposto para demonstrar como as interações entre meios e fins podem ser compreendidas nos níveis da adequação e da necessidade, a fim de se chegar a uma composição entre princípios onde a posição de um princípio não pode ser melhorada sem causar prejuízo a do outro princípio colidente. Robert Alexy não se aprofunda na discussão sobre o critério de eficiência adotado, mas sua teoria dos direitos fundamentais assume uma busca por uma noção de justiça que se expressaria pela correção normativa e imparcialidade.

Diferentemente, Richard Posner adota outro critério de eficiência para a administração da justiça americana: o critério de Kaldor-Hicks. Nesta posição, a análise do custo-benefício aproximaria a eficiência do direito, fazendo com que a justiça pudesse promover sua administração sob ares da economia. Porém, a riqueza não consegue assumir o lugar da justiça, como único valor a ser prestigiado pelo ordenamento jurídico.

No Brasil, esse “princípio da eficiência” foi discutido por diversos autores. Humberto Ávila, por exemplo, diz que a eficiência é um postulado normativo aplicativo, e ocorre quando se realiza o juízo da adequação na máxima da proporcionalidade. Assim, dizer que algo é eficiente significa dizer que algo é eficiente para alguma coisa, não sendo eficiente somente em vista de si mesmo⁸¹. Assim, algo somente é eficiente na medida em realiza um determinado estado de coisas. Para Ávila, a eficiência é uma norma que se aplica nos problemas do tipo meio e fim, que servem basicamente para instruir o exame de adequação. Logo, a eficiência surge de um critério negativo que promove a realização ou não de um determinado estado de coisas: a sua adequação.

A adequação é uma subregra do exame de proporcionalidade. Apesar da proporcionalidade tratar de relações causais entre meios e fins, esta não se confunde com o dever de eficiência. São coisas distintas. A estrutura do exame de proporcionalidade é mais

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 4, p. 1-25, out./nov./ dez. 2005. p. 8.

complexa do que a análise do dever de eficiência porque impõe a consideração do fim promovido e do fim restringido. Fernando Leal acredita que a eficiência ao atuar no exame de necessidade, como subregra da proporcionalidade, opera a distinção entre o dever de eficiência e o dever de proporcionalidade:

Mas, acreditamos, a atuação da eficiência se dá no primeiro estágio de investigação da necessidade da medida: quando os diferentes meios são examinados em função da finalidade a ser promovida. Nesse passo, o que se busca é a verificação do grau de promoção do fim do meio em xequê em função de outros meios alternativos que se colocam. A análise não é mais singular como na adequação, mas considera vários aspectos entre os diversos meios. E surge, então, uma questão: os meios devem ser comparados em todos os aspectos ou em alguns aspectos? É neste momento que a eficiência sob ao palco. Ela impõe o confronto do custo e da qualidade dos meios. E só então poderemos se certas medidas são mais ou menos eficientes. Coloca-se novamente uma pergunta: após a verificação dos meios mais eficientes, a administração está vinculada à escolha do melhor meio nesta etapa? A resposta é negativa, pois o subdever de necessidade segue com o exame do meio menos restritivo, em que se afere o grau de restrição às finalidades colateralmente afetadas pela adoção da medida. Começam as análises entre meios e princípios contrapostos a fim de se esgotar o exame das possibilidades fáticas, algo que vai além das considerações sobre a eficiência.⁸²

A eficiência não age apenas como um princípio que norteia o exame de necessidade quando da escolha de determinados meios para realização da norma. Na teoria dos princípios de Alexy ela surge como um verdadeiro parâmetro para a solução de colisão envolvendo princípios. Aqui, “a busca pelo resultado ótimo (eficiência) é um dever estrutural de aplicação de princípios jurídicos”⁸³. Esse resultado ótimo é o ótimo de Pareto, previsto por Alexy, e que encara a concepção de superior de Pareto, onde “A orientação para o resultado ótimo na medida das possibilidades fáticas, seguindo o critério de Pareto, impede intervenções negativas em princípios que podem ser evitadas “sem custos” para outros princípios”⁸⁴. Assim, Alexy incrementa sua teoria dos princípios com racionalidade de cunho econômico. Mas este ponto de ótimo parece conduzir a ideia de que existe a defesa de uma única resposta correta para o caso de colisão entre princípios. Porém, Alexy rechaça tal afirmação em seu epílogo sobre a teoria dos direitos fundamentais.

A eficiência enquanto parâmetro para a solução de colisão envolvendo princípios aproxima a teoria dos princípios dos juízos práticos e permite um maior controle intersubjetivo

⁸² LEAL, Fernando A. Ribeiro. Propostas para uma Abordagem Teórico-Metodológica do Dever Constitucional de Eficiência. Salvador: **REDAE**: Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n. 15, ago./set./out. 2008. p. 16-17.

⁸³ Ibid., p. 18.

⁸⁴ Ibid., p. 18.

acerca destes juízos. Para superação do atual estado de distanciamento entre direito e segurança jurídica o presente trabalho propõe uma análise acerca das possibilidades fáticas apresentadas por Alexy em sua teoria dos princípios, seu aporte consequencialista nas subregras da adequação e da necessidade, através do conceito de princípios como mandamentos de otimização. Ainda que o critério paretiano de eficiência apresente limitações, sua exposição pela teoria dos princípios mostra o valor de uma abordagem das consequências pela atividade decisória. Talvez um aumento da carga argumentativa, com argumentos práticos e consequencialistas, reforcem a coerência, o controle intersubjetivo e a previsibilidade de decisões, provocando o aumento na qualidade argumentativa decisória. Desta forma, a eficiência pode servir a promoção de segurança jurídica na aplicação do direito pela justiça.

3.3 Os avanços celebrados pela nova LINDB e os riscos

A nova LINDB sofre inegável influência do pragmatismo norte-americano, e propõe limites a atividade decisória dos agentes públicos. O art.20 prescreve que, nas esferas administrativa, controladora (tribunais de contas e controladorias) e judicial não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. No parágrafo único, determina que “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”.

Por sua vez, o artigo 21 dispõe que a decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar as consequências. Já o artigo 22 reza que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

É exatamente essas consequências práticas das decisões que remetem ao pragmatismo norte-americano, onde as preocupações com o resultado útil e a eficiência fazem parte da promoção da justiça. Esse tipo de pensamento traz a crença de que uma interpretação pode gerar consequências indesejáveis na prática, isso por si só não é suficiente para afirmar o aumento na qualidade argumentativa do processo decisório. Entretanto, se considerarmos que essas novas exigências não excluem nenhum modelo de justificação, ora já consolidado pela hermenêutica constitucional e jurídica, mas acrescentam novos argumentos ao processo decisório, é possível afirmar que a nova lei traz um ganho na qualidade da argumentação.

Os artigos 23 e 24 protegem as situações jurídicas consolidadas e a boa-fé dos atos administrativos entre o poder público e os cidadãos. Prescreve as regras de transição em novas orientações, e a necessidade de considerar as orientações gerais da época quando decisões administrativas revisarem atos anteriores.

No artigo 26 dá a administração um embasamento legal para celebrar compromisso (termo de ajustamento de conduta) com os interessados em situações irregulares buscando a eficiência da administração pública.

O artigo 27 permite que o administrador possa impor compensações por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, retificando situações irreversíveis. Assim, o agente público que pratica condutas ilícitas, recebendo benefícios indevidos, causando prejuízos anormais ou injustos, poderá sofrer com sanções impostas a compensação pelos danos causados, sem prejuízo de responsabilidade administrativa, civil ou penal.

No artigo 28 estabelece a responsabilidade pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro, sem esquecer da responsabilidade do Estado, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º da Constituição da República.

O artigo 29 trata da ideia de uma governança participativa, que prevê a consulta pública, confirmando-se a tendência de participação dos cidadãos e dos especialistas nos processos decisórios. O que provoca um ganho na legitimidade das decisões da administração pública, além de aumentar a qualidade da carga argumentativa por ampliar o leque de argumentos práticos presentes no discurso.

Por fim, no artigo 30 é consagrada a segurança jurídica, estabelecendo a previsão de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, com caráter vinculante ao órgão ou entidade a que se destina até ulterior revisão.

De um lado, a nova alteração legislativa pode trazer avanços no sentido de conferir maior segurança jurídica e eficiência administrativa aos administrados e investidores, especialmente em um período de crise econômica sem precedentes em nosso país.

Portanto, há uma preocupação com a clareza e segurança jurídica no direito brasileiro, e que tem sido atribuída como uma das causas para as alterações normativas que a LINDB vem sofrendo. Seja com a lei 13655/2018, que modifica os artigos 20 a 30, seja com o decreto nº 9830/2019, que regulamenta a nova LINDB.

Historicamente, a LINDB sempre tratou de normas de sobredireito, aquelas que tratam da interpretação e aplicação das normas jurídicas. Desde sua promulgação, editada em 1942, pelo Decreto-lei 4657/42. Sofreu algumas alterações, pela lei 3238/57, que definiria ato jurídico

perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Em 2010, pela lei 12376/2010, que Transformou a Lei de Introdução às Normas Do Direito Brasileiro (LICC) em LINDB e a mais recente lei 13655/2018, que traz normas sobre segurança jurídica e eficiência na interpretação do direito público.

O artigo 30 introduz a segurança jurídica como uma meta a ser alcançada pela atividade decisória⁸⁵⁻⁸⁶. Segundo Moreira e Pereira:

Nesse contexto, o dever jurídico de estabilização institucional *dos regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta* assume a importância central, como critério de correção formal das decisões e de promoção do desenvolvimento do Direito, de forma coerente, igualitária, consistente e estável. Ademais, favorece a relação harmônica entre os diversos órgãos que compõem as estruturas dos Poderes Públicos. Permite que haja previsibilidade e gera incentivos a que os agentes, públicos e privados, adotem determinados comportamentos. Estabilidade a gerar estabilidade; confiança a permitir a sustentabilidade do desenvolvimento pessoal, social e econômico.

87

Essa incrementação da segurança jurídica ocorre a partir de uma correção formal do direito, operacionalizada pela congruência e estabilidade nas decisões dos Poderes Públicos. Assim, as súmulas e regulamentos devem estar alinhados em seu papel de promotor de estabilidade, confiabilidade e previsibilidade acerca das instituições de Direito. Com o art. 30, temos uma manifestação formalista de como resolver problemas de incertezas e dúvidas na esfera administrativa.

Porém, lidar com eficiência e previsibilidade não se resolve com mero juízo formalista, ainda que proponha estabilidade sobre as decisões, evitando decisões contraditórias nas esferas administrativa e judicial. Lidar com a dinâmica da vida e se preocupar em ter que justificar suas escolhas em torno de resultados úteis, não costuma se resolver facilmente apelando para uma sumula ou regulamento.

⁸⁵ BRASIL. **Lei Federal n. 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. Presidência da República, Brasília, [2018].

⁸⁶ Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no **caput** deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **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. 243-274, nov. 2018. p. 248.

Neste sentido, o artigo 20 da LINDB introduz a preocupação com as consequências práticas da decisão⁸⁸. No parágrafo único, exames de necessidade e adequação farão parte da justificação e deverão tratar das alternativas decisórias. Portanto, a decisão se valerá de estudo de impacto. Além do diagnóstico, o prognóstico passa a fazer parte da motivação, que passa a ter uma análise das consequências. Para definir o que se deve entender por consequências, o art.3º, § 2º do Decreto 9830/2019 informa que as consequências são aquelas que o agente consiga vislumbrar⁸⁹⁻⁹⁰. Segundo Filipe Lobo Gomes, Thyago Bezerra Sampaio e Lean Antônio Ferreira de Araújo:

Doutra banda, a novel alteração legislativa teve o viés de impor maior contenção no juízo de análise por parte dos agentes públicos. Especificamente quanto àquelas decisões administrativas proferidas pelo gestor público, o artigo 20 da LINDB cria ao administrador uma barreira protetiva quanto à futura análise de justeza e licitude da decisão que proferiu, pois que os órgãos de controle e os judiciais que se debruçarem sobre o que foi decidido devem, diante de valores jurídicos abstratos consagrados em normas aplicáveis à espécie sob análise, levar em consideração as consequências práticas do ato decisório à época de sua adoção. Essa concepção demonstra que a LINDB representa uma crítica ao movimento dos princípios, que por sua essência, veiculam axiomas que, na maioria das vezes, são concebidos genérica e abstratamente. Há uma espécie de afastamento ao direito administrativo baseado em valores, aproximando-se mais da realidade dos fatos, mediante o privilégio da análise das consequências práticas da decisão, consideradas essas não apenas as consequências jurídicas, mas também, e principalmente, as consequências fáticas, sociais, econômicas, políticas.⁹¹

Ao analisar conflitos entre princípios jurídicos abstratos não são apenas as consequências jurídicas que devem ser levadas a exame, mas é preciso analisar especificamente

⁸⁸ BRASIL, 2018, n.p. **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.

⁸⁹ BRASIL. **Decreto lei, 9830 de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Presidência da República, Brasília, [2019].

⁹⁰ Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração. § 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

⁹¹ GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra; ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira. LINDB e Argumentação Jurídica: Da Efetiva Motivação dos Atos pelo Administrador Público para a Superação dos Conceitos Jurídicos Abstratos. **RJLB, Revista Jurídica Luso-brasileira, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, ano 6, n. 5, 2020. p. 1065. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1055_1080.pdf. Acesso em: 5 jan. 2021.

as consequências concretas de cada caso, os impactos nos espaços sociais e econômicos causados pela decisão adotada. Aqui, o direito se abre a uma linguagem comunicativa com outras áreas dos saberes, como a economia. A argumentação decisória passa a ter que levar a cabo, em sua motivação, argumentos práticos advindos de outras áreas das ciências.

Por sua vez, o parágrafo único do art.20, implica que a decisão dependerá de um juízo de razoabilidade em outras palavras: a necessidade, adequação, enquanto exames presentes na máxima da proporcionalidade. A proporcionalidade não significa que os atos estatais devam ser razoáveis, nem tampouco a noção geral de proporcionalidade. Esta ideia de proporcionalidade, tem manifestação na obra de Robert Alexy, possuindo uma relação de causa e efeito, um meio e um fim, “discerníveis”, a serem “decididos, tomados e alcançáveis”.

O julgador ao buscar a solução do conflito de princípios não deve ter em mente a busca por uma única resposta correta ao exame dos elementos acima tanto ao meio quanto ao fim a ser almejados com a decisão.

O juízo de adequação é um juízo absoluto (idôneo ou não idôneo), já a necessidade é um exame comparativo (expondo medidas alternativas, pois poderá haver outro meio idôneo que alcançará o mesmo objetivo). Quanto a proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação, Robert Alexy entende que a restrição a um direito fundamental deve possuir um “peso” suficiente para provocar a restrição. Mas, aqui o pensamento jurídico predominante alicerça seus fundamentos na teoria da argumentação.

