

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HENRIQUE KURSCHIEDT

PRAGMATISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO
JUDICIAL DE ACORDO COM O ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS
DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

CURITIBA

2024

HENRIQUE KURSCHIEDT

PRAGMATISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO
JUDICIAL DE ACORDO COM ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO
DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

Dissertação apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Kurscheidt, Henrique

Pragmatismo jurídico e a fundamentação da decisão judicial de acordo com art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) / Henrique Kurscheidt. – Curitiba, 2024.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.

Orientador: Clayton de Albuquerque Maranhão.

1. Pragmatismo - Direito. 2. Decisão judicial.
3. Epistemologia. I. Maranhão, Clayton de Albuquerque.
II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

ATA Nº482

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia sete de junho de dois mil e vinte e quatro às 16:00 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, PPGD UFPR - Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **HENRIQUE KURSCHIEDT**, intitulada: **PRAGMATISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE ACORDO COM ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), LUCIANO BENETTI TIMM (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP), FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ), VINICIUS KLEIN (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 07 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica
05/07/2024 17:10:08.0
CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
20/08/2024 16:25:18.0
LUCIANO BENETTI TIMM
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica
29/07/2024 11:49:09.0
FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ)

Assinatura Eletrônica
05/07/2024 14:15:13.0
VINICIUS KLEIN
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **HENRIQUE KURSCHIEDT** intitulada: **PRAGMATISMO JURÍDICO E A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL DE ACORDO COM ART. 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**, sob orientação do Prof. Dr. CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 07 de Junho de 2024.

Assinatura Eletrônica
05/07/2024 17:10:08.0
CLAYTON DE ALBUQUERQUE MARANHÃO
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
29/07/2024 11:49:09.0
FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/RJ)

Assinatura Eletrônica
20/08/2024 16:25:18.0
LUCIANO BENETTI TIMM
Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS/SP)

Assinatura Eletrônica
05/07/2024 14:15:13.0
VINICIUS KLEIN
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

*Dedico este trabalho a meus filhos, Henrique Júnior, meu
parceiro de todas as horas, e Alice, minha “pepeuzinha”
querida.*

AGRADECIMENTOS

As ideias iniciais da presente pesquisa foram gestadas nas salas de aula da Escola da Magistratura do Paraná - EMAP, especialmente durante a série de cursos sobre Direito e Economia, proporcionada aos magistrados paranaenses, por meio de parceria celebrada com a Fundação Getúlio Vargas – FGV, durante a gestão do Professor Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão, como diretor-geral da EMAP.

Além do valioso aprendizado sobre os principais institutos da Análise Econômica do Direito, a frequência às aulas desta série de cursos, ao longo dos anos de 2019 e 2020, propiciou o convívio constante com o Prof. Clayton e, desde então, tenho tido o privilégio de contar com seus ensinamentos, apoio e orientação, que foram essenciais para o ingresso e conclusão com êxito do curso de mestrado. Registro meu sincero agradecimento, não só por sua inestimável contribuição no desenvolvimento do presente trabalho, como meu professor orientador, mas, também, por demonstrar, por meio do exemplo cotidiano, que é possível conciliar a atividade judicante com a pesquisa acadêmica e desempenhar, com excelência, ambas as atividades.

Agradeço aos professores da Universidade Federal do Paraná, com os quais tive o privilégio de aprender ao longo dos últimos dois anos, pela generosa partilha de seus conhecimentos: Prof. Dr. Sergio Cruz Arenhart, Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, Prof. Dr. Adriano Camargo Gomes, Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena, Prof^a. Dr^a. Katya Kozicki, Prof. Dr. Willian Pugliesi e Prof^a Dr^a Taysa Schiocchet.

Aos membros da banca examinadora, Prof. Dr. Vinicius Klein, Prof. Dr. Luciano Benetti Timm e Prof. Dr. Fernando Leal, cujas obras e ensinamentos foram fundamentais na construção dos alicerces teóricos da presente pesquisa, agradeço por aceitarem o convite para avaliar o trabalho.

Registro meu agradecimento à Escola da Magistratura do Paraná - EMAP, instituição na qual tive a oportunidade de dar meus primeiros passos como docente e que foi determinante para despertar em mim o interesse pela pesquisa acadêmica. A percepção, evidenciada neste trabalho, de que o debate jurídico deve transcender o plano abstrato e incorporar considerações sobre os efeitos concretos da aplicação do Direito na vida e comportamento das pessoas e instituições, deve-se, em grande medida, aos ensinamentos recebidos em suas salas de aula. Nesse sentido, as

aulas ministradas, em diferentes períodos, pelos professores visitantes Prof. Dr. Antônio José Maristrello Porto, Prof. Dr^a. Luciana Yeung, Prof. Dr. Fernando Leal, Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior, Prof. Dr. Gustavo Kloh e Prof. Dr. Fernando Araújo, aos quais estendo o agradecimento, foram especialmente relevantes.

Aos colegas e amigos, Luciana Gonçalves Nunes, Rafaela Mattioli Somma, Caroline Cavet, Juliano Marcondes Paganini, Hugo Jesus Soares, Ana Paula Camilo, Leonardo Maciel Benedete, Regina Carneiro e André Luiz de Araújo, registro meu agradecimento pelo incentivo e apoio ao longo dessa trajetória, desde o processo seletivo para ingresso no programa de mestrado até o solitário processo de escrita da dissertação.

À minha competente equipe de trabalho, capitaneada pela futura colega de toga, Janylle Dalermo Ferreira Ribeiro Rosa, agradeço pelo incansável esforço e dedicação durante o período do curso, que tornaram possível conciliar a rotina de estudos com as exigências da atividade judicante.

À Eridiane, minha esposa e primeira incentivadora em todas as minhas conquistas acadêmicas e profissionais, que não mediu esforços para auxiliar e contribuir com o desenvolvimento do presente trabalho, compensando, com sua presença amorosa, minhas constantes ausências na rotina familiar, durante esse período, dedico um agradecimento especial. Sem seu apoio e compreensão incondicionais, certamente nada teria sido feito.

RESUMO

O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.665/2008, proíbe que seja proferida decisão com base em valores jurídicos abstratos, sem que as consequências práticas da decisão sejam consideradas. A reforma da LINDB tem sido considerada o ápice de um movimento do direito brasileiro rumo ao pragmatismo jurídico, cuja origem é relacionada a um cenário de crise hermenêutica e de segurança jurídica que seria decorrente do emprego excessivo da abstração dos princípios jurídicos na fundamentação de decisões judiciais. O presente trabalho busca situar a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB no complexo de deveres decorrentes do dever constitucional de fundamentação, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, e especificar de que forma a consideração das consequências práticas da decisão deve ser exposta na fundamentação decisória. Para tanto, são examinadas as exigências que o dever de fundamentação impõe à decisão judicial que utiliza a prospecção de suas consequências práticas como fundamento decisório. Os deveres correlatos de observância do contraditório substancial e da não-surpresa, enquanto intimamente relacionados à fundamentação da decisão judicial, também são objeto de análise e confrontados com as exigências instituídas pela atual redação da LINDB.

Palavras-chave: Pragmatismo jurídico; consequencialismo; dever de fundamentação, teoria da decisão; epistemologia.

ABSTRACT

The article 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law – LINDB (Decree-Law 4,657/1942), as amended by Law 13,665/2008, prohibits the rendering of a decision based on abstract legal values, without considering the practical consequences of the decision. The reform of the LINDB has been considered the apex of a movement of Brazilian law towards legal pragmatism, whose origin is related to a scenario of hermeneutic crisis and legal certainty that would result from the excessive use of the abstraction of legal principles in the reasoning of judicial decisions. The present work seeks to situate the requirement established by article 20 of the LINDB in the complex of duties arising from the constitutional duty to state reasons, provided for in article 93, IX, of the Federal Constitution and to specify how the consideration of the practical consequences of the decision should be exposed in the decision-making reasoning. To this end, the requirements that the obligation to state reasons imposes on the judicial decision that uses the prospection of its practical consequences as a basis for decision are examined. The correlated duties of observance of the substantive adversarial procedure and non-surprise, while closely related to the grounds of the judicial decision, are also subject to analysis and confronted with the requirements instituted by the current wording of the LINDB.