No pensamento pragmático do pensar pelas consequências, através de uma decisão de segunda ordem, não se julga de forma razoável como uma simples operação racional comprometida a valores metafísicos ou morais. Para Leal e Arguelhes, a razoabilidade na opinião de Richard Posner é somente a busca pela melhor decisão:

Na prática tudo o que Posner tem a oferecer é um critério de “razoabilidade” – “tome a melhor decisão possível, levando em conta tudo o que for relevante”. Trata-se (ainda) de uma decisão de segunda ordem difícil de conciliar com a preservação de determinadas expectativas sociais.⁹²

No pensamento pragmático acredita-se que falar a acerca de princípios é retórica que apela a conceitos jurídicos vagos (através destes conceitos vagos se sustenta qualquer decisão), caindo num subjetivismo jurídico, principalmente quando se usa expressões tais como: interesse público, moralidade, razoabilidade, precaução. Questiona-se o sentido destas

⁹² LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck; SARMENTO, Daniel (coords.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2009. p. 211.

expressões, pois elas não se definem. Essas expressões vagas podem causar colisões sob subdeveres num determinado caso concreto. Fernando Leal indaga que tipo de orientação este tipo de decisão poderá trazer a casos futuros. Pois, pode ser mera retórica:

A evocação de princípios se limita ao emprego de um recurso retórico quase sempre irrelevante para a justificação de decisões. Nesse contexto, qualquer tentativa de alteração legislativa que obrigue tomadores de decisão das esferas administrativa, controladora ou judicial a justificar melhor as suas decisões, limitando diretamente ou não a invocação de padrões vagos nas suas fundamentações, é sempre bem-vinda.⁹³

Assim, buscar o aumento da qualidade argumentativa de uma decisão judicial significa estabelecer limites ao arbítrio e a discricionariedade, provocando uma justificação que se manifeste compromissada com a eficiência de uma medida. Para Fernando Leal algumas positivities da nova LINDB estariam presentes nos arts.20, 21 e 30:

Ambos os dispositivos podem ser avaliados de duas formas básicas quando se tem em mente as relações entre considerações consequencialistas, aplicação de princípios e promoção de segurança jurídica. Em um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação.⁹⁴

Os artigos 20 e 21, trazem um reforço de justificação pelos efeitos da decisão contribuindo para tornar a decisão menos sujeita a subjetivismo. Além disso, decisão pode ser problematizada pela ciência, uma vez que a retórica das consequências pode ser falseada, pois apela a realidade. Podemos visualizar mais erros nas decisões, pois o art.20 aumenta o rigor no trabalho com princípios. Ao menos, investigando se os princípios estão sendo aplicados aos fins que deveriam alcançar.

Apesar de trazer ganhos a atividade decisória, o pensamento pragmático também apresenta alguns problemas típicos ao juízo consequencialista: 1- Na dimensão descritiva: Na confiabilidade das prognoses e na extensão das cadeias de consequências. 2- Na dimensão normativa: Na identificação de um critério de valoração, na determinação de sentido deste

⁹³ LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Direito regulatório comportamental e consequencialismo: Nudges e pragmatismo em temas de Direito**. Curitiba: Juruá, 2020. p. 37.

⁹⁴ Ibid., p. 38.

critério, na comensurabilidade entre distintos critérios de valoração. E ainda, na solução de tensões entre critérios aplicáveis ao mesmo problema.

Mas existem outros limites aos juízos consequencialista, diz LEAL: Como lidar com a tomada de decisão sob condições de ignorância ou incerteza radical? Problemas para se obter informações em diálogos com a ciência: o tomador de decisão como árbitro de disputas científicas. Assim, como promover segurança levando a sério pressupostos realistas de racionalidade? Para Leal:

Se as incertezas típicas das dimensões positiva e normativa de uma decisão orientada em consequências não devem ser descartadas, a simples exigência de considerar os efeitos de alternativas decisórias, mais uma vez, não parece suficiente para reduzir ou manter sob níveis administráveis as incertezas subjacentes à tomada de decisão jurídica nas esferas administrativa, controladora ou judicial. É certo que essa desconfiança não afeta a importância de se buscar alternativas para lidar com o recurso pouco parcimonioso a princípios vagos na justificação de decisões. No entanto, se o antídoto em que se aposta é a consideração de consequências, a LINDB poderia ter incluído disposições que almejassem neutralizar algumas das dificuldades apontadas.

⁹⁵

Acerca da resposta a questão: de como solucionar possíveis colisões entre critérios igualmente aplicáveis a mesma situação? Segundo Leal, o art. 21 parece responder indicando um juízo consequencialista às avessas. Pois, os critérios de ordenação das alternativas de consequências estariam fixados (atendimento a interesses gerais, proporcionalidade e eficiência), a partir deles se escolhe a alternativa de consequência que será a melhor, desde que o promova. Mas, como a consideração de consequências não estaria por reabrir os problemas que o artigo 20 tenta resolver? (subjetivismo de valores na busca pelo sentido de padrões vagos). Qual o significado das expressões: atendimento a interesses gerais, proporcionalidade e eficiência?

O art.20 da LINDB traz uma nova forma de expressar a decisão judicial, mas talvez isso não indique uma mudança na cultura decisória no Brasil. Segundo Mendonça:

O juiz que buscar “consequências práticas” para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática. Além disso, uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a “dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção”; outra é discutir se o estado de coisas A (“os peixes vão morrer na lagoa”) é preferível ao estado de coisas B (“a hidrelétrica não será construída e provavelmente faltará energia na

⁹⁵ Ibid., p. 41.

região”). Consequências práticas podem ser muitas coisas, mas são menos coisas do que, por exemplo, a vis expansiva dos direitos fundamentais ou a dignidade da pessoa humana.⁹⁶

Problemas associados a fundamentação dependem de uma atitude reflexiva, pois a interpretação é uma forma de compreender o fenômeno que se apresenta aquele que deve tomar uma decisão. Neste sentido, a inclusão de uma argumentação prática, que deve se preocupar com consequências, na estrutura motivadora da decisão judicial, não significa o fim dos problemas hermenêuticos. Uma nova retórica, desta vez consequencialista, pode atrair os mesmos problemas com a falta de previsibilidade e objetividade jurídica que atentam contra a segurança jurídica no direito brasileiro.

Diante disso, o juízo de prognose não se mostra suficiente para tratar de se estabelecer um critério de valoração, que justifique a escolha entre alternativas de consequência. Portanto, é possível que juízos consequencialistas também acabem por revelar achismos e gerem dúvidas ou incertezas no direito. Em todo caso, este tipo de raciocínio deve ser prescrito na fundamentação, ora eleva a qualidade da argumentação, o que possibilita afirmar que a LINDB traz impactos positivos na interpretação jurídica.

⁹⁶ LEAL; MENDONÇA, 2016, p. 34.

4 A RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE A PROPORCIONALIDADE E A AIR: ANÁLISE E PROPOSTA

Uma relação de complementariedade pode promover a suspensão de pontos de conflito entre as teorias em tensão e modelos de justificação, aparentemente antagônicos. Não se trata de subsumir um modelo de justificação em prol de outro, mas de estabelecer aproximações capazes de oferecer um maior aporte argumentativo na busca pelo resultado eficiente comum.

No direito brasileiro não há uma ruptura necessária entre uma estratégia pragmática, que busca a realização eficiente do direito, e uma teoria normativa que valorize a eficácia das normas de direitos fundamentais. Inclusive, ambas as abordagens teóricas-metodológicas se utilizam de juízos prognósticos que as aproxima.

Essas duas abordagens teóricas podem se unir e assim requerer uma estratégia de alcance sob os resultados futuros ao caso concreto, agregada a uma reflexão sistemática, abordando a racionalidade e sua capacidade de argumentar frente a problemas não solucionáveis pelo juízo prático e empirista. Assim, algum controle pode ser oferecido aos argumentos pragmáticos.

Muitos problemas são deixados em aberto quando se usa apenas argumentos práticos, a ausência de critérios valorativos, para se definir as escolhas entre alternativas de consequência, expressa um vazio de conteúdo: como justificar pragmaticamente a formulação de estratégias? Para tratar disso, a nova LINDB traz um aporte maior de racionalidade. Pois, não abandona a hermenêutica tradicional, é que o conteúdo da argumentação prática precisa ser preenchido por uma argumentação valorativa que ofereça critérios de racionalidade.

Assim, o Art. 20 da LINDB cumula estratégias de justificação, não abandona o tradicional, mas reforça-o. Aquilo que o art.20 adiciona é: considerar as consequências práticas da decisão. Aqui, se faz uma contribuição para a melhoria das decisões judiciais: o aumento da carga argumentativa, incluindo a análise das consequências em sua justificação.

No art.20 da LINDB temos um aparente conflito de racionalidades. Mas, se observarmos a construção dos modelos de justificação através de juízos práticos-consequencialistas e o modelo apresentado pela teoria dos princípios, é possível encontrar aproximações capazes de demonstrar a pertinência de uma relação de complementariedade entre ambos, no sentido de elevar a carga argumentativa de uma decisão racional e eficiente.

Assim o interprete empenhado em realizar o direito, com uma estratégia pragmática, poderá expor sua justificativa sob a forma da teoria normativa de Robert Alexy, especificamente sua teoria dos princípios. Para tal intento, mostra-se necessário apresentar em quais momentos

a teoria dos princípios de Alexy está preocupada com algum tipo de consequencialismo, ocupando-se com juízos práticos, e saber qual o papel da eficiência na teoria dos princípios. O caráter teleológico dos princípios oferece essa entrada do juízo prognóstico na explicitação decisória. Mas, será que a Proporcionalidade e a AIR, estando unidos por uma relação de complementariedade, trará mais segurança jurídica?

4.1 AIR - A Análise de Impacto regulatório

Apesar dos avanços propostos pela nova LINDB, a segurança jurídica permanece à mercê de juízos discricionários, por mais que se tente elaborar planos de definição de quais critérios se adotar na eleição dos valores em juízos prognósticos. O que se mostra é um vazio de conteúdo nas exposições de argumentos práticos que não conseguem oferecer nenhum tipo de controle, retomando os problemas com a subjetividade, há um vazio, uma falta de critérios objetivos para se adotar uma alternativa de consequência da decisão em lugar de outra. No fim, uma dimensão estratégica pragmática pode acabar levando a inserção de interesses políticos no processo decisório, não oferecendo nenhum tipo de controle acerca de como se deve decidir.

Nesta direção, caminhou a nova LINDB, que tentou estabelecer, mediante a legislação, uma solução para um problema do uso excessivo da discricionariedade nas decisões judiciais que trabalham com princípios jurídicos, mas criando um outro problema, como decidir frente as consequências? Qual critério se adotar para escolha da melhor alternativa de consequência?

A busca por segurança jurídica implica em limitações a discricionariedade do tomador de decisão, mas o direito lida com a dinâmica da vida e esta não se mostra completamente previsível, casos difíceis são inevitáveis. A comunicação com uma linguagem aberta, que irá alcançar esferas além do direito se mostra uma realidade.

No direito brasileiro, o art. 20 da LINDB expõe um juízo consequencialista que precisa lidar com uma argumentação prática capaz de promover resultados úteis. O consequencialismo, tem influenciado diversos métodos de tomada de decisão no âmbito direito administrativo e constitucional.

Um dos métodos de raciocínio consequencialista usados para justificação de decisão por agentes públicos e reguladores é a análise de Impacto regulatório. Basicamente, essa avaliação do impacto regulatório é feita através de um procedimento adotado pelo tomador de decisão, muito comum nas agências reguladoras americanas, que visa uma decisão capaz de alcançar a maior efetividade possível numa determinada circunstância concreta, os efeitos e os resultados são levados a sério sob o prisma de se consagrar eficiência decisória. Tal método pressupõe

uma estrutura formal que se divide em três etapas: 1- A fixação das alternativas de decisão; 2- uma identificação de consequências associadas a cada uma das alternativas de decisão; 3- identificação do critério de valoração para se ordenar estados de coisas que surgem a partir da implementação de diferentes alternativas decisórias.

A Análise de Impacto Regulatório exige ainda duas dimensões de raciocínio consequencialista, que traz alguns problemas intrínsecos. Segundo Leal:

As duas dimensões de um raciocínio consequencialista, por sua vez, seriam: (i) a positiva, que se expressa no esforço de prognose dos efeitos que podem ser produzidos pelas diferentes alternativas e (ii) a normativa, que decorre da aplicação do critério selecionado para o estabelecimento de uma relação de preferência entre os distintos estados do mundo de modo a justificar a decisão pela alternativa que conduza à consequência considerada desejável à luz do critério selecionado. Mais uma vez, ressalte-se como essas dimensões aparecem nas diferentes versões apresentadas da AIR.⁹⁷

Essas duas dimensões da AIR são o resultado de um processo de justificação que se apresenta por etapas concatenadas em sua fundamentação, tendo como finalidade o alcance de uma decisão que se realize na melhor medida possível.

Historicamente, a análise de impacto regulatório funciona como instrumento de controle da atividade estatal, avaliando as medidas que serão adotadas pelo tomador de decisão, tendo como base os referenciais empíricos. A atividade normativa passou a exigir racionalidade e legitimação, assim os modelos de justificação da atividade normativa precisam apresentar uma análise fundamentada de suas etapas, um verdadeiro processo de justificação.

Na década de 1990, houve uma alteração do perfil do Estado brasileiro, o qual diminuiu sua atuação direta no domínio econômico, passou a coordenar e disciplinar a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas pela iniciativa privada. A Reforma Gerencial, de setembro de 1995, pretendeu desburocratizar o Estado, descentralizando a administração pública, o que permitiu um uso mais eficiente dos recursos e aperfeiçoou a qualidade da gestão pública. A reforma gerencial, trouxe um novo paradigma do Estado, apresentando uma intervenção regulatória no lugar do modelo burocrático, voltando-se para a busca de resultados eficientes. Assim, com o objetivo de se alcançar esta finalidade, foram criadas as agências reguladoras. Segundo Carlos Ari SUNDFELD:

“A presença generalizada do termo regulação no debate jurídico brasileiro é relativamente recente. Embora o uso normativo da palavra já existisse –

⁹⁷ LEAL, Fernando. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3 p.312-348, 2019. p.319

bastando mencionar que a Constituição de 1988, em seu art. 174, caput, havia reconhecido ao Estado o papel de ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ –ela na designava uma imagem forte das mentes dos aplicadores e autores jurídicos. Isso começou a mudar a partir de 1995, quando as emendas constitucionais n.ºs 8 e 9 mandaram instituir ‘órgãos reguladores’ dos setores de telecomunicações e petróleo, o que desencadeou uma onda de criação de ‘agências reguladoras’ e, rapidamente, transformou a ideia de regulação em lugar-comum”⁹⁸

Porém as atividades normativas das agências reguladoras passaram muito tempo sem possuir um modelo eficiente que apresentasse um processo decisório ausente de boa fundamentação, muitas vezes deixando de ser transparente acerca dos motivos ensejadores de suas decisões. A AIR busca aproximar a decisão reguladora a uma argumentação de qualidade no processo de tomada de decisão.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), elaborou um relatório, no ano de 2008, intitulado: fortalecendo a governança pelo crescimento⁹⁹, e recomendando o uso da AIR ao Brasil, tanto nos atos das agências reguladoras econômicas, quanto nos demais atos do poder público estatal.

Segundo PECEI, na União Europeia se expõe uma AIR que deve conter:

- a) Definição adequada do problema e identificação dos objetivos da política regulatória, de modo a evitar ambiguidades e contradições (apresentando os resultados esperados em termos quantitativos e hierarquizando os objetivos, sempre que possível);
- b) Início da Avaliação quando ainda existem várias escolhas; consideração de múltiplas opções;
- c) Coleta de Informação, preferencialmente via consultas públicas – e avaliação dos dados, com base numa escolha explícita de critérios, procedimentos e técnicas a serem utilizados
- d) Avaliação ex-ante de impactos de cada opção, por meio de métodos explícitos e consistentemente utilizados; descrição e, na grande maioria dos casos, quantificação dos efeitos; seleção explícita dos tipos de efeitos a serem considerados.
- e) Apresentação e publicidade dos resultados da AIR numa forma transparente.¹⁰⁰

Entretanto, dada a heterogeneidade das culturas e das situações que cada nação enfrenta, os modelos de AIR são diversificados e contextualizados quando aplicados sob as

⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, v. 1, p.98

⁹⁹ OCDE. Brasil: fortalecendo a governança regulatória. **Relatório sobre a reforma regulatória**. Brasília: OCDE, 2008.

¹⁰⁰ PECEI, Alketa. Avaliação do Impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. **RAE – Revista de Administração de Empresas - FGV**. V.51, n.4. 2011. Disponível em: <https://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-51-num-4-ano-2011-nid-46703/>

peculiaridades de cada nação. No Brasil, o conceito de AIR está descrito no guia da AIR elaborado pela Casa Civil:

A AIR é um dos principais instrumentos voltados à melhoria da qualidade regulatória. Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.¹⁰¹

Este documento estabeleceu um padrão no procedimento a ser seguido por uma decisão que se sustente através de uma AIR, descrevendo as etapas que a AIR deve apresentar numa decisão regulatória como sendo: 1- identificação do problema a ser endereçado; 2- identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema; 3- identificação da base legal aplicável; 4- definição dos objetivos pretendidos; 5- descrição das possíveis alternativas de ação; 6- identificação dos possíveis impactos de cada alternativa; 7- considerações recebidas em processos de participação social; 8- experiência internacional; 9- mensuração dos riscos associados a cada alternativa; 10- comparação das diferentes alternativas; 11- estratégia de implementação, monitoramento e fiscalização da alternativa escolhida.

A promulgação da Lei nº 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras). A norma materializou a lei-quadro das agências reguladoras, uniformizando seus procedimentos normativos. Assim, a realização de AIR passou a ser requisito para a edição de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados (art. 6º). Após a promulgação da lei, o Decreto nº 10.411/2020, regulamentou a AIR, e normatizou a adoção desse instrumento, bem como definiu as hipóteses de sua não aplicabilidade (art. 3º, §2º) e de dispensa (art. 4º).

Porém o decreto possui alguns problemas práticos: há um excesso de hipóteses de não aplicabilidade e dispensa de AIR. De certo modo, essas hipóteses diminuem a exigência de AIR, pois passa a relativizá-la em excesso, o que reduz a eficácia do modelo de justificação. Além disso, o Decreto diz respeito à ausência de regulamentação da chamada Avaliação de Resultado Regulatório (ARR). Embora a ARR seja definida pela norma (art. 2º, III), não há maior detalhamento sobre o procedimento que deve ser observado para sua realização.

Além disso, o decreto prevê que a inobservância da AIR não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada, tampouco acarreta a sua invalidade (art. 21), esvaziando as consequências do próprio descumprimento do Decreto. Em outras palavras, se o regulador

¹⁰¹ BRASIL. Casa Civil da Presidência da República: **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR**, Brasília: Presidência da República, 2018. p.23

ou tomador de decisão não realizar a AIR, não haverá consequências para tal ato. Assim, deixar de fazer a análise de impacto regulatório não trará consequências ao tomador de decisão, o que pode tornar a AIR um simples adorno para uso de boa retórica.

Ora, se entendermos que o controle intersubjetivo é uma das variáveis de se alcançar objetividade jurídica, e consequentemente segurança jurídica, a validade de atos administrativos dependerá da qualidade de suas argumentações, o que propicia não apenas legitimidade as decisões adotadas, sobretudo efetividade. Segundo MOREIRA NETO, a ideia de efetividade enraizou o conceito de funcionalidade enquanto “razão de ser da administração pública e do próprio Estado”, e diz: “afinal, que outra justificação de sua existência senão a de atingir efetivamente os resultados que lhe são assinados pela sociedade?”¹⁰²

Portanto, o uso do modelo de justificação da AIR pela Administração Pública no Brasil não deve ser visto como simples adorno ou mero capricho, é sim um requisito de validade, característica do tipo de decisão a ser adotada na promoção de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, existe uma crença de que a AIR traz “neutralidade” ao processo decisório pelo fato de se valer de dados empíricos, o que poderia estar disfarçando interesses políticos em torno da escolha do regulador. Em que pese uma possível manipulação dos dados empíricos, Carlos Ari SUNDFELD entende que se trata de um modelo de justificação que oferece virtudes às normas que a contempla, “racionalidade, simplicidade, previsibilidade, estabilidade e adaptabilidade”.¹⁰³

A nova LINDB expressa uma preocupação com a previsibilidade e a estabilidade das decisões no direito brasileiro. A segurança jurídica, consagrada pelo art.30 da LINDB, aparece nas preocupações com o processo decisório presente no art.20. Afinal, preocupações com as consequências podem atrair juízos práticos e ofertar algum tipo de controle ao processo decisório. Mas, decidir diante do futuro incerto revela problemas inerentes aos modelos de justificação que trabalham com o pensamento consequencialista.

A AIR oferece ao processo decisório um modelo de justificação que se estrutura por etapas de fundamentação cuja finalidade é a escolha da melhor decisão, como sendo aquela que traga um resultado útil e eficiente. Assim, AIR se vale de dados empíricos ao lidar com as

¹⁰² MOREIRA NETO. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. REDAE**. n.12. novembro/dezembro/janeiro 2008. p.6-9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/12>

¹⁰³ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, v. 1, p.97-128

consequências, realizando juízos prognósticos. Mas, no juízo de prognose identifica-se a ausência de um critério para se adotar uma alternativa de decisão frente a outra, e acaba por revelar um vazio de conteúdo na argumentação. Esse vazio de conteúdo pode abrir espaço para uma comunicação com outros modelos de justificação, como a proporcionalidade.

4.2 A racionalidade e os juízos práticos da teoria dos princípios

Prescrever a realização de algo é uma tarefa prognóstica e requer um juízo acerca das consequências que irá se alcançar com o meio adotado, uma vez que a satisfação de algo é medida pela sua realização. Aqui, duas características do pensamento consequencialista se manifestam: o juízo de prognose e a promoção da eficiência através da satisfação de algo. Desta forma, o “possível” estaria por mediar os processos de argumentação jurídica através da ideia de maximização. A maximização do tipo *trade-off* é muito comum na análise econômica do direito e nos textos acerca da microeconomia do juiz americano Richard Posner. Aqui, a noção de eficiência encandeia uma série de premissas aptas a formulação de pressupostos das teses pragmáticas sobre como o homem racional pode maximizar recursos.

Mas o ótimo de pareto não maximiza, ele protege o bem colidente. Alexy não maximiza, ele otimiza. A otimização proposta pela proporcionalidade, encontra-se composta pela natureza da relação de precedência condicionada, que é fundamental para mostrar como as preocupações com as consequências fazem parte da teoria dos princípios. Diz Alexy:

Assim, para a fundamentação de um enunciado de preferências condicionadas e, com isso, para a fundamentação da regra que a ele corresponde, pode-se recorrer à vontade do constituinte, às consequências negativas de uma fixação alternativa das preferências, a consensos dogmáticos e a decisões passadas. [...] Diante da variedade de possíveis argumentos a favor de enunciados de preferência, é possível afirmar que a frequente recomendação para que se levem em consideração apenas as consequências constitui uma redução injustificável.¹⁰⁴

São as condições fáticas do caso concreto que determinam o âmbito da atuação da regra de colisão, onde o grau de satisfação de um princípio dependerá do grau de restrição do princípio colidente. Pois, o princípio cedente não se torna inválido, mas o princípio promovido o precede sob determinada circunstância concreta. A preocupação é a maximização de um resultado que visa consequências fáticas e jurídicas.

¹⁰⁴ ALEXY, 2008, p. 166.

Segundo Arguelhes:

Os princípios determinam um estado ideal de coisas, sendo a contribuição ou não de uma conduta para esse estado ideal de coisas o principal critério pelo qual se verifica a sua adequação ao princípio. Ora, sendo os “estados de coisas” um conjunto de propriedades a serem encontradas em um “mundo possível”, a verificação do seu atingimento parcial ou total por uma determinada decisão judicial não pode ser efetuada apenas com recurso a argumentos lingüísticos ou sistemáticos.¹⁰⁵

Os princípios encontram um caráter teleológico aptos a juízos consequencialistas. Para Robert Alexy, princípios possuem uma exigência de realização, o que implica uma noção de eficiência na sua aplicação. Essa realização na “medida do máximo possível” divide-se na teoria dos princípios sob duas formas: a) Quanto a sua realização ótima perante às possibilidades fáticas; b) Quanto a sua realização ótima perante às possibilidades jurídicas.

No caso da realização perante as possibilidades fáticas, a otimização ocorre nos juízos de adequação e necessidade. Aqui, a ideia de uma realização ótima é manifestada por uma orientação normativa de se evitar intervenções concretas em princípios que sejam evitáveis sem custos pra outros princípios. Outra maneira de aplicação do imperativo de otimização se dá comparando situações antes e depois de um evento que se determina pela alternativa que é melhor a partir de um critério de escolha. Busca-se um estado de coisas preferível a outro, pensamento típico de manuais de microeconomia, utilizando-se para isso de um critério específico: a noção de equilíbrio de Pareto, ou ótimo de Pareto.

A “Lei da Eficiência de Pareto” é uma contribuição do economista italiano Vilfredo Frederico Damaso Pareto, publicada em 1897, em sua obra “*Cours d’Économie Politique*”, conhecida como o “ótimo de Pareto”. Porém, a formulação matemática do equilíbrio Paretiano foi publicada em artigo da *Giornale degli Economisti*, em 1906 e expandido no Anexo do livro *Manuale di Economia Política*¹⁰⁶. Foi formulado para ser um critério objetivo de escolha entre alocações alternativas do modelo econômico. O ótimo de Pareto, entretanto, possui várias limitações. Uma alocação que é ótima de Pareto utiliza os recursos iniciais e as possibilidades tecnológicas da sociedade de forma eficiente no sentido de que não há outra organização de

¹⁰⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização, p. 13. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em 23/01/2021

¹⁰⁶ O “ótimo de Pareto” ocorrerá, quando existir uma situação (A) onde ao se sair dela, para que “um ganhe”, pelo menos “um perde”, necessariamente. Desta forma, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação de um agente, sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico.

recursos concreta e que pudesse melhorar a posição de um agente sem que a posição do outro venha a piorar.

É na busca por um estado de coisas ótimo, sujeito a certas restrições, que se orienta um juízo de necessidade/adequação para uma realização sob condições de possibilidades fáticas. Para Schuartz:

A escolha, para estes fins, do vocabulário da otimização e, em particular da ideia do ótimo de Pareto, se deve a afinidade que Alexy acredita existir entre o tipo de racionalidade envolvido na aplicação de princípios e o tipo de racionalidade envolvido (de acordo com os ensinamentos mainstream microeconômico neoclássico) nos processos decisórios dos agentes econômicos.¹⁰⁷

Esse tipo de racionalidade comum aos processos decisórios de aplicação de princípios e os processos decisórios dos agentes econômicos denota uma perspectiva pragmática sob uma teoria da decisão. É que juízos acerca da eficiência necessitam não apenas de um critério de escolha das alternativas de consequência de decisões, mas de uma dimensão estratégica sob qual critério se deve adotar frente a estas escolhas.

O próprio Vilfredo Pareto via uma conexão entre a racionalidade prática do mundo concreto com juízos abstratos acerca das consequências morais do mundo real:

Quando se volta do abstrato ao concreto é preciso de novo reunir as partes que, para serem melhor estudadas, foram separadas. A ciência é essencialmente analítica; a prática é essencialmente sintética. A Economia Política não tem que levar em conta a moral; mas quem preconiza uma medida prática deve levar em conta, não apenas as consequências econômicas, mas também as consequências morais, religiosas, políticas etc.¹⁰⁸

Nesta direção, a otimização quanto às possibilidades fáticas de aplicação dos princípios revela uma proposta teórica pragmática, que expressa uma preocupação com as consequências daquilo que se decide, tanto as consequências concretas, quanto consequências morais são levadas a sério. Isto ocorre no campo da máxima da proporcionalidade, especificamente nos juízos de adequação e necessidade, que operam as preocupações acerca de consequências concretas.

O critério adotado por Alexy é a eficiência através do ótimo de Pareto, mas uma dimensão estratégica de cunho pragmático não está afastada, neste sentido a ideia de

¹⁰⁷ SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Norma, Contingência e racionalidade**: Estudos preparatórios para uma teoria da decisão judicial. São Paulo: Renovar, 2005. p. 193.

¹⁰⁸ PARETO, 1996, p. 42.

maximização, hoje em dia diluída na proposta do pragmatismo jurídico, de Richard Posner se concilia com a noção do imperativo de otimização dos princípios em Alexy.

A maximização implica um comportamento racional frente a alocação de recursos econômicos. Esse comportamento se empenha em realizar juízos prognósticos acerca de resultados. Tais resultados irão depender das estratégias definidas nos critérios que se estabelecem para selecionar uma alternativa de consequência frente a outra, onde os meios e os fins estão sendo avaliados.

Segundo Marina Velasco, a base epistemológica da regra da proporcionalidade é a relação entre meios e fins.¹⁰⁹ Nessa relação entre meios e fins é que se define um critério de realização que possa satisfazer um princípio na maior medida do possível e para alcançar esta realização a máxima da proporcionalidade oferecerá sub-regras que podem dispor de questões fáticas: os juízos de adequação e de necessidade. Tanto a Maximização prevista nos manuais de microeconomia, quanto a otimização de princípios (disposta por Alexy) carregam o peso de uma argumentação fática calcada no “possível”.

Humberto Avila define a máxima da proporcionalidade da seguinte forma:

O postulado da proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas as situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: O da adequação (o meio promove o fim), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamental(s) afetado?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem as desvantagens provocadas pela adoção do meio?).¹¹⁰

A adequação é uma subcategoria, sub-regra da máxima da proporcionalidade que guarda relação de subsidiariedade com as demais sub-regras: necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Dito isso, a adequação funciona como critério negativo pra que se possa saber quais meios são idôneos ou não a otimização. Assim como a sub-regra da necessidade, servem de critérios para adoção dos meios que visam alcançar os fins previstos na constituição¹¹¹.

Para Luíz Virgílio Afonso da Silva, a adequação é um exame absoluto que difere do exame da necessidade que é comparativo:

¹⁰⁹ VELASCO, Marina. “Habermas, Alexy e a razão Kantiana”. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (org).

Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. p. 36.

¹¹⁰ ÁVILA, 2003, p. 104-105.

¹¹¹ ALEXY, 2004, p. 43.

Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objeto perseguido não possa ser promovida, com mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.¹¹²

A sub-regra da necessidade expõe o julgamento das medidas alternativas que sejam capazes de promover o melhor resultado ótimo possível. Mas, em Alexy a sua busca não é por uma única resposta correta, sua pretensão é alcançar a maior realização possível de acordo com as possibilidades fáticas. Tanto a adequação quanto a necessidade irão se pautar por premissas empíricas, donde a decisão passa a requerer uma análise acerca da realização entre meios e fins a partir de pressupostos pragmáticos.

A avaliação do critério negativo da adequação realiza um exame acerca de uma relação de fato, a saber: se o meio irá alcançar determinado fim. Mas como constatar se um meio alcança determinado fim sem se explorar a realidade fática e concreta? Portanto, é um juízo de prognose acerca do meio adotado, pois prevê algo que só se realizará mediante o meio escolhido. Os juízos de prognose compõem a estrutura dos modelos de justificação decisória comumente utilizados pela análise econômica do direito. Aqui, as relações fáticas entre meios e fins são examinadas sob aspectos da microeconomia. Para tanto, critérios usados para alocação de recursos escassos são ferramentas que promovem a realização de uma medida que busca maximizar e se tornar eficiente.

Por sua vez, a sub-regra da necessidade é um exame a partir de um cotejamento com as demais medidas alternativas. Para realizar esta comparação entre medidas alternativas as premissas empíricas e os pressupostos pragmáticos irão embasar o porquê da escolha de determinado meio: o alcance da melhor medida como sendo aquela capaz de provocar o resultado ótimo. O uso de pressupostos pragmáticos na argumentação é reflexo do conceito de princípios como Mandamentos de otimização.