Keywords: Legal pragmatism; consequentialism; duty of motivation; decision theory; epistemology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A REFORMA DA LINDB COMO REAÇÃO AOS EXCESSOS PRINCIPOLÓGICOS	16
1.1 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: DO COMBATE À TESE DA DISCRICIONARIEDADE À CRISE HERMENÊUTICA	17
1.1.1 A tese positivista da discricionariedade judicial	18
1.1.1.1 A tese da discricionariedade em Hans Kelsen: a moldura normativa e a aplicação do direito como ato de vontade	19
1.1.1.2 A discricionariedade judicial em Herbert Hart: textura aberta do direito e as zonas de penumbra	21
1.1.2 O reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos como contraponto à tese da discricionariedade	22
1.1.2.1 Colisão e ponderação de princípios: a contribuição de Robert Alexy	27
1.2 A INCORPORAÇÃO DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS AO DIREITO BRASILEIRO: DO COMBATE À DISCRICIONARIEDADE AO “AMBIENTE DE GELEIA GERAL”	30
1.3 A LEI 13.665/2018 E A INSTITUIÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO COMO REAÇÃO À CRISE HERMENÊUTICA	37
1.3.1 O art. 20 da LINDB e a hipótese de incidência da exigência de prospecção consequencialista	38
1.3.2 Consequencialismo e deontologia	43
1.3.3 Dos limites do consequencialismo instituído pela LINDB: consequencialismo fraco e residual	45
1.3.4 A reforma da LINDB como ápice da virada pragmática do direito brasileiro	46
1.4 POSSÍVEIS EFEITOS DA INTRODUÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO NA LINDB	50
2 O PRAGMATISMO JURÍDICO E A REFORMA DA LINDB	57
2.1 O PRAGMATISMO COTIDIANO DE RICHARD POSNER	65
2.1.1 O “tom pragmático” como raiz comum do pragmatismo filosófico e cotidiano e suas relações com a prática jurídica	67
2.1.2 O pragmatismo jurídico como expressão do pragmatismo cotidiano na prática jurídica	79

2.1.3 As consequências sistêmicas como limite à influência das consequências diretas no processo decisório e a razoabilidade como padrão de orientação da decisão pragmática	89
2.2 O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE SUNSTEIN E VERMEULE	95
2.3 JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM E CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK	103
2.4 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE POSNER COMO POSSÍVEL REFERENCIAL TEÓRICO PARA INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB	108
3 DECISÃO JUDICIAL PRAGMÁTICA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO.....	117
3.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO	118
3.1.1 Ativismo Judicial e Fundamentação	123
3.2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	126
3.2.1 O CPC/2015 e o padrão máximo de fundamentação	130
3.2.2 O art. 20 da LINDB e o dever de fundamentação.....	135
3.3 FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO	138
3.3.1 A necessária submissão da prospecção e valoração das consequências práticas da decisão ao crivo do contraditório.....	143
3.4 RACIOCÍNIO PROSPECTIVO E FUNDAMENTAÇÃO	144
3.4.1 Estrutura de qualquer raciocínio prospectivo consequencialista: dimensões positiva e normativa	146
3.4.2 Raciocínio prospectivo e presunções judiciais	153
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

INTRODUÇÃO

A Lei 13.665/08, promulgada com o declarado objetivo de instituir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, introduziu dez novos artigos (artigos 20 a 30) ao texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/42).

Em que pese o principal escopo da nova legislação tenha sido a regulamentação de relações de direito público, a Lei 13.665/08 também instituiu normas de caráter geral, cuja incidência alcança as relações de direito privado. Dentre estas disposições de abrangência mais ampla, a mais emblemática do viés consequencialista e pragmático, que norteou a reforma legislativa, é aquela contida no art. 20 da LINDB, segundo o qual: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O foco de análise do presente trabalho é centrado especificamente na dinâmica decisória que será adotada a partir da instituição da perspectiva consequencialista, contida no art. 20 da LINDB, e em sua relação com o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Nessa perspectiva, a pesquisa pretende examinar e definir quais são as exigências impostas pelo dever de fundamentação à decisão que utiliza a prospecção e valoração de suas consequências práticas como razão de decidir, na forma instituída pelo art. 20 da LINDB.

A opção metodológica, de centrar o foco de análise no art. 20 da LINDB, foi tomada a partir da consideração de que o dispositivo, além de ser aquele que melhor representa o viés pragmatista associado à reforma legislativa, é o mais adequado, por sua ampla abrangência, à análise proposta no presente trabalho, por meio da qual se pretende situar a exigência consequencialista no complexo de deveres associados ao dever constitucional de fundamentação, de forma igualmente ampla e não restrita a um setor específico do direito.

A reforma da LINDB é associada, ao longo do trabalho, a uma crescente inclinação do direito brasileiro em direção ao pragmatismo jurídico. Por se tratar de termo que recebe diferentes definições, por vezes contraditórias, a depender do contexto em que é empregado, é oportuno esclarecer, como nota metodológica inicial, que a referência ao pragmatismo jurídico adota a perspectiva proposta por Richard Posner (2010), que o define, a partir da dissociação de suas vertentes

filosófica e jurídica, como a manifestação do pragmatismo cotidiano, que norteia o raciocínio prático empregado pelas pessoas comuns, na prática jurídica.

Nessa perspectiva, embora o trabalho apresente, em linhas gerais, o desenvolvimento inicial do pragmatismo filosófico, sobretudo para diferenciá-lo do pragmatismo jurídico, a análise específica dessa escola de pensamento filosófico e de suas diferentes vertentes não constitui o objeto específico da presente pesquisa.

Com o estudo, pretende-se investigar quais são as exigências que o dever de fundamentação impõe à decisão judicial que utiliza a prospecção de suas consequências práticas como fundamento decisório. Os deveres correlatos de observância do contraditório substancial e da não-surpresa, enquanto intimamente relacionados à fundamentação da decisão judicial, também serão objeto de análise e confrontados com as exigências instituídas pela atual redação da LINDB.

Almeja-se, ainda, relacionar a necessidade de observância do dever de fundamentação, ao decidir com base em consequências, com o declarado objetivo de fomentar a segurança jurídica na aplicação do direito, que norteou a edição da Lei 13.665/08. Com isso, pretende-se demonstrar que, caso não haja fundamentação adequada e construída democraticamente, com observância do contraditório e da não-surpresa, a abordagem decisória consequencialista, instituída pela atual redação da LINDB, ao revés de atingir o objetivo declarado de aumentar a segurança jurídica, poderá tornar a aplicação do direito menos previsível e sujeita a consequencialismos embasados em critérios subjetivos e arbitrários.

Dessa maneira, a pesquisa perpassará o campo: a) da Teoria do Direito, ao procurar contextualizar a exigência instituída pela LINDB a partir da perspectiva do pragmatismo jurídico e da chamada virada pragmática que vem sendo recentemente percebida no direito brasileiro, b) do Direito Processual e da Teoria da Decisão, ao buscar definir e detalhar as exigências decorrentes do dever de fundamentação e dos deveres correlatos de observância do contraditório e da não surpresa, relacionando-os à perspectiva consequencialista instituída pela LINDB e c) da Epistemologia Jurídica, na medida em que se pretende definir a estrutura do raciocínio empregado para inferir e valorar as prováveis consequências decorrentes da adoção de determinada linha decisória e descrever como esse raciocínio é construído e deve ser justificado na fundamentação da decisão.

O primeiro capítulo busca contextualizar o cenário no qual veio à lume a Lei 13.665/08 e que deu ensejo à instituição da exigência consequencialista contida no

art. 20 da LINDB. Nessa perspectiva, a reforma legislativa é apresentada como ponto culminante de uma crescente inclinação pragmática que vem sendo notado no direito brasileiro e tem sua origem relacionada à percepção de que a entusiasmada recepção das chamadas teorias pós-positivistas, pelos operadores do direito brasileiros, deu causa a um cenário de crise hermenêutica e de insegurança jurídica, decorrente do frequente emprego da abstração dos princípios jurídicos para justificar posturas decisórias subjetivistas. Em seguida, o art. 20 da LINDB é examinado de forma específica e são apresentadas considerações gerais quando ao seu alcance, interpretação e potenciais efeitos de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo capítulo busca definir o referencial teórico mais adequado para a interpretação da dinâmica decisória instituída pela reforma da LINDB. Para tanto, são inicialmente apresentadas considerações gerais a respeito dos múltiplos sentidos atribuídos ao termo pragmatismo, com o intuito de demonstrar que, para bem situar teoricamente a nova diretriz interpretativa, é insuficiente relacionar genericamente a reforma da LINDB ao pragmatismo jurídico. Em seguida, as diferentes concepções teóricas, a respeito da adjudicação judicial, desenvolvidas por Richard Posner, por Cass Sunstein e Adrian Vermeule e por Neil MacCormick, apontados por parte da doutrina como referenciais teóricos compatíveis com o modelo que se pretendeu instituir com a reforma da LINDB, são objeto de análise específica.