O que a Teoria dos princípios propõe ao se decidir entre meios e fins, visando a otimização (a melhor consequência possível), significa dizer: agir de maneira razoável frente as consequências que se pretende alcançar. A máxima da proporcionalidade expressa uma base epistemológica de cunho teleológico, ou seja, está direcionada a realização e satisfação de direitos fundamentais. Mas, esta realização que se orienta pela noção de “alocação de recursos disponíveis da melhor maneira possível” corrobora com a ideia de maximização, ora já superada

¹¹² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, [S.l.], ano 91, v. 798, abr. 2002. p. 38.

pelos manuais de microeconomia. Neste sentido, a razoabilidade tem sido muito associada no direito brasileiro ao princípio da proporcionalidade. Porém, a razoabilidade e a proporcionalidade são coisas distintas.¹¹³

Ser razoável significa ser justo, isso significa ter bom senso frente às possibilidades fáticas inerentes ao resultado que se quer alcançar. Por sua vez, a proporcionalidade exige uma análise acerca da graduação das medidas que serão adotadas para se alcançar este resultado, desta forma o juízo de proporcionalidade incluirá análises comparativas tendo como foco a noção de equilíbrio. Tanto a razoabilidade quanto a proporcionalidade são levadas em consideração nos estudos acerca da tomada de decisão por agentes econômicos.

Os problemas envolvendo racionalidade nas decisões de agentes econômicos evoluiu de uma racionalidade substantiva para uma ideia de racionalidade limitada. A pauta da maximização, de uma determinada função-objetivo, seria indicativa apenas de um comportamento maximizador em decisões que se consagram racionais. Se o ambiente de mercado está repleto de incertezas, não faz mais sentido a busca por uma solução ótima única. Assim, na microeconomia, a solução ótima cedeu espaço para a solução múltipla do tipo satisfatória.

Alexy não se ocupa em sua teoria dos princípios com uma maximização, mas seu modelo fala em otimização. A diferença aqui é o uso, por Alexy, do critério de Pareto para definir sua noção de proporcionalidade entre princípios em atrito. A questão acerca da otimização de princípios, tornou-se um problema quando se pensa na busca pela solução correta, ou seja, aquela que seria a melhor possível. As críticas ao modelo de aplicação de princípios recaem sobre a racionalidade na aplicação da máxima da proporcionalidade, enquanto método capaz de oferecer essa resposta correta.

A crítica de Habermas, por exemplo, está focada em argumentar pela ausência de critérios objetivos para o controle e racionalidade do método. Alexy irá mostrar onde localizar os critérios para um juízo de racionalidade de princípios, entendidos como mandamentos de otimização, em sua fórmula peso ou “*Die Gewichtsformel*”.

Segundo Luís Fernando Schuartz, o cerne da crítica de Habermas a racionalidade do método de Alexy está no fato de que Habermas privilegia uma racionalidade sob o ponto de vista da imparcialidade, pois haveria um suposto déficit estrutural de racionalidade normativa:

¹¹³ Razoabilidade é a capacidade de estar de acordo com a razão, o bom senso, o sensato, a justiça. A razoabilidade tem origem no direito anglo saxônico e se manifesta como uma atitude de se levar em conta análises acerca da adequação e necessidade de medidas adotadas sobre situações fáticas. Por sua vez, a proporcionalidade indica uma graduação da medida adotada, enquanto proibição do excesso, tendo sua origem no direito alemão.

“os argumentos funcionalistas prevalecem às custas dos argumentos normativos”¹¹⁴. Porém, a resposta de Alexy a crítica de Habermas quanto a irracionalidade de seu método se sustenta através de uma reconstrução racional da práxis de aplicação do direito constitucional alemão, abordando o conceito de princípio. Alexy reconecta a questão da racionalidade à estrutura e “fundamentação das regras conceituais e metodológicas que determinam como devem transcorrer a práxis de aplicação de princípios jurídicos nos casos de colisão”.¹¹⁵

Assim, para Alexy o problema da racionalidade de seu método está ligado a própria estrutura do balanceamento, especificamente na maneira como Alexy reconstrói e expõe os conceitos de regras e princípios.

Se princípios são normas que prescrevem a realização de algo “na medida do máximo possível”, então o ponto de máximo é fixado quanto às possibilidades fáticas e jurídicas. Em outras palavras, o cumprimento de um princípio ocorre em maior ou menor grau enquanto mandamento de otimização. Portanto, é no grau de satisfação de um princípio que está o limite de realização das preferências pessoais de quem julga, o que afastaria a arbitrariedade. Este grau de satisfação do princípio possui como critério uma situação de equilíbrio, a otimização. Nesta direção, segundo Schuartz:

O nó da questão está na pressuposição de que existe um ótimo a perseguir nos juízos sobre a licitude de práticas e atos que, aparentemente, promovam/difícultem a realização de princípios jurídicos; mais ainda, na pressuposição de que o comportamento racional dos participantes dos processos em que esses juízos devem ser enunciados consiste justamente em deixar-se orientar pela busca de um tal ponto ótimo.¹¹⁶

A teoria dos Princípios propõe uma solução possível com propriedades desse ótimo capaz de oferecer argumentos racionais aos discursos jurídicos quando se tratar de situações concretas. Portanto, trata-se de uma teoria eminentemente fática que promove suas escolhas sob um critério eficiente pautado pela noção de equilíbrio proporcional.

No caso das possibilidades jurídicas para a satisfação de um princípio, o problema da otimização encara a questão da racionalidade do método: um problema com a obtenção de dados capazes de dar efetividade a fórmula da ponderação. Esta não oferece segurança quanto aos valores concretos estabelecidos nas variáveis e que servirão de dados para realização do cálculo. Tais dados possuem natureza complexa e podem ocasionar aquilo que Schuartz chama

¹¹⁴ SCHUARTZ, 2005, p. 183.

¹¹⁵ Ibid., p. 186.

¹¹⁶ Ibid., p. 195.

de um “delírio racionalista”¹¹⁷. A distância entre os conhecimentos extrajurídicos e a capacidade cognitiva e limitada do tomador de decisão expõe que a ponderação “passaria apenas uma pseudoimpressão de racionalidade, e o seu uso frequente sustentado sobre uma miopia a respeito dos seus verdadeiros potenciais só traria mais incerteza para a tomada de decisão jurídica”.¹¹⁸

Alexy não diz que a formula da ponderação deve sempre ser usada por juízes para argumentar suas decisões. Mas, fica claro que o modelo triádico que a fórmula exige não avalia minuciosamente a prática de aplicação da fórmula, especificamente na maneira como se obtém os dados para serem usados em suas variáveis.

Assim, modelos teóricos que estudem a aplicação de normas e princípios devem tratar da relação entre a racionalidade prática e a racionalidade epistêmica, da relação entre justiça (enquanto legitimidade) e verdade. Para Fernando Leal, submete-se a correção prática de decisões dentro do direito às condições da racionalidade epistêmica dentro do modelo de ponderação: “a tensão entre esses dois objetivos que parecem nortear a construção da fórmula peso é evidente, sobretudo, quando a variável sobre a confiabilidade das premissas empíricas que suportam a realização e não realização dos princípios colidentes está em jogo”¹¹⁹.

Com essas preocupações pragmáticas acerca da confiabilidade de premissas empíricas, Alexy introduz a variável “S” em sua fórmula da ponderação, como 2ª lei do sopesamento ou “lei epistêmica do sopesamento”: “Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”.¹²⁰

O modelo triádico de sopesamento, ou escalonamento em três níveis, também irá fazer parte da estrutura da lei epistêmica, uma vez que tanto a certeza quanto a segurança das premissas podem ser medidas em graus para sua aceitabilidade: a) certo ou garantido; b) sustentável ou plausível; c) não evidentemente falso. Assim, Alexy pode acrescentar a variável S em sua fórmula da ponderação, pois todas as demais variáveis da formula são estruturadas pelo modelo triádico em suas premissas.

Portanto, o julgamento das inferências, por parte dos participantes do discurso, irá depender da verdade (aceitabilidade/validade) das premissas utilizadas na fórmula, o que

¹¹⁷ Ibid., p. 218.

¹¹⁸ LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional I**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014, p. 203.

¹¹⁹ Ibid., p. 201.

¹²⁰ ALEXY, 2005, p. 617.

implica uma questão de conhecimento. Assim, surge no discurso jurídico uma necessidade de se expor o ônus da verdade das razões teóricas e empíricas usadas como premissas em suas inferências, o que nos leva a uma dimensão extrajurídica¹²¹. Daí decorre a regra de transição do discurso jurídico, que diz que “é possível a cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico (empírico)”.

Porém, os significados das expressões usadas em inferências jurídicas não são as mesmas quando usadas em expressões de inferências científicas, o que demonstra um descompasso entre a racionalidade epistêmica (seu conteúdo semântico) e a racionalidade prática (com sua significação). No fim, o direito acaba sendo entregue a si mesmo, a argumentação externa pode ser empenhada na solução do problema, mas jamais deve ser antijurídica. Pois, compete ao sistema jurídico decidir a valoração atribuída as razões dessas premissas usadas em suas inferências.

Alexy segue em sua obra uma conciliação entre uma racionalidade epistêmica e uma racionalidade prática. O autor apresenta uma discricionariedade epistêmica, que legitima o legislador a tomar decisões fundamentais para a sociedade, a partir da discussão acerca do conflito entre um princípio formal e um direito fundamental (principio material). Em outras palavras, a relação entre direitos fundamentais e democracia se estabelece em razão da indeterminação do conteúdo dos princípios materiais.

Essa vagueza e indeterminação do conteúdo de direitos fundamentais vem do caráter moderado do constitucionalismo de Alexy. Quando existir dúvidas, e não haja razões empíricas suficientes para fundar premissas seguras nas inferências da ponderação, caberá ao legislador decidir o destino daquilo que é fundamental para a sociedade, em respeito a democracia. Se um direito fundamental só pode ser repellido com base em premissas empíricas certas, então frente a insegurança e indeterminação das certezas empíricas compete ao legislador decidir. Para Alexy, a discricionariedade epistêmica do legislador é um princípio formal e diz:

É exatamente esse o ponto no qual entra em jogo o princípio formal da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Esse princípio é um princípio formal, porque ele não determina nenhum conteúdo, mas apenas diz quem deve definir conteúdo. Por isso, seria possível também denominá-lo “princípio procedimental”. Enquanto princípio procedimental ele exige que as decisões relevantes para a sociedade devam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado.¹²²

¹²¹ SCHUARTZ, 2005, p. 222.

¹²² ALEXY, 2005, p. 615.

Para este fim ele parte da noção de uma constituição como ordem marco. É neste momento que surge em sua obra a 2ª lei do sopesamento ou lei da ponderação epistêmica. Alexy parte de uma noção de constituição como ordem marco, que oficializa uma discricionariedade epistêmica ao legislador através de um princípio formal. É a ordem marco e a discricionariedade que irão definir as ações e medidas a serem adotadas pelo legislador. Logo, seu constitucionalismo é do tipo moderado. A constituição como ordem estrutural não deve ser do tipo quantitativa, onde nada se confia a figura do legislador. Mas, deve ser um tipo de constituição como ordem estrutural do tipo qualitativa. Assim, uma boa constituição deve decidir questões fundamentais, devendo deixar alguns pontos em aberto.

A proposta de solucionar a vagueza dos conteúdos semânticos de direitos fundamentais com a discricionariedade epistêmica do legislador demonstra o quanto a valoração das razões de premissas usadas nas inferências de sua máxima da proporcionalidade (principalmente na proporcionalidade em sentido estrito) são dependentes de uma argumentação externa ao direito.

Alexy atribui essa discricionariedade epistêmica ao princípio formal da competência do legislador porque ele observa a prática decisória do Tribunal Constitucional Alemão e faz uma análise sociológica e pragmática do modo como o Tribunal Alemão procedeu com suas decisões acerca de conflitos entre direitos fundamentais na sociedade alemã. Porém, a falta de critérios na escolha das alternativas de consequências, a partir das razões das premissas apresentadas à inferência, para fins de se bancar uma solução ótima não resiste ao argumento de se atribuir uma discricionariedade cognitiva em face da legitimidade democrática do legislador. A questão que se coloca, aqui, é a de que nada impede que outras soluções satisfatórias também pudessem ser alcançadas sob outras razões e premissas, mas isso por si só não é suficiente para tornar o método de aplicação de princípios como um modelo teórico irracional.

Superada a questão da irracionalidade do método, resta averiguar se não há uma excessiva crença em seu potencial de racionalidade. Segundo Fernando Leal, o modelo de princípios apresentado por Alexy cria incentivos para um “particularismo global do raciocínio jurídico”¹²³, uma vez que a sobreracionalização da ponderação e sua relação com a estrutura das normas no sistema jurídico contribuem para a destruição do lado formal do direito, escondendo suas próprias limitações. Um dos efeitos deste problema é a crença ingênua no potencial da ponderação para solucionar casos concretos. Segundo Beatty:

A proporcionalidade permite que o casuísmo opere na sua melhor forma. [...] Porque a proporcionalidade recusa-se a conceder direitos ou a numerar

¹²³ LEAL, 2014, p. 194-195, grifo do autor.

qualquer status especial, ela pode reivindicar uma objetividade e integridade que não podem ser equiparados a nenhum outro modelo de revisão judicial. Ela evita a subjetividade e a indeterminação que afligem de maneira similar a interpretação e os cálculos de custo/benefício. [...] A forma como os pragmatistas pensam sobre os princípios jurídicos que os juízes usam para decidir casos se encaixa na proporcionalidade como uma luva. [...] Pragmatistas também acreditam que todos os julgamentos são contextuais e contingentes em relação as circunstâncias particulares nas quais eles são feitos. [...] A proporcionalidade faz do pragmatismo o melhor que ele pode ser. A proporcionalidade permite que juízes pragmáticos alcancem um nível de objetividade e imparcialidade acima de tudo o que já tinham atingido até então.¹²⁴

A análise casuística encontra numa argumentação externa ao direito os dados e informações que se transformarão em variáveis para aplicação de sua fórmula da ponderação. Nesta se deposita toda a confiança de que preocupações pragmáticas serão atendidas por um procedimento objetivo e racional. Mas, levar em consideração todas as circunstâncias em um determinado caso concreto, a fim de promover a melhor decisão possível, pode revelar uma crença otimista do poder da ponderação como teoria normativa capaz de lidar com análises particulares. Para Fernando Leal:

[...] a consequência do empreendimento de análises equitativas pretensamente seguras, porquanto pretensamente racionais, seria o aumento de indeterminação do sistema jurídico, já que todo o processo de aplicação do direito passaria a depender de juízos *all things considered*, o que significa mais variáveis no processo decisório e maiores exigências de processamento de informações.¹²⁵

Essa particularização do raciocínio jurídico seria um problema interno na teoria dos princípios decorrente da noção de que princípios são mandamentos de otimização, pois sustentam razões universais para diferentes situações específicas. Assim, segundo Fernando Leal:

Se as regras são caracterizadas como resultados de ponderações de princípios e sua força vinculante decorre também de um princípio [...], bastaria, então, reconhecer a potencial variação do sentido dos princípios em casos concretos para que o tomador de decisão tivesse sempre que voltar a ponderação original para saber se os princípios que sustentam a regra aplicável em um caso desempenham, nas circunstâncias atuais, o mesmo papel de outrora.[...] Por conseguinte, seria suficiente que o tomador de decisão tivesse qualquer dúvida

¹²⁴ BEATTY, 2004 apud LEAL, 2014, p. 195.