O trabalho dedica maior extensão e profundidade à análise do pragmatismo jurídico de Posner, para, a partir desse referencial, apresentar, ainda que brevemente, o surgimento e desenvolvimento histórico do pragmatismo, enquanto prática cotidiana e corrente filosófica, e suas relações com a prática jurídica.

Após serem apresentadas, as concepções teóricas de Posner, de Sunstein e Vermeule e de MacCormick são examinadas à luz dos objetivos que nortearam a reforma da LINDB, de aumentar o ônus argumentativo associada à decisão que se afasta dos limites estabelecidos pelo texto legal e de aproximar o decisor das contingências da vida prática e mundo real.

Ao final do capítulo, o trabalho adere à posição doutrinária que sustenta que a versão de pragmatismo jurídico de Posner, com o acréscimo das considerações institucionais propostas por Sunstein e Vermeule, constitui o referencial teórico mais

adequado para interpretação e aplicação do modelo que se pretendeu adotar com a instituição do art. 20 da LINDB.

Finalmente, o terceiro capítulo busca situar e relacionar a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB com os demais deveres que decorrem da garantia constitucional da fundamentação, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal. O desenvolvimento histórico da garantia de fundamentação foi inicialmente apresentado, com o intuito de evidenciar seu caráter de ferramenta destinada ao controle democrático das decisões judiciais e contenção do arbítrio. Nesse sentido, enfatizou-se a íntima relação existente entre a legitimidade democrática da decisão judicial e a fiel observância de tal garantia, bem como sua renovada importância, diante da crescente ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais.

A exigência de fundamentação consequencialista, prevista no art. 20 da LINDB, é apresentada como parte integrante do conjunto de diretrizes legais que especificam o dever de fundamentação e densificam a garantia constitucional contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, a evidenciar a necessidade de sua interpretação harmônica e integrada com tais normas.

Nesse sentido, o trabalho procura evidenciar a proximidade de escopo dos dois institutos, na medida em que, tanto o clássico dever de fundamentação, como a recente exigência de prospecção decisória consequencialista, tem suas origens relacionadas com os objetivos de conter o arbítrio na aplicação do direito e promover a imparcialidade e a segurança jurídica

1 A REFORMA DA LINDB COMO REAÇÃO AOS EXCESSOS PRINCIPOLÓGICOS

A exigência de consideração das consequências práticas da decisão proferida com base em “valores jurídicos abstratos”¹, instituída pela reforma da LINDB, constitui o ponto culminante da chamada virada pragmática do direito brasileiro e foi adotada com o objetivo declarado de promover a segurança jurídica e a eficiência na interpretação e aplicação do direito.

A necessidade de instituir disposições legais tendentes a fomentar a segurança jurídica, por meio de profunda alteração na dinâmica decisória, decorre da percepção, corrente na doutrina, no sentido de que a entusiasmada recepção das chamadas teorias pós-positivistas² e o emprego indiscriminado dos princípios jurídicos como fundamento decisório deram causa a verdadeira crise hermenêutica e de segurança jurídica no direito brasileiro.

Para compreensão do fenômeno, será inicialmente apresentado o debate teórico que culminou no atual reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos. Em seguida, será retratada a recepção e a incorporação das teorias pós-positivistas ao cenário jurídico brasileiro e evidenciada a atual percepção doutrinária no sentido de que o uso abusivo dos princípios jurídicos deu causa a um cenário de crise hermenêutica e insegurança jurídica.

Ao final do capítulo, o art. 20 da LINDB e a dinâmica decisória consequencialista serão examinados e objeto de considerações gerais quando ao

¹ Como será demonstrado, a terminologia adotada pelo art. 20 da LINDB, ao fazer referência a decisão proferida “com base em valores jurídicos abstratos” é dogmaticamente equivocada (DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 146) e demanda interpretação que a compatibilize à classificação contemporânea das fontes normativas.

² O pós-positivismo tem sua origem relacionada ao desencantamento com o positivismo ideológico, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, decorrente da constatação de que o direito positivo é insuficiente para, por si só, proteger a dignidade da pessoa humana e evitar a barbárie. Como reação à “legalização do mal” verificada no regime nazista, a corrente pós-positivista promove a reintrodução dos valores no direito positivo, notadamente por meio do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, “colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais”. (MARMELSTEIN, 2014, p. 10). Segundo Barroso (2015, p. 300 e 539), o pós-positivismo constitui uma espécie de terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista, na medida em que, sem desprezar o direito posto, busca ir além da legalidade estrita e promover uma leitura moral dos textos legal e constitucional, tendo como elementos caracterizadores centrais, a “reaproximação entre o Direito e a ética, a normatividade dos princípios, a centralidade dos direitos fundamentais e a reabilitação da argumentação jurídica”.

seu alcance, interpretação e potenciais efeitos de sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS: DO COMBATE À TESE DA DISCRICIONARIEDADE À CRISE HERMENÊUTICA

A demarcação dos limites que devem ser observados pelo juiz, ao interpretar o Direito para dar solução a um caso concreto, constitui tema central da teoria do Direito e objeto de debate secular entre as diferentes escolas jurídicas³. Ao longo do desenvolvimento da disciplina, diferentes teorias buscaram precisar tais limites, algumas delas buscando vincular a decisão de forma absoluta ao direito posto e outras admitindo que o julgador dispõe de diferentes níveis de discricionariedade decisória, em reflexo dos pressupostos político, cultural e filosófico do momento histórico no qual foram formuladas.

O debate acerca da discricionariedade judicial está no cerne do embate travado por Ronald Dworkin com os teóricos da escola positivista⁴, em especial com Herbert Hart⁵, que resultou na elaboração de sua própria teoria jurídica e contribuiu, de maneira determinante, para “caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios” (BONAVIDES, 2011 p. 265).

A relevância da contribuição de Dworkin para o redescobrimento e ressignificação normativa dos princípios jurídicos é reconhecida inclusive por Hart,

³ Como observa Pires: “desde a época do imperador Justiniano há a preocupação de controlar a interpretação da lei, e mesmo após a Revolução Francesa pretendeu-se excluir qualquer componente subjetivo na interpretação com o receio de que a atuação dos juízes pudesse comprometer as conquistas do movimento revolucionário”. (2018, p. 48).

⁴ Botero-Bernal aponta que, embora o termo positivismo jurídico não diga muito, diante da existência de diferentes escolas e movimentos abarcados por esse rótulo, por vezes conflitantes entre si, é possível identificar algumas características gerais, que são compartilhadas por todas as correntes positivistas: i) a rejeição às teorias metafísicas dentro do discurso jurídico-científico; ii) a compreensão de que o direito válido não está necessariamente relacionado com o direito justo; iii) o reconhecimento do Estado como principal ou única fonte de direito válido; iv) a adoção do monismo jurídico (existência de somente um direito válido) e; v) a defesa da expressão linguística determinável, em especial na forma escrita, como forma própria do direito. (2015, p. 68-69).

⁵ Hart é apontado por Dworkin como principal alvo em seu ataque geral contra o positivismo, por representar, segundo o autor, a versão mais complexa e sofisticada dessa corrente de pensamento (DWORKIN, 2010b, p. 35).

que, no posfácio de sua obra “O Conceito do Direito”⁶, anota que: “Muito se deve a Dworkin por ter demonstrado e ilustrado a importância e a função dos princípios no pensamento jurídico [...]” (2009, p. 339).

Considerando que a teoria de Dworkin acerca dos princípios jurídicos foi em grande parte construída como contraposição à tese da discricionariedade judicial, é oportuno apresentar o contexto no qual se deu a construção e o desenvolvimento de tal tese, antes de adentrar na análise específica do pensamento de Dworkin.

1.1.1 A tese da discricionariedade judicial

A dogmática jurídica do século XIX, que encontra sua expressão mais característica na escola da exegese⁷ (DINIZ, 2009, p. 50), rejeitava a possibilidade de qualquer margem de discricionariedade ao julgador na aplicação do direito. Fundada no dogma da completude do ordenamento jurídico e na desconfiança que recaía sobre os juízes no período pós-revolucionário francês^{8 9}, a concepção, então corrente, reduzia o papel do órgão jurisdicional à mera subsunção, por meio de

⁶ A obra “O Conceito de Direito” foi originalmente publicada em 1961, recebendo o acréscimo do posfácio, no qual Hart procura enfrentar as críticas que lhe foram endereçadas por seus principais opositores, em especial Dworkin, em sua segunda edição, publicada em 1994, após o falecimento do autor.