¹²⁵ LEAL, 2014, p. 196, grifo do autor.

a respeito da aplicabilidade de uma regra em um dado caso para que uma ponderação não limitada pela presença de uma regra no caso fosse iniciada¹²⁶.

Essa relação entre a aplicação de princípios e o particularismo gera uma perda da vinculação ao texto legal. São as circunstâncias do caso que decidirão pela promoção ou restrição de um determinado princípio. Este deve ser entendido como realizável na “maior medida possível”, um máximo possível, uma maximização que oferta “um misto de princípio regulador e variável de restrição em problemas de maximização do tipo *trade-off*”¹²⁷. Para Fernando Leal, aí está o perigo de se oferecer regras de argumentação exigentes ao método de aplicação de princípios: o risco de hiperracionalismo.

Essa exigência na argumentação está implícita na relação entre direito e ciência (ou direito e economia) e se revela um problema acerca das capacidades epistêmicas de juízes no enfrentamento de questões científicas, e vice-versa. Neste sentido, é fundamental a existência de mecanismos que possam oferecer um mínimo de controle jurídico no traslado entre os discursos científicos e jurídicos. Segundo Fernando Leal, desenvolver “regras de regulação da prova no processo judicial por meio da construção de *standards* de prova e de mecanismos de distribuição do ônus da prova.”¹²⁸, tais regras poderiam atuar nas discussões acerca da confiabilidade e plausibilidade das razões empíricas que farão parte das premissas das inferências na fórmula, especificamente na variável S, tornando os juízes responsáveis pela transição entre discurso científicos e jurídicos sem olvidar das condições que se impõem a racionalidade no direito.

4.3 A complementariedade entre a proporcionalidade e a Análise de Impacto Regulatório (mesma matriz prática): um acordo incompletamente teorizado

A exposição da racionalidade do método de aplicação de princípios de Alexy nos revela a existência de tipos distintos de racionalidade: 1- ora o autor expõe uma justificação da ponderação e se vale de fórmulas aritméticas, supostamente aproximando a ponderação da subsunção, seguindo um modelo abstrato de racionalidade. 2- Ora o autor expõe preocupações práticas e empíricas, as quais irão promover verdadeiras alterações em suas inferências aritméticas¹²⁹. As preocupações com as consequências nas avaliações acerca da adequação e da

¹²⁶ Ibid., p. 196.

¹²⁷ SCHUARTZ, 2005, p. 190, grifo nosso.

¹²⁸ LEAL, 2014, p. 205, grifo nosso.

¹²⁹ ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural Comparison. *Ratio Juris*, [S.l.], v. 16, n. 4, dez., 2003. p. 448.

necessidade expressam o foco que o autor deu a noção de eficiência em sua obra, ainda que pautado pela noção de equilíbrio de Pareto. Portanto, juízos e argumentos da economia permeiam o processo de otimização de princípios, revelando a presença de uma racionalidade pragmática em sua teoria dos princípios. Mas, há espaço para juízos consequencialistas, oriundos de uma racionalidade pragmática, num processo deliberativo que requer a institucionalização da razão?

O modelo de constitucionalismo moderado, adotado por Alexy, é o de ordem marco. O autor lida com o pluralismo, a diversidade e as divergências, quando pretende realizar acordos sobre questões fundamentais da sociedade, expondo a democracia como solução e para isso a atribuição de competência ao legislador surge através do apelo ao princípio formal da discricionariedade epistêmica. Isto ocorre em uma situação que deve provocar generalidades, as quais envolvem a atuação política e o congresso. Foi esta a razão que levou o caso do Tribunal Constitucional Alemão, quando enfrentava a polêmica sobre o uso da cannabis, para o poder legislador.

Mas, em situações particulares e do cotidiano prático dos juízes com limitações cognitivas (de carne e osso): como decidir casos difíceis entre princípios (abstratos), que envolvam escolhas sobre a melhor alternativa de consequências, a fim de se realizar algo específico (concreto) na melhor medida possível?

A proporcionalidade pode estabelecer uma relação de complementariedade com outro modelo teórico de justificação de decisão, afim de aumentar a qualidade dos argumentos que pretende expor em sua fundamentação. Essa relação de complementariedade é possível porque existem aproximações entre ambos os modelos de justificação decisória. Segundo Pedro Panplona Cotia:

Expostos os juízos que são empreendidos em cada um dos instrumentos, a semelhança mais forte entre AIR e proporcionalidade é explicada pelo fato de que ambas podem ser vistas como ferramentas de decisão orientadas para o futuro. Na verdade, cada um desses atributos importa: o fato de estruturarem/orientarem a tomada de decisão por meio de uma sequência ordenada de passos, bem como os juízos prospectivos e o recurso a conhecimentos extrajurídicos que podem ser exigidos nesse empreendimento¹³⁰.

¹³⁰ COTIA, Pedro Panplona. **Consequências e Análise de Impacto Regulatório, Princípios e proporcionalidade**: Aproximações e distanciamentos. 2019. 98 f. Dissertação (Direito) – Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28881/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20PEDRO%20PAMPLONA%20COTIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2022.

A análise de impacto regulatório é um desses modelos de justificação que atrai para si juízos práticos, com argumentação consequencialista entre os meios e fins adotados, objetivando a realização de uma decisão eficiente, portanto é voltada para o futuro. Algumas aproximações entre a análise de impacto regulatório e a proporcionalidade são feitas por Leal:

Em vez da simples identificação com uma análise custo-benefício, parece, portanto, ser menos controverso sustentar que, em um plano mais geral, a proporcionalidade pode ser considerada uma metodologia de decisão, assim como a AIR, orientada para o futuro. O fundamento para tanto, no caso da proporcionalidade, passa basicamente pelo reconhecimento (i) do caráter teleológico associado à natureza dos princípios (os seus objetos de aplicação) e (ii) dos ônus de argumentação estabelecidos por cada um dos seus exames.

¹³¹

Princípios são finalidades a serem perseguidas pelo interprete constitucional. São deveres que se expressam como objetos capazes de sofrer alguma otimização. Assim, a aplicação de princípios passa pela definição do meio a ser adotado capaz de alcançar o fim pretendido: realização do princípio. A decisão é o meio, limitado pelas possibilidades fáticas e jurídicas, capaz de alcançar esse fim pretendido. Portanto, os princípios querem promover um determinado estado de coisas.

A teoria dos princípios tem como instrumento metodológico de aplicação a sua proporcionalidade. Tal ferramenta implica a realização de juízos de prospecção. No caso da análise de impacto regulatório (AIR) também encontramos essas estruturas prospectivas de justificação. Segundo Leal:

Tal caracterização aproxima a proporcionalidade da AIR como estruturas *prospectivas* de justificação. Ambas olham para frente, seja para justificar escolhas regulatórias que precisam ser feitas agora em função dos seus efeitos projetados no futuro (AIR), seja em função do seu papel para justificar a eleição, no presente, de certos meios para promover sem custos desproporcionais, também no futuro, objetivos constitucionais (princípios) em relação de tensão (proporcionalidade).¹³²

Ambas são ordenadas por juízos que revisam suas decisões, o que denota uma função retrospectiva ao momento da análise das escolhas do tomador de decisão, mas funcionam como verdadeiros instrumentos de justificação que operam por juízos de prospecção, assim, são voltadas ao futuro, voltadas a realização de uma determinada finalidade a ser alcançada pelo

¹³¹ LEAL, 2014, p. 321, grifo do autor.

¹³² Ibid., p. 322, grifo do autor.

meio adotado. Em termos de controle exigem raciocínios sob eventos que ainda não ocorreram, mas que podem acontecer, tendo em vista o alcance dos seus propósitos.

A nova LINDB aparenta trazer um conflito de racionalidades, pois ao prescrever, em seu art.20, que se deve tratar problemas envolvendo princípios (normas jurídicas de alto grau de abstração) com as consequências da decisão parece exigir uma postura argumentativa que possa lidar com modelos de justificação, aparentemente antagônicos.

Esse aparente conflito entre racionalidades poderia ser expresso na relação entre um modelo de justificação prático e de forte viés pragmático, como a AIR, e a proporcionalidade como exposta pela Teoria dos princípios.

O caráter teleológico dos princípios, enquanto mandamentos de otimização, exigem uma análise da relação entre o meio adotado e o fim a ser perseguido. Assim, ocorre nos juízos de prognose formulados por modelos pragmáticos de decisão, como no caso da análise de impacto regulatório, por exemplo. Sendo assim, trata-se de modelos de justificação da decisão que se pautam por juízos prognósticos. Além disso, a estrutura da proporcionalidade realiza um exame que necessita da análise das circunstâncias concretas que envolvem os princípios em conflito.

As preocupações nos juízos de adequação e necessidade, enquanto subregras da proporcionalidade, são eminentemente fáticas e revelam um caráter pragmático na relação entre meios e fins, o que é delineado por um critério de eficiência ao buscar a realização através de sua otimização. Além disso, a chamada *clausula epistêmica*, como citada por Schuartz, pode atrair elementos externos, uma argumentação externa (interdisciplinaridade) ao direito, que se oferece às razões de premissas em suas inferências. Por sua vez, a análise econômica do direito tem a oferecer ferramentas objetivas ao processo decisório, que contribuem para um ganho na qualidade das argumentações aos agentes decisórios, tais como: um critério de eficiência, a padronização do comportamento (na busca pela melhor solução possível), maior objetividade (ao impor limites a arbitrariedade) e com isso um ganho na previsibilidade e segurança jurídica.

Nesta direção uma relação de complementariedade entre a proporcionalidade e a AIR, pode ajudar na operacionalização do art.20 da nova LINDB. Para tanto, a teoria dos princípios funciona como modelo de explicitação da decisão, através da relevância que os princípios possuem no caso concreto. Porém, esta explicitação poderá se valer de um aporte prático auxiliado pela análise de impacto regulatório nos juízos de adequação e de necessidade da proporcionalidade.

Entabular acordos sob uso de modelos de justificação, que se fundamentam em teorias aparentemente antagônicas, não é tarefa fácil. Mas, quando se busca resultados comuns úteis é na aproximação dos argumentos que se encontra a oportunidade de se estabelecer acordos.

Segundo Cass R. Sunstein, em sua teoria acerca dos acordos incompletamente teorizados, afirma que as questões morais tendem a criar dissenso, mas é possível que teorias antagônicas possam se reconciliar na tentativa de realização de objetivos comuns numa determinada situação. Uma espécie de consenso sobreposto de forma pragmática, onde apesar das diferenças os participantes do discurso podem entabular acordos comuns frente a um caso concreto. Assim, acordos incompletamente teorizados significa: “tornar possível obter acordo quando o acordo é necessário e tornar desnecessário obter acordo quando o acordo é impossível”¹³³⁻¹³⁴.

Sunstein propõe que os acordos incompletamente teorizados devem se manter dentro de suas situações específicas, ou seja, o acordo somente deve ser realizado ao tratar de um determinado caso concreto, evitando generalidades e abstrações, “quando discordamos sobre o que é relativamente abstrato, podemos, com frequência, encontrar o acordo se nos movermos para níveis de menor generalidade”¹³⁵.

Diferentemente de Rawls¹³⁶ que busca um consenso sobreposto quando tratarem de questões generalizadas em suas abstrações políticas, Sunstein acredita que as pessoas tendem a convergir quanto a práticas que alcancem resultados comuns em situações específicas:

Em uma sociedade liberal, cujo compromisso é permitir que pessoas com diferentes concepções de vida possam conviver com respeito mútuo, a estratégia Rawlsiana pode se chocar com confusão, limitações de tempo e capacidade. [...] os atores de uma cultura legal normalmente buscam acordo sobre o que fazer ao invés de acordos sobre como pensar. Quando eles atingem esses acordos a partir de perspectivas diversas, promovem objetivos liberais de uma maneira que apresenta algumas vantagens particulares.¹³⁷

Acordos sobre como pensar conduzem a abstrações e eleva a discussão a problemas relacionados com fundamentação e teorias abrangentes. O que Sunstein propõe é que uma solução ao conflito e as desavenças possa ser encontrada na busca pelo resultado e objetivo comum, capaz de conter debates fervorosos sobre questões políticas e filosóficas. No direito

¹³³ SUNSTEIN, Cass R. **Legal reasoning and political conflict**. New York: Oxford University Press, 1998. p. 8.

¹³⁴ Tradução nossa do inglês: “*to make it possible to obtain agreement where agreement is necessary, and to make it unnecessary to obtain agreement where agreement is impossible*”.

¹³⁵ SUNSTEIN, 1998, p. 47..

¹³⁶ RAWLS, Jonh. O Liberalismo Político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 1993.

¹³⁷ SUNSTEIN, 1998, p. 48.

constitucional esta prática pode ajudar na construção de ordens constitucionais efetivas. Diz Sunstein:

Minha idéia básica é que, mesmo quando não conseguem entrar em acordo quanto a teorias constitucionais, as pessoas podem freqüentemente concordar a respeito de práticas constitucionais, e até sobre direitos. Em outras palavras, ordens constitucionais em bom funcionamento procuram resolver seus problemas por meio de *acordos não completamente fundamentados*.¹³⁸

Um acordo feito quanto às práticas e não quanto às abstrações é um acordo realizado no nível das particularidades. Pois, as pessoas podem aceitar um determinado resultado mesmo sem haver total concordância no nível da fundamentação deste resultado. Para que isso seja possível é necessário reduzir os níveis de abstrações e assim realizar uma descida conceitual, “Tal fenômeno tem um traço especialmente digno de nota: ele promove o silêncio sobre certas questões fundamentais como um mecanismo para produzir convergência apesar do desacordo, da incerteza, dos limites de tempo e capacidade e da heterogeneidade”.¹³⁹

Sunstein se preocupa com a estabilidade social e o valor da democracia numa sociedade pluralista e heterogênea, onde disputas políticas e filosóficas tendem a ocasionar desavenças. Muitas vezes essas desavenças surgem de raciocínios sobre questões morais fundamentais ou abstrações teóricas, o que pode ser deixado de lado na busca por um resultado estável, previsível e eficiente.

É justamente no direito constitucional que encontramos acordos não completamente fundamentados, pois princípios gerais possuem esse caráter aberto e indeterminado, não exaustivo, deixando sua aplicação para juízos casuísticos. Trata-se, portanto, de um acordo não completamente especificado. Muitas constituições deixaram de fundamentar algo, se valendo de expressões vagas no texto constitucional, porque silenciar as vezes é se mostrar construtivo. Segundo Sunstein, fundamentar um princípio é desnecessário e ineficaz, “o silêncio - sobre algo que possa se mostrar falso, estúpido ou excessivamente controvertido – pode ajudar a minimizar conflitos, permitir que o alcance das decisões do presente seja revelado pelo futuro e economizar uma grande quantidade de tempo e despesas”¹⁴⁰.

A sociedade atual é caracterizada por sua capacidade de sofrer mutações e pela pluralidade, assim um texto constitucional que se ocupasse em ser rígido e calcificado não poderia dar conta das necessidades humanas que criam controvérsias constitucionais. Por esta razão o autor pede cautela e humildade com teorias jurídicas abrangentes, uma vez que a

¹³⁸ Ibid., n.p., grifo do autor.

¹³⁹ Ibid., n.p.

¹⁴⁰ Ibid., n.p.

construção de uma ordem constitucional possível e realizável numa sociedade pluralista, tendente as divergências, passa pela compreensão de que o direito não vive somente de acordos. Mas, “acordos não completamente fundamentados” podem auxiliar em muitas soluções específicas que promovam resultados concretos.