⁷ Maria Helena Diniz explica que: “À escola da exegese, da França, correspondeu ao pandectismo, da Alemanha, e à escola analítica (*Analytical School*) de Austin, da Inglaterra” (2009, p. 54). Segundo a autora, enquanto os exegetas franceses tinham a lei e os códigos como ponto de partida, os pandectistas alemães utilizavam os textos do direito romano. Apesar de adotarem diferentes pontos de partida, Diniz ressalta que: “havia uma semelhança de atitude: tanto a *École d'Exégèse* como o pandectismo desembocaram, por igual, num sistema rígido de fetichismo pelos textos e de construção sistemática, apregoando o uso do método dedutivo, exigindo a aplicação das leis de acordo com um processo rigorosamente silogístico” (2009, p. 54-55). A escola analítica, por sua vez, que surge no contexto do *common law* inglês, adotava postura crítica ao casuismo do *common law* e defendia a interpretação e aplicação do direito costumeiro e do direito derivado das decisões da Corte da Chancelaria por meio de processos lógico-analíticos (DINIZ, 2009, p. 55-56).

⁸ Mauro Capelletti relata que o: “ofício judiciário fora considerado pelos juízes franceses do *ancien regime* e, em particular, pelos ‘*Parlementaires*’, ou seja, pelos juízes daquelas Cortes Superiores que eram os *Parlements*, como ‘*un droit de propriété, un droit patrimonial*’, [...] pelo que, como para os bens patrimoniais privados [...], desfrutavam dele, sobretudo, o mais possível - à custa, bem se entenda, das partes litigantes - do mesmo modo que um proprietário que sabe desfrutar do seu próprio poder. Não foi à toa que aqueles juízes estiveram, quase sempre, entre os adversários mais implacáveis de qualquer, mesmo mínima, reforma em sentido liberal, e, então, implacabilíssimos adversários da Revolução que, nas terras das guilhotinas, fez, afinal, larga messe de suas veneráveis cabeças [...]” (1984, p. 96-97).

⁹ Por conta do papel desempenhado pelos magistrados no *Ancien Régime*, Danilo Zolo aponta que o Poder Judiciário era alvo de desconfiança no período pós-revolucionário e destinatário de regulamentação negativa nas declarações de direitos e textos constitucionais franceses do período, que vedavam a interferência judicial no exercício do Poder Legislativo e a suspensão judicial da aplicação das leis (2007, p. 14).

função mecânica dedutiva, do fato concreto (premissa menor) ao direito positivo (premissa maior). A sentença seria a conclusão desse silogismo, sem nada acrescentar ao Direito ou trazer qualquer traço subjetivo do intérprete (PIRES, 2018, p. 49). Ao julgador caberia, assim, apenas descobrir a solução previamente estabelecida na lei, para dirimir qualquer controvérsia submetida ao seu julgamento.

Contudo, como o curso da história evidenciou, a concepção exegetica ignora a notória insuficiência da linguagem para descrever, de forma precisa e clara, a totalidade de fenômenos e situações que podem ser experimentados pelo ser humano (DINIZ, 2009, p. 57). A ambiguidade, vaguidade e outras dificuldades semânticas são características inerentes a qualquer forma de comunicação humana (TOMÉ, 2017). Na feliz expressão de Maria Helena Diniz, dada a insuficiência da linguagem e as constantes transformações da realidade empírica: “a extraordinária exuberância da vida não cabe nos limites de um Código” (2009, p. 57). Por essa razão, a concretização do ideal exegeta, de produzir direito positivo que contenha, de forma expressa e clara, a solução para a infinitude de conflitos que podem emergir da vida social, revelou-se tarefa de impossível concretização (DINIZ, 2009, p. 57).

1.1.1.1 A tese da discricionariedade em Hans Kelsen: a moldura normativa e a aplicação do direito como ato de vontade

A partir da constatação de que o direito legislado é incapaz de prever, com exatidão, a solução para todas as controvérsias, desenvolveu-se a tese da discricionariedade judicial. O julgador, ao se deparar com as múltiplas interpretações que podem ser extraídas do texto legal, conta, segundo essa tese, com espaço para exercer sua discricionariedade e eleger aquela que lhe pareça mais adequada, a fim de suprir as inevitáveis lacunas e resolver os chamados casos difíceis.

O conceito de moldura normativa, proposto por Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (1998), é o maior exemplo dessa concepção. Para Kelsen, o texto legal estabelece uma moldura que comporta, em seu interior, múltiplas interpretações, passíveis de serem descobertas por meio de ato de cognição. Após a definição cognoscitiva das possibilidades interpretativas contidas no interior do quadro normativo, compete ao intérprete autêntico (aquele a quem o direito positivo confere autoridade para aplicar o direito), ao aplicar a norma, escolher, por meio de

ato de vontade, qual das possíveis interpretações irá adotar (KELSEN, 1998, p. 249).

Na perspectiva kelseniana, a aplicação do direito ocorre em duas etapas: um primeiro ato cognoscitivo estabelece os limites da moldura normativa e um posterior ato de vontade elege qual das possíveis interpretações se tornará direito concreto, por meio da aplicação, pelo intérprete autêntico (1998, p. 249). A possibilidade de adentrar a essa segunda etapa e aplicar o direito, é o que distingue a interpretação realizada pelo intérprete autêntico, a quem o direito positivo confere tal prerrogativa, daquela realizada por todos os demais intérpretes, cuja análise não ultrapassa a primeira etapa, de descoberta e descrição dos possíveis sentidos da norma.

Para Kelsen (1998, p. 248), o direito positivo não comporta qualquer critério normativo para definição, dentre as interpretações situadas no interior da moldura normativa, de uma resposta preferencial ou correta, permitindo, nesse âmbito, plena discricionariedade por parte do julgador. Assim, a resposta correta, do ponto de vista do direito positivo, será qualquer uma daquelas situadas no interior da moldura normativa¹⁰.

A pretensão de dar às normas jurídicas um sentido unívoco, que permitiria a descoberta, pela via cognitiva, de uma única interpretação correta, seria, para Kelsen (1998, p. 251), além de uma impossibilidade lógica, uma ficção, a ser evitada, com o máximo cuidado, pela ciência jurídica. Como pontua o autor, a “ficção da univocidade” costuma ser empregada para consolidar o ideal de segurança jurídica, o que, a partir da perspectiva de uma certa posição política, pode, de fato, apresentar grandes vantagens (KELSEN, 1998, p. 251). No entanto, Kelsen sustenta que nenhuma vantagem política justifica que, no contexto de uma exposição científica do direito positivo, se apresente determinada interpretação, eleita

¹⁰ Kelsen reconhece, inclusive, a possibilidade de que a interpretação realizada pelo intérprete autêntico, na aplicação do Direito ao caso concreto, produza uma norma situada fora dos limites da moldura normativa. Nas palavras do autor: “[...] A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”. (KELSEN, 2009, p. 250).

A esse respeito, Pires aponta que: “A teoria pura do direito, ao aderir obsessivamente ao método silogístico formal, atinge o extremo de admitir até mesmo a possibilidade de o intérprete autêntico atribuir um significado sequer encontrado na moldura desenvolvida pela ciência do direito. As razões que levam a autoridade competente a decidir por tal ou qual sentido são estranhas à ciência do direito. Porquanto, embora cause estranheza essa situação, sua ocorrência torna-se possível uma vez que, em última análise, para Kelsen o direito é o que o intérprete autêntico diz que deve ser” (2018, p. 53).

subjetivamente como preferível em detrimento de outras, igualmente possíveis do ponto de vista lógico (ou seja, situadas no interior da moldura normativa), como única resposta correta, sob pena de apresentar-se como verdade científica o que, na realidade, é apenas um juízo de valor político (1998, p. 251).

1.1.1.2 A discricionariedade judicial em Herbert Hart: textura aberta do direito e as zonas de penumbra

Herbert Hart acolhe e desenvolve a tese da discricionariedade judicial, a partir de seu conceito de textura aberta do direito, e delimita o espaço de seu exercício às chamadas zonas de penumbra e incompletude da linguagem jurídica. Segundo o autor, toda palavra genérica contempla, em sua definição, casos padrões e casos limítrofes questionáveis, de forma que o direito positivo, ao fazer uso dessas expressões, se torna incompleto e sujeito a múltiplas interpretações (HART, 2009, p. 05).

Para ilustrar a ideia de caso limítrofe duvidoso, Hart menciona a definição de homem calvo, na qual é possível incluir, sem margem para discussão, aquele que não possui nenhum fio de cabelo e excluir aquele que ostente vasta cabeleira. No entanto, dentre os dois casos padrões antes mencionados, o homem que tenha começado a perder o cabelo, mas ainda possua certa quantidade de fios em sua cabeça, constitui um caso limítrofe questionável, sendo discutível seu enquadramento no conceito de homem calvo (HART, 2009, pág. 05).

Em razão de sua textura aberta, o Direito, para Hart (2009, p. 326), será inevitavelmente indeterminado ou incompleto, a demandar que o juiz exerça sua discricionariedade para criar o Direito nos casos não expressamente regulamentados, atuando como verdadeiro legislador intersticial.

Embora delimite o campo de incidência da discricionariedade, Hart admite larga liberdade decisória ao julgador no seu exercício, sustentando que o juiz não está adstrito a padrões ou razões previamente impostos por lei para solução dos casos não regulamentados, cabendo-lhe apenas justificar sua decisão mediante razões gerais (2009, pág. 352). Para Hart (2009, pág. 355-356), esse é o preço a ser pago para evitar o transtorno que seria causado pelo uso de outros métodos para decidir tais casos – como o encaminhamento ao legislativo – e que esse preço pode

ser considerado pequeno, em vista dos limites com que esse poder de criação judicial do direito deve ser exercido.

1.1.2 O reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos como contraponto à tese da discricionariedade

O positivismo jurídico, em especial na versão de Herbert Hart, é alvo de ampla e vigorosa crítica por parte de Ronald Dworkin, que o questiona em seus fundamentos conceituais e metodológicos (MACEDO JUNIOR, 2013, pág. 159).

Em contraposição àquilo que Dworkin chama de concepções semânticas do Direito¹¹, o autor desenvolve sua própria teoria interpretativa, inicialmente em ensaios reunidos na coletânea “Uma questão de princípio” e que culminam na obra “O império do direito”, na qual o autor apresenta uma formulação positiva de sua concepção de direito como integridade¹² (MACEDO JUNIOR, 2013, pág. 214).

Como aponta Macedo Junior (2013, p. 160), Dworkin centrou seus esforços argumentativos em demonstrar a inconsistência de três das principais teses usualmente associadas à concepção positivista do Direito: a tese das fontes sociais do Direito ou “tese do pedigree”, segundo a qual, o fundamento de validade das normas está relacionada a uma questão de fato; a tese da convencionalidade, segundo a qual a validade das normas jurídicas pode ser aferida com base em alguma espécie de regra de reconhecimento aceita convencionalmente; e a tese do

¹¹ Dworkin aponta que a positivismo jurídico busca definir o conceito de direito a partir de uma concepção semântica, ou seja, tentando identificar os fatos e as regras existentes no mundo que se adequam a esse conceito e estão inseridos em seu campo semântico. Segundo o autor, é esta a razão filosófica que embasa a tese positivista que exige que os fundamentos do direito sejam determinados por consenso (um fato no mundo). No entanto, Dworkin aponta que, ao assim proceder, o positivismo jurídico teria incorrido naquilo que chama de agulhão semântico (*semantic sting*), tornando-se incapaz de explicar os desacordos teóricos, envolvendo conceitos interpretativos como a justiça, o direito ou a cortesia, que são frequentes na prática jurídica e não podem ser explicados a partir da semântica criterial, por ocorrerem em um nível abstrato. (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 180-185).

¹² O direito como integridade, segundo a concepção de Dworkin, demanda que o julgador encare o fenômeno jurídico, a partir da perspectiva de uma interpretação construtiva, como um conjunto coerente de princípios de moral política e tendo como pressuposto que os direitos e deveres, que constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, foram todos criados por um mesmo autor: a comunidade personificada. A partir dessa perspectiva, busca-se dar à prática jurídica interpretação que a revele sob a sua melhor luz, atribuindo-se aos institutos jurídicos a melhor e mais coerente interpretação em vista da história jurídica-institucional, da moral política e da legislação em vigor (DWORKIN, 2014, pág. 271-272).

caráter descritivo da teoria do direito, fundada no pressuposto de separabilidade do direito e da moral.

Ainda segundo Macedo Junior, Dworkin também direciona seu ataque a duas proposições que, de acordo com o jusfilósofo norte-americano, seriam características do positivismo de Hart: a tese da obrigação, segundo a qual há obrigação jurídica quando - e somente quando - existe regra jurídica assim determinando; e a tese da discricionariedade, que admite o exercício da discricionariedade por parte dos juízes, para criação de novas regras, nos chamados casos difíceis, quando se deparam com vagueza ou indeterminação nas regras legais (MACEDO JUNIOR, 2019, p. 161).

A tese da discricionariedade judicial é um dos principais alvos da crítica de Dworkin, que sustenta que a resolução dos chamados casos difíceis, a partir de critérios discricionários e não previamente estabelecidos pelo Direito, equivale à aplicação retroativa de norma criada *ex post facto* para restringir direitos das partes ou privá-las de seus bens (DWORKIN, 2010b, pág. 49).

Nas palavras do autor:

“O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma outra das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”. (DWORKIN, 2010b, pág. 127)

A vasta argumentação apresentada por Dworkin em contraposição às demais teses centrais do positivismo jurídico e os argumentos e contra-argumentos desenvolvidos ao longo do debate não serão aqui esmiuçados, dada a especificidade do tema da presente pesquisa, para a qual interessa, sobretudo, caracterizar o amplo reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos que emerge como resultado desse embate teórico¹³.

¹³ O desenvolvimento teórico do debate entre Dworkin e os representantes da escola positivista, com a análise aprofundada dos diferentes argumentos e contra-argumentos apresentados pelos diferentes teóricos do direito que dele tomaram parte, é apresentado, em minúcias, por Ronaldo Porto Macedo Junior, em “Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea”. (2019, p. 157-271).

Por este motivo, para o âmbito do presente estudo, é relevante enfatizar a conclusão de Dworkin no sentido de que as teses que compõe o cerne da concepção positivista, acima sintetizadas, caracterizam o positivismo jurídico como “um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (2010b, p. 36).

Para Dworkin (2010), o sistema jurídico comporta três diferentes padrões de orientação: as regras, os princípios e as políticas (*policies*). As regras seriam padrões que funcionam em uma lógica binária de tudo-ou-nada, sendo válidas/aplicáveis ou inválidas/inaplicáveis. As políticas (*policies*) seriam padrões que estabelecem objetivos coletivos a serem alcançados, normalmente visando alguma melhoria comunitária. Por fim, os princípios seriam padrões normativos que devem ser obedecidos, não porque sua observância implica melhoria social de qualquer ordem, mas porque assim exigem a justiça, a equidade ou algum outro aspecto da moralidade (DWORKIN, 2010b, p. 36-37).

Evidenciando o fundamento ético dos princípios jurídicos, Macedo Junior ressalta que tais padrões normativos “afirmam razões morais (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com as quais compete” (2019, p. 163). Assim, os princípios constituem a “porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico” e, ao serem alçados ao patamar de verdadeiras normas jurídicas, possibilitam a leitura moral do Direito. (BARROSO, 2015, p. 238-239)

O reconhecimento de que o sistema jurídico contém padrões normativos extraídos de valores morais¹⁴ e que podem impor obrigações legais é nitidamente incompatível com a tese positivista da separabilidade do direito e da moral. Como destaca Macedo Junior (2019, p. 163), ainda que seja possível ao positivismo jurídico incorporar uma teoria dos princípios, o ponto importante a considerar é que,

¹⁴ Ao se referir à moral política como fonte dos princípios jurídicos e critério de seleção das diversas interpretações possíveis, Dworkin não se refere à moral do conjunto da população de determinada comunidade política ou da maioria de seus integrantes e sim à moral da “comunidade personificada”, da moral de um ente político, dotado de princípios e responsabilidades próprios, e que não se confunde com a de seus membros. Nas palavras do autor: “... quando digo que uma comunidade é fiel a seus próprios princípios, não me refiro a sua moral convencional ou popular, às crenças e convicções da maioria de seus cidadãos. Quero dizer que a comunidade tem seus próprios princípios que pode honrar ou desonrar, que ela pode agir de boa ou má-fé, com integridade ou de maneira hipócrita, assim como o fazem as pessoas”. (DWORKIN, 2014, pág. 277-278).

no funcionamento dos princípios, tal como descrito por Dworkin, o “*point* moral do direito” fica particularmente evidenciado, afastando-se, de forma determinante, da concepção positivista. Assim, tem-se que, na concepção de Direito de Dworkin, “não cabe falar de fronteira clara entre moral e direito, pois a noção de princípio serve, a rigor, para enfraquecer ou mesmo diluir essa fronteira” (NEVES, 2013, p. 55).

Em outras palavras, a incompatibilidade da concepção positivista com a compreensão dos princípios jurídicos, tal como proposta por Dworkin, decorre de sua incapacidade de incorporar à gramática da subsunção, típica de um sistema de regras, a dimensão argumentativa e de justificação moral inerente à operação dos princípios jurídicos (MACEDO JUNIOR, 2019, p. 164).