Mas, promover resultados concretos valendo-se de uma fundamentação/explicitação decisória sustentada por juízos abstratos e subjetivos, tem revelado muito mais um certo grau de imprevisibilidade e arbítrio do que promover eficiência e segurança jurídica. Nesta direção, buscando maior objetividade e previsibilidade, a LINDB traz o artigo 20 como elemento de prospecção do juízo de prognose nas decisões judiciais.

Para trabalhar com este “novo” elemento jurídico, as decisões judiciais podem se valer de uma relação de complementariedade entre a AIR e a Proporcionalidade. Os pontos em comuns, presentes em ambos, podem auxiliar na composição de um “acordo não completamente fundamentado” quanto às suas divergências teóricas mais fundamentais, porém o resultado alcançado será um objetivo comum de ambos os autores: Uma decisão que seja razoável e promova a máxima realização possível de um direito fundamental, sob a estratégia de uma alocação de recursos de maneira eficiente.

Para Alexy, princípios são normas com conteúdo deontológico, diferenciam-se de valores porque estes últimos tem caráter axiológico. Princípios é “dever ser”, já valores indicam o conteúdo do que é bom. Princípios são, portanto, o modo como valores ganham conteúdo deontológico na constituição. Assim, os princípios são normas com conteúdo morais, mas, sobretudo enquanto “mandamentos de otimização”. É exatamente aqui que a teoria dos princípios se encontra com juízos práticos procedimentais. Pois, “princípios são mandamentos de um determinado tipo, a saber, mandamentos de otimização. Como mandamentos, pertencem eles ao âmbito deontológico”.¹⁴¹ Mas, a tarefa de otimizar é uma função de promoção da eficiência. Alexy se vale da noção econômica do equilíbrio de Pareto, tal tese sustenta a máxima da proporcionalidade enquanto razão comparativa na alocação de recursos. Portanto, ao buscar eficiência na promoção de direitos fundamentais a ponderação usa, nos juízos de adequação e necessidade, argumentos advindos de juízos práticos, como ferramenta na busca pela resposta correta, ou melhor, decisão possível.

Entretanto, quando a teoria dos princípios coloca os princípios na categoria de normas o faz seguindo um modelo axiológico em sua aplicação. Pois, por mais imparcialidade que o método tenta ofertar, a escolha na valoração de suas variáveis da formula peso tende a ofuscar

¹⁴¹ ALEXY, 2008, p.146

objetividade e cair em acusações de arbítrio. Exatamente por isso, que se propõe o uso de argumentos expostos pela AIR, que podem ser adotados por aquele que pretende explicitar sua decisão pelo método do sopesamento como proposto por Alexy.

Diante da ausência de critérios objetivos acerca da escolha valorativa entre as alternativas de consequência decisória, frente ao vacilo normativo deixado por modelos de justificação que se pautam em juízo práticos como é o caso da AIR, é possível alcançar resultados práticos que alcancem uma sustentação na adequação e necessidade enquanto máximas da proporcionalidade de Alexy, a fim de superar este vazio de conteúdo na escolha valorativa das alternativas de consequências.. Para este fim, é necessário que se abandone os dilemas morais e que um “acordo não completamente teorizado” possa ser estabelecido.

Alcançar essa finalidade não é tarefa fácil, mas o pluralismo de ideias e teorias, a interdisciplinaridade e a democracia caminham na direção de um processo comunicativo onde partes diferentes conseguem concordar com alguma coisa. Pra tanto, uma argumentação externa apoiada em juízos práticos (jamais antijurídica) pode ajudar na aproximação de ambas as teorias. Pois, a tarefa de interpretação e aplicação do direito não pode deixar de se realizar em suas condições fáticas e jurídicas. É preciso dizer o direito, mas realizando-o de forma eficiente.

Portanto, o art.20 da LINDB aparentemente indica um conflito de racionalidades, entre juízos práticos que lidam com princípios abstratos, mas é na abordagem das consequências que a decisão judicial pode se valer de argumentos práticos capazes de realiza-la com eficiência. Essa essa relação de complementariedade entre a AIR e a Proporcionalidade, no uso de juízos práticos quando da abordagem de consequências, podem auxiliar o juiz na aplicação de princípios a um determinado caso concreto, operacionalizando o art.20 da nova LINDB. Consequentemente, a argumentação no campo da explicitação/fundamentação ganha um acréscimo na qualidade dos argumentos expostos e apresentados, principalmente se usados para promoção de uma estratégia bem definida e declarada.

Um acordo não completamente teorizado é o uso da análise de impacto regulatório em complementariedade com a proporcionalidade, enquanto método de aplicação e justificação de decisões administrativas e judiciais. Afinal, aproximações e diferenças comuns são encontradas em ambos os métodos de justificação decisórios.

Alguns problemas que são comuns na proporcionalidade são encontrados nas formulações de juízos consequencialistas:

Quando são levadas a sério, ambas passam a exigir esforços adicionais de justificação, notadamente (i) a apresentação de dados e estudos técnicos para

diferenciar prognoses confiáveis de meros exercícios especulativos dos decisores e (ii) a participação dos afetados atual ou potencialmente por escolhas regulatórias. No primeiro caso, está em jogo a *justificação epistêmica* dos juízos de antecipação do futuro que informam a AIR; no segundo, a *transparência* e, no limite, a *legitimidade democrática* da escolha regulatória, que, por nem sempre se dar sob condições de certeza, demanda um mecanismo de oitiva dos afetados, como no caso das consultas e audiências públicas, que capture a sua vontade de compartilhar os riscos sobre os efeitos incertos de uma escolha regulatória.¹⁴²

A questão da verdade sobre juízos formulados que se antecipam ao futuro pode apresentar elevado grau de especulação, as incertezas sobre o futuro podem influenciar até mesmo prognoses sustentadas por afirmações científicas. Afinal, decidir sob situações de incerteza exigindo previsibilidade é algo que pode não acontecer pela via de juízos especulativos, portanto, pode não se concretizar.

A análise de impacto regulatório segue o movimento de inclinação pragmática no direito, que exige previsibilidade e controle acerca das decisões judiciais e administrativas, mas seu juízo consequencialista anuncia problemas. Segundo Porto, Garoupa e Guerra:

Pode-se mencionar, a título de exemplo, a possibilidade de apropriação superficial da Análise Econômica do Direito, por meio da qual se desconsideraria outras formas convencionais de solução de problemas jurídicos sem atentar-se para os pormenores da aplicação de teorias econômicas; a existência de vício de parcialidade na estipulação e comparação das eventuais consequências de cursos de ação (por se tratarem de prognoses, correm o risco de não representarem a realidade dos fatos); a criação de novas figuras dogmáticas que permitem resolver um caso no sentido desejado, ainda que contrariamente à maneira até então predominante, dentre outros.¹⁴³

A possibilidade de existência de algum vício de parcialidade em juízos consequencialistas demonstra a limitação da racionalidade pragmática em situações que lidam com o mundo real. Essa falta de conteúdo acerca dos critérios valorativos, em que se sustentam as escolhas entre estados de coisas, expressa a necessidade de um modelo normativo que indique uma direção argumentativa passível de controle e previsibilidade.

O aumento da qualidade argumentativa pode surgir quando, por exemplo, se estabeleça alguma complementariedade entre a proporcionalidade e a Análise de Impacto regulatório. A proporcionalidade pode oferecer algum controle ao modelo de justificação pragmático, pois ela

¹⁴² LEAL, Fernando A. Ribeiro. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista brasileira de Políticas Públicas da UniCEUB**. [S.l.], v. 9, n. 2, 2019. p. 319. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i3.6278>. Acesso em: 24 jan. 2022.

¹⁴³ PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação. **EALR**, [S.l.], v. 10, n. 2, maio-ago. 2019. p. 183.

enquanto método pretende “controlar a discricionariedade do tomador de decisão por meio de cadeias estruturadas de argumentação capazes de, pelo menos, excluirmos certos resultados como possíveis”¹⁴⁴. Ambas conduzem o processo de justificação decisória porque distribuem o ônus de prova e de argumentação, o que possibilita o conhecimento das razões em que se sustentam, o que já permite o seu controle através de processos de comunicação racional.

Em que pese as diferenças em torno do tipo de racionalidade que usam em suas justificações (juízos teleológicos pela proporcionalidade e juízos consequencialistas pela AIR), há alguma serventia da Análise de impacto regulatório para o exame de proporcionalidade, que pode ser enquadrada nos exames de adequação e necessidade. Segundo Leal:

Isso significa reconhecer que há momentos do exame da proporcionalidade que podem acomodar uma AIR, assim como etapas de uma AIR que poderiam se servir da estrutura do dever de proporcionalidade. Essas relações pressupõem o devido uso de uma das estruturas para a justificativa de análises pressupostas pela outra, e não apelos genéricos ou, no caso específico da proporcionalidade, o recurso a sentidos distintos que a palavra pode receber em nossa ordem jurídica. Esse é o caso, por exemplo, quando se defende a aplicação do “princípio da proporcionalidade” à AIR como sinônimo de “bom senso racional”. Nesse cenário, a referência à proporcionalidade não remete a um exame estruturado em torno dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para a justificação de soluções para problemas decisórios que envolvem objetivos jurídicos colidentes relativamente a uma medida, mas uma evocação genérica de prudência para a consideração de custos e benefícios, que devem estar, em um sentido comum da expressão, em uma *relação proporcional*.¹⁴⁵

Na dimensão normativa da Análise de impacto regulatório, quando o trato de custos e benefícios não se mostrar suficiente para a promoção dos objetivos perseguidos, os exames de adequação e necessidade, enquanto subregras da proporcionalidade, podem ser usados para saber se uma alternativa de decisão tem aptidão para promover a finalidade desejada ou se não existe outra alternativa de decisão capaz de promover a primeira sem restringir (ou restringir menos) outras finalidades, muitas vezes protegidas juridicamente.

No caso do uso da AIR pela proporcionalidade é possível fazer um exame de adequação e necessidade que ao tratarem das possibilidades fáticas apresentem uma argumentação orientada pela análise de impacto regulatório, pois a promulgação de um ato normativo, seja administrativo ou judicial, pode significar a restrição de princípios constitucionais.

¹⁴⁴ LEAL, 2014, p. 185.

¹⁴⁵ LEAL, 2019, p. 323.

Tanto a proporcionalidade como a AIR pretendem oferecer neutralidade através de suas estruturas metodológicas. Segundo Leal:

Isso significa que a sua utilidade para a justificação de decisões se extrai de sua pretensão de *neutralidade* em relação a esses elementos, o que as torna, por um lado, compatíveis com diversas teorias normativas e facilmente acomodáveis em diferentes modelos de governança, mas, ao mesmo tempo, muito sensíveis a essas variáveis. Tal pretensão de neutralidade se deixa captar pela caracterização da AIR e da proporcionalidade como procedimentos lineares organizados em uma sequência de etapas analíticas preenchidas por julgamentos técnicos que conduzem a resultados racionais.¹⁴⁶

Essa pretensão de neutralidade pode sustentar posturas mais coerentes nos processos decisórios, informando uma maior previsibilidade em suas decisões. O uso de argumentos técnicos expressa o caráter de racionalidade do método. Além disso, uma certa imparcialidade se oferece como um limite a discricionariedade e ao subjetivismo jurídico. O comportamento que se espera do tomador de decisão é uma linguagem racional e acessível aos interlocutores, o que promove maior controle intersubjetivo, tão necessário a objetividade que é adequada ao direito.

As aproximações entre os dois modelos de justificação aqui enfrentados objetiva um possível acordo entre juízos pragmáticos e a teoria dos princípios em determinada circunstância concreta. Assim, é necessário ter consciência dos problemas que a proporcionalidade enfrentou na hermenêutica brasileira enquanto ferramenta de organização de juízos prospectivos no direito. Porém, a realidade atual inclina a administração pública ao pragmatismo jurídico, por isso, dilemas enfrentados pela teoria dos princípios também podem ser associados a AIR. Para Leal:

A possibilidade de operacionalização a partir de juízos confiáveis de prognose, a controlabilidade das valorações dos efeitos de alternativas decisórias que ambas pressupõem, a sua compatibilidade com modelos de deferência (sobretudo judicial), o risco de instrumentalização para a sustentação de interesses exclusivamente políticos e os perigos de uma compreensão hiperracionalista dos seus potenciais reais a partir de um otimismo exagerado a respeito das bases argumentativas e epistemológicas em torno dos quais ambas são concebidas são, como visto, apenas alguns exemplos. Ter consciência de que tanto as agendas acadêmicas sobre a proporcionalidade como o desenvolvimento da prática decisória em torno dela contribuíram para naturalizar todos ou a maior parte desses dilemas mostra-se importante para que a incorporação da AIR na realidade regulatória nacional não se limite à importação acrítica de mais um *slogan*.¹⁴⁷

¹⁴⁶ LEAL, 2014, p. 325.

¹⁴⁷ LEAL, 2019, p. 344.

Assim, uma das preocupações é com o otimismo em torno da hiper-racionalidade dos modelos teóricos apontados. Afinal, problemas envolvendo as incertezas do futuro não devem ser tratados como solucionáveis por um único caminho correto a ser trilhado, nem a proporcionalidade nem a AIR são algoritmos de decisão que devem ser aplicados a todo e qualquer problema.

Portanto, se temos o conflito entre dois princípios constitucionais de mesmo peso e grau numa determinada situação concreta, como por exemplo o conflito entre um direito a saúde/direito a vida versus a reserva do possível/separação de poderes é necessária uma decisão que se faça eficiente, que leve em conta as consequências daquilo que se decide e que se estabeleça numa relação custo-benefício cuja meta seja realizar o direito da melhor forma possível e não apenas pronunciar um direito que não seja capaz de se realizar.

A realização de juízos prognósticos pode se valer das duas formas de justificação, uma complementando a outra. A análise de impacto regulatório tratando dos problemas fáticos com sua abordagem consequencialista pela relação causa/efeito, e a proporcionalidade com seus juízos teleológicos, fazendo o exame de adequação e necessidade pela relação meio/fim. O que se ganha são argumentos expostos por dois modelos de justificação estruturados por etapas distintas, mas que operam uma preocupação com o futuro e o resultado concreto.

4.4 O Decreto lei 9830/19 como chão de fábrica para uma hermenêutica não conflitiva

A Hermenêutica jurídica tem sido bastante confundida com a atividade interpretativa. Na verdade, a interpretação é somente um dos aspectos da hermenêutica jurídica. Esta é uma reflexão que abarca diversos modelos de interpretação, donde se busca atrair a norma ao caso concreto. Nas palavras de Vicente Rao:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação.¹⁴⁸

Através da hermenêutica jurídica são oferecidos modelos de interpretação, porém há uma necessidade interpretativa de se eleger uma única solução entre outras possíveis. Segundo Celso Bastos:

¹⁴⁸ RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 456.

[...] é imprescindível deixar claro que o trabalho do interprete não é gratuito, quer dizer sem causa. Pelo contrário, esta atividade deve ser entendida como a necessidade de se aplicar a norma ao caso concreto. Entende-se como uma tarefa de concretização, na medida em que ela visa explicitar o sentido da norma, ou melhor dizendo, apurar o conteúdo da norma. Ademais, não há aplicação de uma Constituição sem interpretação. A sua aplicação não pode permanecer no mesmo vácuo de abstração que se coloca a norma a ser interpretada. É necessário que ela incida no caso concreto.¹⁴⁹

Esta busca por um modelo hermenêutico que solucione a todos os problemas do direito, parece um trabalho utópico. A hermenêutica jurídica tem produzido diversos modelos de interpretação normativa e cabe ao interprete se adaptar as mudanças que ocorrem na dinâmica do mundo vivido, a fim de alcançar uma resposta que concretize a norma.