A particularidade da gramática lógica que orienta o funcionamento dos princípios jurídicos é assim descrita por Macedo Junior:

Vale insistir que Dworkin reconhece que o modelo de regras pode incluir outros tipos de *standards* jurídicos distintos da regra em sentido estrito. Poderá inclusive denominá-los “princípios”. Não é isso que importa. O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação - e, portanto, prática argumentativa e de justificação - e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o *point* (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (ou melhor, “interpretista” ou “interpretativa interpretativista”, para que se evitem confusões nesse ponto) da parte do operador do direito. Princípios não funcionam dentro da gramática da subsunção, do “tudo ou nada”. (MACEDO JUNIOR, 2019, p. 164).

Segundo Dworkin (2010b, p. 41-4), a diferença entre a operação dos princípios e das regras é de natureza lógica. Embora as duas espécies de padrão normativo indiquem uma determinada direção a seguir, quando verificadas certas condições, o tipo de orientação que oferecem é substancialmente diferente.

No caso das regras, uma vez verificada a presença das condições previstas, em seu enunciado, para sua incidência, a regra é válida e a consequência nela prevista deve ser aplicada, salvo se estiverem presentes exceções, também previstas em seu enunciado. Como pontua Dworkin, o enunciado das regras pode, ao menos em tese, contemplar todas as suas possíveis exceções e, quanto mais detalhado for nesse aspecto, mais completo será. Consequentemente, existindo

conflito entre duas regras, apenas uma poderá ser considerada válida¹⁵ (DWORKIN, 2010b, p. 39-43).

Os princípios, por outro lado, oferecem orientação de natureza diversa. Embora apontem a direção a ser seguida, quando verificadas as condições previstas em seu enunciado, não indicam consequências jurídicas específicas, automaticamente decorrentes do preenchimento de tais condições e sempre demandam a tomada de uma decisão individual acerca de sua prevalência no caso concreto em análise. Vale dizer, ainda que a incidência de um princípio jurídico a determinado caso concreto constitua uma razão que sempre deverá ser levada em conta pelo aplicador do direito, é possível que tal princípio não prevaleça naquele caso específico, diante da possibilidade de que outros princípios também incidam, talvez com maior peso, indicando solução diversa (DWORKIN, 2010b, p. 40-43).

Assim, tem-se que os princípios jurídicos, segundo Dworkin, se afastam do conceito de regras por não funcionarem em uma lógica de tudo-ou-nada e por contarem com uma dimensão de peso ou importância, que as regras não possuem. (DWORKIN, 2010b, p. 37).

A diferenciação entre regras e princípios, proposta por Dworkin, é assim sintetizada por Humberto Ávila:

A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo (*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*). Para ele as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. (2018, p. 56-57)

¹⁵ Humberto Ávila questiona a concepção no sentido de que eventual conflito entre regras deve ser necessariamente resolvido no plano abstrato, a partir da lógica binária da validade/invalidade, afirmando que se trata de qualidade contingente; mas não necessária, desta espécie normativa. Segundo o autor, as regras também podem conviver abstratamente e colidir concretamente, demandando o emprego da ponderação para solução do conflito, ainda que de um tipo diverso daquela utilizada para solucionar o conflito entre princípios jurídicos (2018, p. 74-82)

A partir da constatação de que o sistema jurídico contém, além de regras, princípios jurídicos dotados de força normativa, Dworkin conclui que não existe justificativa que legitime a criação judicial de regras jurídicas *a posteriori*, para solucionar determinado caso concreto, por meio da atuação discricionária do juiz, na medida em que os princípios operam e vinculam os juízes precisamente no espaço em que as regras se revelarem insuficientes para solução do caso (NEVES, 2013 p. 52). Por este motivo, Lênio Streck (2013, p. 353) enfatiza que os princípios jurídicos, na concepção dworkiniana, não abrem a interpretação. Ao contrário, fecham-na.

Assim, para Dworkin, a compreensão do Direito enquanto um sistema de regras e princípios é incompatível com a criação judicial de regras jurídicas, para solucionar os chamados casos difíceis, por meio da discricionariedade decisória, pois: “ainda que existisse um caso de absoluta anomia, no sentido de nenhuma regra a ser aplicada, existiriam princípios que indicariam o direito para um dos demandantes”. (STRECK, 2013, p. 359).

1.1.2.1 Colisão e ponderação de princípios: a contribuição de Robert Alexy

A partir das considerações de Dworkin e baseado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão da década de 1970, Alexy propõe a reformulação dos conceitos e da distinção entre princípios e regras (NEVES, p. 63)¹⁶. Para tanto, apresenta uma divisão baseada na estrutura e forma de aplicação de cada espécie de norma jurídica (SILVA, 2002, p. 24), no âmbito da qual a distinção entre regras e princípios se dá por meio de um critério qualitativo, e não de grau (ALEXY, 2008, p. 91).

As regras, de acordo com a divisão proposta por Alexy, constituem espécie normativa cuja aplicação ocorre por meio de subsunção e que indica deveres definitivos (SILVA, 2002, p. 24). Trata-se de espécie normativa que contém “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” e que são “sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2008, p. 91). Assim, se a regra é válida, sua consequência jurídica deve ser aplicada exatamente como prescrita

¹⁶ Como aponta Marcelo Neves, “Alexy, alemão, não adota a distinção de Dworkin, americano, entre princípios (referentes aos direitos individuais) e as *policies* (concernentes aos interesses coletivos). Ele admite que os princípios podem abarcar tanto os direitos individuais quanto os interesses coletivos, surgindo também colisão entre eles, sem que se possa *prima facie* determinar a prevalência dos primeiros sobre os segundos e vice-versa” (2013, p. 69).

(ALEXY, 2008, p. 91). Ao contrário do que afirma Dworkin, para Alexy, as exceções à regra, mesmo em teoria, não são passíveis de enumeração exaustiva em seu enunciado, dado que, nas ordens jurídicas modernas, novas exceções podem surgir a cada caso (NEVES, 2013, p. 64).

Nesta perspectiva, o conflito entre regras somente pode ser solucionado por meio da introdução de uma cláusula de exceção, em uma das regras, que elimine o conflito ou, quando esse tipo de solução não for possível, pela declaração de que pelo menos uma das regras é inválida (ALEXY, 2008, p. 92). Como enfatiza Alexy:

Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (2008, p. 92)

Os princípios, por outro lado, seriam mandamentos de otimização, que expressam deveres *prima facie* e cujo conteúdo só é precisado quando confrontado e ponderado com os demais princípios e regras existentes em determinado ordenamento jurídico (ALEXY, 2008, p. 90).

Segundo Alexy (2008, p. 90), a relação de tensão estabelecida na hipótese de colisão entre princípios não se resolve com a determinação da imediata prevalência de um deles, mas sim por meio da ponderação, em vista das circunstâncias específicas do caso concreto, para determinar qual dos princípios colidentes terá prevalência. Ao contrário do que ocorre com as regras, cujo conflito é resolvido na dimensão da validade, a colisão entre princípios é solucionada na dimensão de peso, tendo em vista que apenas princípios válidos podem ser concomitantemente aplicáveis a determinado caso concreto (ALEXY, 2008 p. 94)

Assim, os princípios jurídicos, enquanto mandamentos de otimização, podem ser aplicados em diferentes níveis de intensidade, a depender das possibilidades normativas e fáticas. As condições normativas são dadas pela incidência e colisão com outros princípios e regras. As condições fáticas, por sua vez, decorrem das circunstâncias de fato às quais os princípios, enquanto normas de conduta, são aplicados e que determinam seu conteúdo (ALEXY, 2008, p. 90).

Por seu conteúdo estar sujeito à colisão de outros princípios e às possibilidades fáticas, é que Alexy afirma o caráter *prima facie* do dever instituído

pelos princípios jurídicos, em contraste com o mandado definitivo imposto pelas regras.

Na medida em que sustenta que o conteúdo dos princípios jurídicos somente é fixado por meio da ponderação com os princípios colidentes e em vista das condições fáticas em que sua aplicação é realizada, a teoria dos princípios de Alexy se relaciona intimamente com a regra ou máxima da proporcionalidade, especialmente, com a proporcionalidade em sentido estrito (NEVES, 2013, p. 65).

A máxima ou regra da proporcionalidade¹⁷, desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, para controle das leis restritivas de direitos fundamentais (SILVA, 2002, p. 26), se desdobra em três etapas sucessivas, nas quais são aferidas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito da medida analisada (ALEXY, 2003, p. 436).