Os modelos de justificação de decisão aqui apresentados, a AIR e a proporcionalidade, não apresentam solução definitiva aos problemas da subjetividade/imparcialidade e imprevisibilidade da decisão judicial. A objetividade jurídica não pode ter desprezo pela subjetividade em nome de certeza e segurança jurídica. Afinal, quem decide sempre será um sujeito da linguagem.

Porém, a nova LINDB inclui o juízo de consequências na explicitação deste sujeito que age pela linguagem: a prognose das consequências acerca daquilo que se decide. Nesta direção o decreto-lei 9830/2019 vem influenciar o “chão de fábrica” da atividade hermenêutica.

A própria corte Constitucional ao tratar de direitos fundamentais precisa se atentar as mudanças e exigências da nova LINDB, regulada pelo Decreto-lei 9830/19. O decreto-lei veio regulamentar os artigos 20 a 30 da nova LINDB. A tarefa produtiva da indústria interpretativa, agora, deve manejar estes valores abstratos ou sentidos vagos, quando tratar com sua explicitação.

O Art.3º do decreto-lei demonstra a necessidade de se manejar um modelo hermenêutico que estabilize as preocupações pragmáticas, presentes na nova LINDB, com a decisão que buscar valores jurídicos abstratos. Noutras palavras, é possível continuar decidindo por princípios, porém expondo em sua argumentação as consequências práticas da decisão. Observa-se que o artigo 2º, § 2º impõe ao decisor a necessidade de apontar não apenas a lei, mas a doutrina, qual modelo de interpretação jurídica usou em sua decisão.

Neste sentido, a possibilidade de harmonização hermenêutica não é apenas uma proposta teórica, mas tornou-se uma exigência legal a partir da nova LINDB e do Decreto-lei

¹⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 38-40.

9830/19. Neste ato do executivo, os artigos 18 e 19, tratam, respectivamente, da consulta pública e da segurança jurídica na aplicação das normas. Aqui, visualiza-se a necessidade de argumentos práticos se fazerem presentes nas escolhas do Administrador, controlador ou juiz.

Esta possibilidade de adesão da decisão às consultas públicas fomentam o Estado Democrático de Direito. O decidir por princípios, ponderando valores jurídicos abstratos, conduziu a uma atividade decisória carente de legitimidade, beirando a insegurança jurídica. Mas, a partir do art.20 da LINDB, e com a regulamentação pelo decreto, surge uma maior participação na atividade decisória, através de consultas públicas, e que provoca um aumento de legitimidade da atividade decisória e interpretativa.

O modelo hermenêutico exposto pela teoria dos princípios de Robert Alexy, está em torno da necessidade de uma argumentação que seja racional nas decisões jurídicas. O uso da técnica da proporcionalidade, enquanto modelo de justificação, muitas vezes esbarra na incapacidade do poder judiciário em tornar executável aquilo que decide, faltando-lhe muitas vezes capacidade técnica e legitimidade democrática em decidir sobre o que se decide. Para Luiz Roberto Barroso, quando se fala em legitimidade democrática do poder judiciário, em suas interpretações constitucionais, não se trata de ubiquidade presente no texto constitucional:

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua.¹⁵⁰

Se o poder judiciário não pode suprimir a democracia e os fatores políticos, então a abertura a um processo de discussão que seja democrático, em torno da valoração entre princípios constitucionais em atrito, cria o ambiente favorável a participação popular no debate entre as escolhas do Tribunal acerca da valoração de tais princípios. Seja um diálogo entre instituições, seja a deliberação aberta ao discurso prático geral. Assim, surge uma necessidade de argumentação que seja externa ao direito, se abrindo aos juízos práticos das diversas esferas sociais. Segundo Menelick de Carvalho Netto:

É tempo de nos conscientizarmos da importância não somente do que Pablo Lucas Verdú denomina sentimento de Constituição para a efetividade da própria ordem constitucional, mas que precisamente para se cultivar esse sentimento em um Estado Democrático de Direito, das decisões judiciais deve-se requerer que apresentem um nível de racionalidade discursiva

¹⁵⁰ BARROSO, 2009, p. 12.

compatível com o atual conceito processual de cidadania, com o conceito de Haberle da comunidade aberta de interpretes da Constituição.¹⁵¹

A atividade interpretativa constitucional tem relação direta com a legitimidade democrática, uma vez que a constituição ganha efetividade na medida em que ela se manifesta na vontade de constituição, numa práxis constitucional atual. Assim, uma argumentação prática, ainda que externa ao direito, mas jamais antijurídica, será bem-vinda na explicitação argumentativa da decisão. Podendo ser introduzida pela forma de consulta pública, como está designada pelo art.18 do Decreto 9830/19.

Portanto, sob uma estratégia de decisão pragmática, a explicitação da atividade decisória possui regulamentação no direito brasileiro. Pode-se dizer que a escolha de uma estratégia decisória pragmática é uma imposição legal no direito brasileiro, afinal a nova LINDB impõe isso ao introduzir o art.20 e sua regulamentação com o decreto 9830/19. Estas novas normas impactaram a hermenêutica constitucional e jurídica, trouxeram novos elementos que contribuem para o aumento da qualidade da carga argumentativa da decisão.

O art.20 e 21 da nova LINDB expressam um marco teórico de introdução da estratégia pragmática nas decisões judiciais. Isso não soluciona os problemas relativos à subjetividade presente em decisões judiciais. Mas, fornece novos elementos que podem contribuir num processo decisório que busque legitimidade. Além disso, não rompe com a aplicação dos modelos teóricos utilizados para fundamentação hermenêutica jurídica e constitucional.

Por fim, os artigos 2º, 3º, 18 e 19 do decreto-lei 9830/19 permitem a possibilidade de uma abertura comunicacional amparada na esfera pública, através dos argumentos práticos, que mediante a realização de consultas públicas, poderá elevar à legitimidade das decisões, e consequentemente, aumentar o controle intersubjetivo e a coerência, dando previsibilidade tão necessária ao tipo de objetividade adequada a realidade jurídica, na pretensão de atrair maior segurança jurídica na aplicação do direito brasileiro.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito** – A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamento, 2004. p. 44.

5 CONCLUSÃO

O direito é uma ciência que se apodera de diversas técnicas produzidas pelos mais variados ramos das ciências sociais, dentre elas, destacam-se a filosofia, a sociologia, a economia. As grandes alterações nos paradigmas dominantes científicos no último século produziram mudanças significativas dentro da hermenêutica e filosofia do direito.

Nesta direção, a interdisciplinaridade conduziu as ciências ao diálogo, é desta forma que se deveria caminhar as teorias dentro da mesma ciência. Apesar de abordar aspectos diferentes da racionalidade, a produção acadêmica não está submissa a nenhum tipo específico de racionalidade. O pensamento também é uma atitude humana, traduzida pela reflexão e liberdade.

Após a segunda guerra mundial, a relação entre direito e moral se estreitaram, assim, a construção da ideia de existência de princípios nos textos das constituições dos Estados, com alta carga valorativa, abriu espaço para que teorias da análise do discurso e da teoria da argumentação, ambas influenciadas pelas ideias da filosofia da linguagem, influenciassem o direito em busca de seu processo de racionalização e controle das decisões judiciais.

Neste sentido, a teoria dos princípios de Robert Alexy se coloca como modelo de aplicação dos direitos fundamentais, enquanto normas de conteúdo deontológico, capaz de oferecer imparcialidade e correção normativa. Para compreender este método de aplicação dos princípios é necessário entender como Alexy constrói seu conceito de Princípios.

Para Alexy, há uma diferença qualitativa entre princípio e regra, e isso ocorre quando existe colisão entre regras ou entre princípios. Quando ocorrer uma colisão de regras, basta formular o clássico juízo de subsunção, mas, no caso de conflito de princípios a questão é mais complexa e requer o uso de uma argumentação num procedimento racionalizado, onde se manifesta a máxima da proporcionalidade.

Este modelo de aplicação de princípios, sustentado por uma ponderação, revela um dever de proporcionalidade que pretende se tornar a melhor forma de solucionar conflitos de princípios, pois direitos fundamentais seriam normas com conteúdo muito vago, deixando a interpretação dos princípios entregue a uma atividade hermenêutica sustentada num procedimento argumentativo de valoração dos princípios.

Assim, a ponderação de princípios tem levado órgãos julgadores a decidir com base em normas com grande indeterminação de conteúdo e pluralidade de realizações. Nesta direção, a subjetividade e a discricionariedade do tomador de decisão ocupam um papel de destaque na

formulação de juízos valorativos acerca de qual direito fundamental é mais importante do que outro, numa situação de colisão entre ambos.

De qualquer modo, fugir da subjetividade é tarefa impossível no processo de produção do conhecimento. Aquele que aplica a norma está diretamente ligado a ela através de sua interpretação, um acontecimento reflexivo que ocorre nas estruturas da lógica do conhecimento humano.

Mas, o que se retrata na moldura do constitucionalismo atual é o subjetivismo jurídico, sendo escancarado pelas matérias jornalísticas, onde a retórica da argumentação está a serviço de interesses pessoais e políticos. Há um verdadeiro excesso de discricionariedade no uso de decisões que se pautam em princípios, ao ponto de podermos refletir sobre a preguiça de quem decide com base numa norma extremamente abstrata.

O risco desta conduta é a frequente ameaça de rompimento com o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, uma vez que em diversas situações o judiciário tem aplicado princípios constitucionais para tratar de problemas administrativos que extrapolam a esfera de sua competência e capacidade cognitiva. Em nome de princípios jurídicos vagos se determina a restrição de uma determinada política pública do executivo, em prol de uma suposta relevância de um direito fundamental. Muitas dessas decisões não conseguem concretizar aquilo que se decide. Logo, passou-se a dizer o direito, mas sem realizá-lo.

A suspensão da ordem jurídica em nome de valores morais é atitude típica de Estado de Exceção. Neste, a retórica passa a ocupar o espaço político advogando em nome de interesses pessoais ou de grupos, assim a pluralidade é sufocada e se rasga qualquer tipo de solução democrática e deliberativa. Decidir por princípios tem levado a atividade decisória a alcançar níveis críticos de arbitrariedade, subjetivismo e impressibilidade que se insurgem contra a segurança jurídica, mesmo que também se trate de um direito fundamental.

Os problemas com a aplicação de princípios vão além da dimensão argumentativa, alcançando espaços discutidos por decisões de segunda ordem. Na sociedade brasileira, o STF tem ganhado destaque nas mídias sociais como uma corte que atua para fins políticos-ideológicos. Desta forma, a atividade interpretativa alcança a necessidade cada vez maior de se discutir uma dimensão estratégica dos modelos teóricos, se pretendemos desalojar a arbitrariedade por um processo de controle intersubjetivo que seja coerente.

No caso do modelo de aplicação de princípios de Alexy, especificamente na sua subregra da proporcionalidade em sentido estrito, as variáveis da sua “fórmula do peso” não possuem um critério objetivo de valoração para o grau de satisfação e de restrição de um determinado princípio sob um caso concreto. O conteúdo axiológico dos princípios vai sendo

forjado pela graduação das variáveis da fórmula através de um processo de argumentação. Esta ausência de critérios objetivos, para valoração das variáveis da “fórmula do peso”, se misturou as críticas em torno da irracionalidade de tal método e o resultado disso tem sido a busca por mecanismos legislativos que possam oferecer um maior controle e previsibilidade sobre as decisões judiciais que trabalham com princípios em sua fundamentação.

Dentro da teoria dos princípios, Alexy buscou respostas para os problemas das justificativas de suas premissas empíricas. A formulação da lei da ponderação epistêmica atende a esta finalidade. Alexy pressupõe que a práxis do modelo triádico de aplicação de princípios foi absorvida de maneira razoável pela sua fórmula peso. Não é mera ilustração matemática, o fim é a conformação da racionalidade a absorção da práxis de aplicação dos princípios.

A inclusão da variável S na fórmula demonstra essa inserção dos processos de inferências empíricas na estrutura do balanceamento. O que implica o chamamento da verdade ao processo de conhecimento, enquanto necessidade de exposição das razões teóricas e empíricas usadas como premissas em inferências empíricas usadas pelo balanceamento. Sendo assim, isso nos leva a uma dimensão extrajurídica. O que mostra como a ponderação é dependente de uma argumentação externa ao direito. Porém, a verdade de inferências empíricas não é julgada do mesmo modo em todas as ciências, o direito possui sua própria maneira de construir discursos válidos. A argumentação externa, não pode ser antijurídica.

Na teoria dos princípios, a ponderação segue em direção aos juízos práticos e as premissas empíricas preocupadas com consequências fáticas e jurídicas, que definirão o que se deve entender por circunstâncias do caso concreto. A relação de precedência condicionada é a faixa central que promove o câmbio entre o princípio a ser satisfeito e o princípio a ser restringido. Ela está inserida na estrutura da lei de colisão, enquanto circunstâncias concretas que balizarão o ingresso do dever de eficiência nas situações fáticas da proporcionalidade, realizados nos exames de adequação e de necessidade, acerca dos meios que promoverão a realização do direito.

Porém, levar em consideração todas as circunstâncias em um determinado caso concreto revela a crença de que a ponderação pode lidar com análises particulares, sendo uma teoria normativa que emprega juízos universais a situações concretas específicas. Na ponderação os julgamentos são contextuais e contingentes em relação as circunstância de fato que observam. Essa particularização dissolve o vínculo textual da norma, o formalismo é derrotado para ceder lugar a uma “máxima realização possível”, encrostada na ideia de otimização.

A medida de importância ou restrição de princípios não depende exclusivamente das situações específicas do caso concreto, mas dependerá da experiência que o interprete-julgador

tem com essas circunstâncias concretas. Pois, a discricionariedade na valoração dessas medidas implica como a subjetividade irá fundamentar seu discurso na aplicação de tais princípios.

Se consideramos que a subjetividade compõe a estrutura da interpretação, e, conseqüentemente, da aplicação do direito, então o tipo de objetividade que se reclama ao direito deve estar compromissado com algum nível de controle intersubjetivo e com a coerência. Assim, a busca por segurança jurídica poderá definir que tipo de objetividade lhe cabe quando se definem os critérios de valoração que nortearão os argumentos expostos numa determinada decisão.

O judiciário deve estar atento ao ônus da qualidade da argumentação em suas decisões, como maneira de se adequar a uma realidade de coerência e controle intersubjetivo, assim podemos falar em uma previsibilidade capaz de oferecer o tipo de objetividade possível ao direito. Sendo assim, a busca por um discurso jurídico racional, metodológico e dialógico tende a construir um ordenamento com menor arbitrariedade e maior legitimidade. Nesta direção, para a formação de um discurso prático apto a responder aos axiomas constitucionais, trouxemos à baila as alterações da nova LINDB, que introduzem o direito no mundo vivido, na esfera prática.

O presente trabalho buscou apresentar de que forma as alterações da nova LINDB, impactaram positivamente na hermenêutica jurídica e constitucional. O art. 20 trouxe a necessidade de que motivação da decisão deve apresentar preocupações com as consequências daquilo que se decide. Para alguns, isso significa o marco de introdução teórica do pensamento consequencialista no direito brasileiro. Porém, essas “preocupações com as consequências” deve ocorrer no momento em que a autoridade decisória tiver que tratar de princípios jurídicos abstratos. Isso, aparentemente, revelaria um conflito de racionalidades distintas: uma racionalidade prática versus uma racionalidade normativa e universal.

A necessidade de atuação do Estado regulador levou a introdução da análise de impacto regulatório na seara da administração pública brasileira. Neste modelo de justificação decisória existe uma preocupação com o pensamento consequencialista. Uma análise frente aos problemas relativos à tomada de decisão, estruturada por etapas de investigação, num processo de racionalização da justificação através de escolhas apoiadas por dados empíricos.