A análise inicial de adequação visa definir se a medida potencialmente gravosa possui aptidão para fomentar um dos direitos fundamentais em conflito, ou seja, se existe compatibilidade entre o meio proposto e o fim constitucional almejado (SILVA, 2002). Na segunda etapa de análise é aferida a necessidade de limitar um dos direitos fundamentais colidentes para consecução do objetivo almejado e se sua realização não pode ser promovida, com a mesma intensidade, por medida que limite, em menor grau, o direito fundamental atingido (SILVA, 2002). Por fim, na terceira e última etapa do teste, é examinada a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da limitação a um dos direitos fundamentais envolvidos e o benefício dela decorrente na realização do direito fundamental colidente (ALEXY, 2003, p. 436).

Segundo Neves, as duas primeiras etapas do teste de proporcionalidade, baseadas nos critérios da adequação e da necessidade, estão relacionadas ao

¹⁷ Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 24) critica o uso corrente da expressão “princípio da proporcionalidade” para designar esse método de controle das leis restritivas de direitos fundamentais, tendo em vista que sua aplicação se dá de forma constante e sem variações, e não em diferentes medidas como os princípios, segundo a acepção de Alexy. Por este motivo, Silva sustenta que, no que diz respeito à sua estrutura, o dever de proporcionalidade é uma regra, e não um princípio, de forma que o termo mais apropriado para o designar seria “regra da proporcionalidade”. Contudo, Silva reconhece que: “Não é possível (...) fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica. (...) Mais importante do que a ingênua ambição de querer uniformizar a utilização do termo ‘princípio’ é deixar claro que ele, na expressão ‘princípio da proporcionalidade’, não tem o mesmo significado de ‘princípio’ na distinção entre regras e princípios, na acepção da teoria de Robert Alexy”. (2002, p. 24).

exame das circunstâncias fáticas que condicionam a aplicação dos princípios jurídicos enquanto mandamentos de otimização. A proporcionalidade em sentido estrito, que constitui a última etapa do teste de proporcionalidade, por sua vez, teria relação com a exigência de sopesamento dos princípios frente as condições jurídicas, dadas pela incidência de regras e princípios colidentes (NEVES, 2013, p. 65).

1.2 A INCORPORAÇÃO DAS TEORIAS PÓS-POSITIVISTAS AO DIREITO BRASILEIRO: DO COMBATE À DISCRICIONARIEDADE AO “AMBIENTE DE GELEIA GERAL”

É com a forte expressão empregada no título do presente tópico que Carlos Ari Sundfeld, um dos autores do projeto 349/2015¹⁸, que resultou na edição da lei de reforma da LINDB (Lei 13.655/2018), descreve o atual cenário da interpretação e da aplicação do direito no Brasil. Segundo o autor¹⁹: “Vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ (...) em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão” (SUNDFELD, 2014, p. 205).

Esse cenário de crise hermenêutica tem sua origem frequentemente relacionada à recepção acrítica e parcial, pelos operadores do direito brasileiros, das teorias que atribuem força normativa aos princípios, sem que tenha sido dada a devida atenção ao cuidado com a justificação decisória que a operação com essa espécie normativa exige (SARMENTO, 2009, p. 109). Segundo essa percepção, compartilhada por diferentes setores da doutrina, a incorporação parcial de tais teorias, desacompanhada das exigências atinentes à fundamentação, possibilitou a instrumentalização dos princípios jurídicos para acobertar subjetivismos e justificar escolhas decisórias desvinculadas do direito positivo.

Assim, para compreensão do fenômeno que se buscou debelar com a reforma da LINDB, é oportuno traçar um breve histórico da recepção e incorporação das teorias que atribuem força normativa aos princípios jurídicos ao cenário jurídico nacional.

¹⁸ Conforme relata José Vicente Santos de Mendonça, “o projeto de lei possui pedigree acadêmico: decorre de sugestão advinda do professor Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP) e do professor Floriano de Azevedo Marques Neto (USP)”. (MENDONÇA, 2017, p. 31).

¹⁹ Em referência específica ao direito público, mas baseado em constatações igualmente aplicáveis aos demais ramos do direito.

As chamadas teorias jurídicas pós-positivistas, representadas, sobretudo, pelas ideias de Dworkin e Alexy e, em especial, pelo reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, foram recepcionadas com entusiasmo pela doutrina jurídica brasileira (NEVES, 2013). Como relata Daniel Sarmento (2009, p. 102), ao descrever as causas do surgimento e consolidação da concepção que tem sido denominada de neoconstitucionalismo²⁰, a divulgação das teorias de Dworkin e Alexy surtiram forte impacto na doutrina jurídica nacional e representaram um marco importante no surgimento dessa corrente de pensamento²¹.

Nas palavras do autor:

[...] momento importante é o da chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós-positivistas. Foram marcos relevantes a publicação da 5ª edição do Curso de Direito Constitucional, de Paulo Bonavides, bem como do livro A Ordem Econômica na Constituição de 1988, de Eros Roberto Grau, que divulgaram entre nós a teoria dos princípios de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, e fomentaram as discussões sobre temas importantes, como a ponderação de interesses, o princípio da proporcionalidade e eficácia dos direitos fundamentais. (...)

Nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades da sua aplicação. Neste contexto, há uma verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade e razoabilidade etc. (SARMENTO, 2009, p. 102).

A ampla penetração, no cenário acadêmico nacional, das ideias de Dworkin, sobretudo no que tange à interpretação jurídica a partir da lente moral dos princípios, e sua identificação com o chamado neoconstitucionalismo, é assim retratada por Macedo Junior:

²⁰ O neoconstitucionalismo, embora estruturado a partir da perspectiva filosófica do pós-positivismo (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 105), com ele não se confunde. O termo, segundo Barroso (2015, p. 300-301), identifica o “constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcada pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica”.

²¹ Sarmento relata que “vários autores nacionais aderiram explicitamente à corrente [neoconstitucionalista], como Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante. Outros adotaram postura crítica sobre a nova perspectiva, como José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila. E pode-se notar, pela leitura dos trabalhos destes e de outros autores brasileiros, que há um relativo consenso na definição das características centrais do novo paradigma: valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação, abertura da argumentação jurídica à Moral, mas sem recair nas categorias metafísicas do jusnaturalismo, reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito e do papel de destaque do Judiciário na agenda de implementação dos valores da Constituição”. (2009, p. 103).

No Brasil, tornou-se praticamente uma mania citar Dworkin em trabalhos acadêmicos de direito constitucional ou teoria do direito. Em particular, uma nova literatura que se expande sob o rótulo de neoconstitucionalismo vê nesse autor um de seus principais referenciais teóricos. O que esse movimento de ideias reivindica, e reconhece em Dworkin o pioneirismo nesse esforço, é a atribuição de centralidade aos princípios morais e políticos na interpretação do direito, bem como aos processos de justificação na busca do melhor argumento interpretativo. (MACEDO JUNIOR, 2019, p. 40-41)

Barroso reporta o mesmo fenômeno, relatando que as obras precursoras de Dworkin e Alexy, *Levando os direitos à sério* e *Teoria dos direitos fundamentais*, difundidas no Brasil a partir do final da década de 80 e ao longo da década de 90, deflagraram uma verdadeira explosão de estudos nacionais acerca dos princípios e regras jurídicas (2015, p. 239).

Para além do círculo acadêmico, essas novas ideias também reverberaram fortemente na jurisprudência nacional, em especial na do Supremo Tribunal Federal, tornando-se frequente, em seus julgados, a invocação de princípios abertos, o recurso à ponderação de interesses e ao chamado princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2009, p. 103).

Contudo, com a sedimentação doutrinária em torno desse novo paradigma, tornou-se corrente a impressão de que a entusiasmada incorporação da normatividade dos princípios à prática jurídica brasileira deu margem a excessos e arroubos decisórios subjetivistas, em descompasso com a pretensão de conter a discricionariedade judicial, que norteou o desenvolvimento das chamadas teorias pós-positivistas. Tal diagnóstico é compartilhado por doutrinadores de diferentes vertentes.

Humberto Ávila (2018, p. 43-45) relata a existência de verdadeira euforia, no âmbito doutrinário, com aquilo que chama de “Estado Principiológico” e que essa euforia com o novo levou a exageros e problemas teóricos que têm comprometido a efetividade do sistema jurídico e, em especial, dos próprios princípios. Ávila aponta a ausência de desejável clareza conceitual na operação das diferentes espécies normativas e ressalta que o “uso desmesurado de categorias [...] compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito” (2018, p. 43-45)

Dentre os problemas teóricos verificados na incorporação da teoria dos princípios à prática jurídica nacional, Ávila destaca a exagerada centralidade que

tem sido atribuída aos princípios, em detrimento das regras, que acabam por ter sua função indevidamente apequenada (2018, p. 43).