A AIR elabora juízos práticos preocupados com o futuro, assim também se ocupa o modelo de justificação da proporcionalidade. Nesta direção, afirmou-se durante o texto que existe um aporte pragmático-consequencialista na teoria dos princípios de Alexy. Portanto, haveria uma finalidade presente nas preocupações com as possibilidades fáticas em ambos os modelos de justificação, que abraçam o dever de eficiência como forma de decidir.

Pretendeu-se demonstrar que o art.20 da LINDB ao atrair o consequencialismo ao processo decisório não afasta modelos de justificação já sacramentados pela hermenêutica constitucional e jurídica. Desta forma, uma relação de complementariedade entre os modelos de justificação da AIR e da proporcionalidade pode ocorrer em razão do vazio metodológico de conteúdo, presente no modelo de justificação da AIR e que poderia ser preenchido pelo modelo de justificação da proporcionalidade. Este vazio metodológico de conteúdo, está presente na dimensão normativa da AIR, podendo encontrar critérios normativos no uso da proporcionalidade.

Na teoria dos princípios, o dever de proporcionalidade acaba por conduzir a um ideal de realização que o aproxima do dever de eficiência, que pretende se oferecer como uma racionalidade prática ao método de aplicação de princípios, partindo em direção as possibilidades fáticas para sua concretização. Neste sentido, Alexy caminhou rumo a juízos práticos e argumentos da economia que desembocaram na construção de um novo conceito de princípios, como “mandamentos de otimização”.

Otimizar é realizar uma análise acerca da melhor alocação possível de recursos escassos, do tipo custo-benefício, e para tal finalidade Alexy evocou uma ideia oriunda da economia: “ótimo de Pareto”. Independente das limitações apresentadas pelos juízos de Pareto acerca da economia, a proporcionalidade seguiu uma ideia acerca de equilíbrio pautada pela noção da situação de equilíbrio de Pareto. Então, pode-se falar em um dever de proporcionalidade que expõe características próprias do critério de eficiência de Pareto.

Por sua vez, a AIR, revela a necessidade de preocupação com as consequências das decisões e com o resultado útil daquilo que se decide. A relevância dos dados empíricos nas suas etapas de fundamentação trouxe para o direito uma técnica de abordagem para aqueles que precisam tomar decisões satisfatórias: o juízo de prognose.

A AIR revela uma ausência de critérios para se adotar uma alternativa de consequência frente a outra, o que expõe a limitação em juízos de prognose. Falamos em um vazio de conteúdo, de forma metodológica, que acaba por apresentar problemas comuns no uso da proporcionalidade, como por exemplo: o excesso de subjetividade. Afinal, porque adotar uma alternativa de decisão e não outra, pois os dados empíricos são manipuláveis.

Por esta razão que a nova LINDB não traz solução aos problemas que envolvem critérios de valoração subjetivos e discricionários. Porém, a presença de arbitrariedade na decisão fica limitada a sua capacidade argumentativa, na qual agora se exige uma comunicação aberta com o mundo prático e que busca a eficiência da medida adotada pela decisão.

Pensar nas consequências é uma estratégia decisória condizente com o Estado Democrático de Direito. Uma vez que eleva a reflexão, aumentando a qualidade da argumentação jurídica, ao se expressar de forma comunicativa e aberta, através de juízos práticos, conciliando o direito a pluralidade do mundo concreto. Lidar com esta pluralidade não é tarefa fácil, pois discordâncias são comuns, principalmente quando se trata de princípios jurídicos abstratos com elevado grau de valoração moral.

A hermenêutica jurídica constitucional vem se debruçando com as diversas mudanças na realidade social e as alternativas teóricas que absorvem estas mudanças. A exposição de aproximações entre os dois modelos de justificação decisória, AIR e proporcionalidade, pode permitir um acordo entre os participantes da discussão através da teoria dos “acordos incompletamente teorizados” aos moldes da proposta teórica de Cass R Sunstein.

Sunstein se preocupa com estabilidade e pluralidade na democracia. Nesta sociedade democrática, as disputas políticas e filosóficas tendem a ocasionar desavenças. Muitas vezes, essas desavenças surgem de raciocínios sobre questões morais e suas abstrações teóricas, mas as pessoas podem ficar silentes acerca destes dilemas abstratos se pretendem um resultado estável, previsível e eficiente.

Assim, acordos não completamente teorizados são forjados a fim de encontrar uma solução para conflitos e desavenças, desde que haja finalidade recíproca pela promoção de um resultado comum. Trata-se de um acordo sobre às práticas adotadas e não acerca das abstrações dos pensamentos universais. Seria um acordo realizado no nível das particularidades. Ou seja, aceitar um determinado resultado mesmo sem haver concordância acerca da fundamentação deste resultado. Assim, é necessário reduzir os níveis de abstrações para que se possa realizar uma descida conceitual.

A hermenêutica jurídica permite uma apresentação das teorias da interpretação como modelos a serem adotados pelo interprete. Assim, o fato de determinadas correntes de pensamento impulsionar alterações legislativas, como o caso do pragmatismo jurídico e da nova LINDB, isso não traduz o rompimento da hermenêutica com modelos clássicos de interpretação. Neste sentido, o Decreto-lei 9830/2019 estabeleceu a forma como vai operar a argumentação através da explicitação decisória. Agora, o interprete, além de citar a norma, deverá mostrar as consequências daquilo que decide, apontando qual jurisprudência, doutrina ou interpretação jurídica fez uso para o alcance da solução do caso concreto.

O novo decreto regulamentador da LINDB expõe a necessidade de uma argumentação prática, atenta aos resultados e podendo colher informações ou argumentos práticos em esferas além do direito, na esfera pública, com previsão dada pelo art.2, § 2º, §3º, artigo 3º, art.18 e

art. 19 do decreto-lei 9830/19. Além disso, a participação popular na atividade decisória que manejar conflito entre valores jurídicos-políticos constitucionais pode operar aumento da legitimidade da decisão. Ademais, uma aproximação entre modelos de justificação decisória implica a possibilidade de concretização de um acordo não completamente teorizado. Desta forma, o pensar pelas consequências, como expresso no art.20, indica um meio que deve atingir um fim, apontando uma decisão fundamentada e eficiente.

Nesta direção, uma aproximação entre a análise de impacto regulatório e a proporcionalidade da teoria dos princípios pode contribuir para aumentar a qualidade dos argumentos, expondo uma análise das circunstâncias concretas do caso que possa orientar o tomador de decisão a encontrar critérios mais objetivos e ofertar um maior controle intersubjetivo dos juízos apresentados no processo decisório.

Este controle intersubjetivo é possível face a própria estrutura dos modelos de justificação, que se apresentam por etapas que são exploradas racionalmente, com exposição de variáveis empíricas e/ou dados científicos. O que permite, aos participantes do discurso, argumentar dentro do processo decisório e explorando juízos práticos acerca das possíveis consequências daquilo que se decide. Em outras palavras, a coerência e a previsibilidade ganham uma maior carga na qualidade argumentativa.

O modelo teleológico dos princípios, como expostos pela teoria dos princípios de Alexy, se aproxima com a maneira prognóstica de se formular juízos práticos compromissados com o futuro, como expressos pela AIR. Seja pela análise da relação entre causa/efeito ou meio/fim, um ponto fixo na justificação destes termos não vai impor condições que incapacitem a aproximação perseguida.

Os exames de adequação e de necessidade podem se valer das análises formuladas por uma AIR, assim como a AIR pode se valer dos exames de adequação e de necessidade, expressos na máxima da proporcionalidade, como forma de garantir um critério normativo, em caráter metodológico, quando da escolha de uma alternativa de consequência em lugar de outra.

Lidar com expectativas do futuro é lidar com afirmações de incertezas, mas uma estrutura analítica que se opera por fases estruturadas de argumentação pode colaborar com um maior controle intersubjetivo na busca pela segurança jurídica. Neste sentido, aumenta-se a qualidade dos argumentos expostos na decisão, contribuindo para uma argumentação externa, ocupada com as circunstâncias concretas do caso e com o resultado daquilo que se vai decidir.

Portanto, temos uma explicitação decisória que deve argumentar pelas consequências, mesmo que insista em decidir com o uso de valores jurídicos abstratos ou princípios constitucionais, através da proporcionalidade. Nesta argumentação pelas consequências, o

objetivo é o resultado útil, mas alcançável por argumentos práticos que podem estar além da capacidade cognitiva do decisor. Esses argumentos práticos podem surgir sob a forma de juízos prognósticos no momento da motivação das decisões, se utilizando do procedimento a ser adotado conforme os art.2, § 2º, artigos 3º, art.18 e art.19 do decreto-lei 9830/19.

Problemas na fundamentação dos processos decisórios irão depender de uma atitude reflexiva. A inclusão de uma argumentação prática, que deve se preocupar com consequências, na motivação da decisão judicial não põe fim aos problemas hermenêuticos. Talvez, uma nova retórica, desta vez consequencialista, pode estar atraindo problemas semelhantes ora sofridos pelo modelo de justificação da proporcionalidade. Mas, aumentar a qualidade da carga argumentativa com a introdução de dados empíricos e juízos práticos poderá expandir a participação no processo de comunicação e a legitimidade da decisão. Por fim, a eficiência e a realização do direito se insurgem contra posturas excessivamente subjetivas e desprovidas de controle social.

Assim, a linguagem decisória exposta na explicitação deve se abrir ao mundo vivido, ainda que queira proteger seus valores abstratos. As dúvidas e incertezas, comuns quando se lida com o futuro, não são tão problemáticas quando a verdade deixa de ser um problema para as teorias normativas da decisão, que passaram a adotar a validade enquanto um critério normativo.

O controle intersubjetivo é uma das variáveis para que se alcance objetividade jurídica, e, conseqüentemente, segurança jurídica. Assim, a validade de atos administrativos dependerá da qualidade de suas argumentações, o que propicia não apenas legitimidade as decisões adotadas, sobretudo efetividade.

A realização do direito envolve a exploração de juízos práticos e a participação dos cidadãos e especialistas das mais diversas áreas dos saberes. As alterações na nova LINDB revelam uma preocupação com a exploração de juízos práticos e com os resultados que estes juízos possam alcançar. Neste sentido, há um ganho na qualidade dos argumentos que farão parte do processo decisório, ofertando maior legitimidade às decisões adotadas pelo Estado.

A decisão judicial deve seguir um processo de argumentação estruturado por fases de justificação, amparando-se na interdisciplinaridade, na objetividade jurídica e no controle intersubjetivo. Assim, a validade dos atos normativos implicará em sua legitimidade e segurança. Sendo assim, o Direito assume a necessidade de uma argumentação externa a sua linguagem, mas jamais antijurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Teoria do Estado de Exceção**. 2. ed. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.

ALEXY, Robert. **Epílogo à la teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Carlos Berna Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption. A structural Comparison. **Ratio Juris**, [S.l.], v. 16, n. 4, dez., 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas**: a justificação consequencialista de decisões judiciais. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de Direito**: subsídios para uma compatibilização, p. 13. CONPEDI, XIV Congresso. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em 23/01/2021

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Dworkin**. 2011. 287 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium** - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BINEMBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOTELHO, Martinho Martins. A Eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável 2**, Florianópolis, v. 1, fev. 2017

BRASIL. **Lei Federal n. 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. Presidência da República, Brasília, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. **Decreto lei, 9830 de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Presidência da República, Brasília, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República: **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de análise de impacto regulatório – AIR**, Brasília: Presidência da República, 2018. p.23

CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.). **Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Proporcionalidade e Argumentação. *In: A teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos*. Curitiba: Juruá, 2009.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil: um ponto cego do direito?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COTIA, Pedro Panplona. **Consequências e Análise de Impacto Regulatório, Princípios e proporcionalidade**: Aproximações e distanciamentos. 2019. 98 f. Dissertação (Direito) – Faculdade Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28881/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20PEDRO%20PAMPLONA%20COTIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 92, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. 2. ed. Tradução: Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiro, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLUPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito. Ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-210, jul./set. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/514>. Acesso em: 18 dez. 2021.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre Normas Constitucionais**: Esboço de uma Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra; ARAÚJO, Lean Antônio Ferreira. LINDB e Argumentação Jurídica: Da Efetiva Motivação dos Atos pelo Administrador Público para a Superação dos Conceitos Jurídicos Abstratos. **RJLB, Revista Jurídica Luso-brasileira, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, ano 6, n. 5, 2020. p. 1065. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/5/2020_05_1055_1080.pdf. Acesso em: 5 jan. 2021.

GONZALEZ REY, Fernando. **Psicoterapia, subjetividade e pós-modernidade**: uma aproximação histórico-cultural. São Paulo: Thomson Learning, 2007.

GONZALEZ REY, Fernando. A configuração subjetiva dos processos psíquicos: avançando na compreensão da aprendizagem como produção subjetiva. In: MARTINEZ, Albertina Mitjans; SCOZ, Beatriz Judith Lima; CARVALHO, Marisa Irene Siqueira de (orgs.). **Ensino e aprendizagem**: a subjetividade em foco. Brasília: Liber Livros, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. 2010. 364 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

KANT, Immanuel. **A Crítica da Razão Pura**. São Paulo: Edipro, 2020.

LEAL, Fernando *et al.* **Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo**. Nudges em temas de Direito. São Paulo: Juruá, 2020.

LEAL, Fernando A. Ribeiro. Análise de impacto regulatório e proporcionalidade: semelhanças estruturais, mesmos problemas reais? **Revista brasileira de Políticas Públicas da UniCEUB**. [S.l.], v. 9, n. 2, 2019. p. 319. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i3.6278>. Acesso em: 24 jan. 2022.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro; MENDONÇA, José Vicente Santos de (orgs.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

LEAL, Fernando. Pragmatismo como (Meta) Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck;

SARMENTO, Daniel (coords.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Jures, 2009.

LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Direito regulatório comportamental e consequencialismo**: Nudges e pragmatismo em temas de Direito. Curitiba: Juruá, 2020.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La seguridad jurídica, una garantía del derecho y la justicia. **Boletín De La Facultad Del Derecho**, Sevilla, n. 15, 2000.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Seguridad jurídica y sistema cautelar. **Doxa**: Publicaciones periódicas, Alicante, n. 7, 1990.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the Brazilian lessons. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **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. 243-274, nov. 2018.

MOREIRA NETO. A regulação sob a perspectiva da nova hermenêutica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. REDAE**. n.12. novembro/dezembro/janeiro 2008. p.6-9. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/12>

NUNES, Tatiana Couto. A sinépica como mecanismo de eficácia das decisões judiciais. *In*: **A eficácia das decisões judiciais como foco nas decisões da jurisdição constitucional do STF**. Brasília: IDP, 2012.

OCDE. Brasil: fortalecendo a governança regulatória. **Relatório sobre a reforma regulatória**. Brasília: OCDE, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de. Devido processo legislativo e controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PECI, Alketa. Avaliação do Impacto regulatório e sua difusão no contexto brasileiro. **RAE – Revista de Administração de Empresas - FGV**. V.51, n.4. 2011. Disponível em: <https://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-51-num-4-ano-2011-nid-46703/>

PORTO, Antônio José Maristrello; GAROUPA, Nuno; GUERRA, Sérgio. Análise de Impacto regulatório: Dimensões Econômicas de sua Aplicação. **EALR**, [S.l.], v. 10, n. 2, maio-ago. 2019.

POSNER, Richard. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. London: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

RAO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Normas de textura aberta e interpretação**: uma análise no adimplemento das obrigações. 2009. 38 f. Dissertação (Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/10792> Acesso em: 23 jan. 2022.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTR, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, [S.l.], ano 6, v. 1, maio, 2013.

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

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, v. 1, p.98

VELASCO, Marina. “Habermas, Alexy e a razão Kantiana”. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno (org). **Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas**: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.