O autor também reputa problemática a leitura que atribui aos princípios jurídicos “a condição de normas que, por serem relacionadas a valores que demandam apreciações subjetivas do aplicador, não são capazes de investigação intersubjetivamente controlável” (ÁVILA, 2018, p. 44). Como resultado dessa compreensão, que compromete o caráter heterolegitimador do Direito, Ávila aponta que:

Como resultado disso, a imprescindível descoberta dos comportamentos a serem adotados para a concretização dos princípios cede lugar a uma investigação circunscrita à mera proclamação, por vezes desesperada e inconsequente, de sua importância. Os princípios são reverenciados como bases ou pilares do ordenamento jurídico sem que a essa veneração sejam agregados elementos que permitam melhor compreendê-los e aplicá-los. (2018, p. 44-45)

Na mesma linha, Emerson Gabardo e Pablo Ademir de Souza atribuem a certa “fascinação” pelo uso dos princípios jurídicos, no Brasil do século XXI, a causa de uma verdadeira crise hermenêutica, que vem gerando ineficiência, instabilidade e insegurança jurídica na aplicação do Direito, na medida em que: “a atribuição de diferentes significados aos princípios têm se prestado recorrentemente como instrumento de violação do Direito positivo desvirtuando o dever de motivação” (2020, p. 99).

Marcelo Neves (2013, p. 171-175) utiliza terminologia similar para designar o fenômeno e afirma que, entre o final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por verdadeiro “fascínio pela principiologia jurídico constitucional” (2013, p. 171), por vezes tomando os princípios jurídicos e a ponderação entre eles como solução de todos os problemas constitucionais, o que, segundo o autor, tem contribuído para banalização de questões complexas relativas à relação entre as diferentes espécies normativas.

Neves aponta, ainda, que:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o

processamento de decisões "justas": a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição (NEVES, p. 191)

Sarmiento (2009, p. 109) apresenta diagnóstico semelhante, relacionando a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo à instalação de um ambiente intelectual no Brasil no qual os operadores do Direito são incentivados a empregar, na maior medida possível, princípios jurídicos vagos na fundamentação de suas decisões, mesmo quando diante de hipótese regulamentada por regra clara e válida. Segundo o autor, nesse cenário intelectual, pautado pela supervalorização dos princípios jurídicos, decisões embasadas na aplicação de regras tendem a ser vistas como burocráticas ou positivistas, enquanto decisões principiológicas são amplamente valorizadas. Sarmiento reporta, também, o constante emprego do princípio da razoabilidade, nesse contexto, para permitir que a valoração judicial suplante aquela realizada por outros agentes públicos.

Na mesma linha, Fernando Leal (2021, p. 05) aponta que o uso pouco parcimonioso de princípios vagos, para a justificação de decisões judiciais, constitui um efeito perverso do processo de constitucionalização do direito.

Em posição mais radical, Eros Grau, em obra em que se contrapõe à própria concepção pós-positivista dos princípios jurídicos²², aponta que:

A partir da segunda metade dos anos 1980, desde leituras de Dworkin, passamos a ser vítimas dos princípios e dos valores. Instalou-se um grande debate: princípio é norma jurídica? Passamos a matraquear a afirmação de que é mais grave violar um princípio do que violar uma norma, sem nos darmos conta de que, sendo assim, princípio não é norma ... Aí a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de "princípios" e praticam - fazem-no cotidianamente! - os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis.

²² Ao apresentar a obra, Eros Grau aponta que: "[...] ele é, se o descrevo objetivamente, uma defesa do direito positivo, em razão do quê prescindo de leituras de textos sofisticados sobre princípios e suas ponderações, por exemplo, e a respeito de neopensamentos. [...] Neste sentido, ao defender veementemente a positividade do direito, este é para ser um livro militante. Quando vier outro tempo, conduzido pela mão da história, uma notável mudança qualitativa ocorrerá. O direito do tempo que virá há de encontrar fundamentos bem distintos dos que conferem identidade e caráter ao que hoje chamamos de direito positivo, direito moderno, direito formal. Será outro. Não sei quais canções cantaremos. Se o hino à alegria, os homens tendo aprendido a ser felizes; talvez cânticos celestiais ou um hino internacional. Será outro tempo, tempo de novos rumos. Até que chegue, este meu livro militará em defesa do direito positivo" (GRAU, 2013, p. 11-12).

Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios - isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor -, a segurança jurídica estará sendo despedaçada! (GRAU, 2013, p. 21-22).

Mesmo dentre os autores identificados com o neoconstitucionalismo, tornou-se corrente a impressão de que o furor com que se deu a incorporação das teorias pós-positivistas ao sistema jurídico brasileiro levou a certo exagero na aplicação dos princípios jurídicos, em detrimento da segurança jurídica relacionada à aplicação subsuntiva das regras.

Nesse sentido, Barroso, após destacar a importância de uma ordem jurídica democrática e eficiente buscar o equilíbrio entre regras e princípios, para possibilitar a realização, em igual medida, dos valores segurança e justiça, reconhece que: “no Brasil, a trajetória que levou à superação do positivismo jurídico [...] foi impulsionada por alguns exageros principialistas, na doutrina e na jurisprudência” (2015, p. 244).

Lenio Streck (2011, p. 50), por sua vez, aponta que, sob o pretexto de aplicar princípios constitucionais, tornou-se frequente, na prática jurídica nacional, a proliferação descontrolada de novos enunciados para resolver problemas específicos, por vezes em desacordo com a própria legalidade constitucional, atribuindo ao fenômeno a denominação de “panprincipiologismo”. Segundo o autor, essa tendência constitui um subproduto do constitucionalismo contemporâneo, que acaba por minar as conquistas obtidas no processo cultural de consagração da Constituição brasileira de 1988 (STRECK, 2011, p. 50).

Streck (2011, p. 50) aponta, ainda, que a incorporação da teoria de Alexy ao cenário jurídico nacional ocorreu de forma pouco criteriosa e equivocada, resultando na transformação da regra da ponderação em um princípio²³ e na sua frequente utilização, em âmbito jurisprudencial, como um enunciado performático e espécie de “álibi teórico”, utilizado para justificar os mais diversos posicionamentos, por vezes colidentes entre si.

Para ilustrar os problemas decorrentes da forma com que o chamado “princípio da ponderação” vem sendo empregado pela jurisprudência nacional,

²³ Como exposto acima, Silva (2002, p. 24) aponta que, de acordo com a classificação das espécies normativas proposta por Alexy, o dever de proporcionalidade, no que diz respeito à sua estrutura, é uma regra, e não um princípio.

Streck (2011, p. 50) e Grau (2013, p. 23) citam o julgamento do Habeas Corpus 82.424, pelo Supremo Tribunal Federal, que ficou conhecido como o caso Ellwanger²⁴.

Como relata Grau, na ocasião, os ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes analisaram a colisão de direitos envolvida no caso, à luz da proporcionalidade e, utilizando o mesmo parâmetro de solução do conflito, obtiveram conclusões diametralmente opostas:

Os Mins. Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram uso da regra da proporcionalidade para analisar a colisão da liberdade de expressão e da dignidade do povo judeu, alcançando decisões opostas: (i) Marco Aurélio - restrição à liberdade de expressão provocada pela condenação à publicação do livro antissemita não é uma medida adequada, necessária e razoável; logo, não constitui uma restrição possível, permitida pela Constituição; (ii) Gilmar Mendes - a restrição à liberdade de expressão causada pela necessidade de se coibir a intolerância racial e de se preservar a dignidade humana é restrição adequada, necessária e proporcional; logo, permitida pela Constituição. (2013, p. 13).

Eros Grau (2013, p. 13) aponta que a incompatibilidade das conclusões evidencia que o emprego indiscriminado da proporcionalidade, como fundamento decisório, gera, com frequência, situações de absoluta insegurança e incerteza. Para Streck, os votos discrepantes evidenciam a irracionalidade da fórmula e conclui que: “o recurso ao relativismo ponderativo obscurece o valor da tradição como guia da interpretação, isto é, a ponderação acaba sendo uma porta aberta à discricionariedade” (2011, p. 50).

É nesse contexto que Sundfeld lança a crítica mencionada no primeiro parágrafo do presente tópico, em trabalho no qual sustenta que: “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”. (2014, p. 225).

²⁴ “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrîmen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. (...) 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).(...) Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. (...)” (BRASIL, 2003).

Assim, diante do amplo panorama doutrinário apresentado acima, é possível concluir que existe relativo consenso em torno do diagnóstico no sentido de que a entusiasmada recepção e aplicação da teoria dos princípios pelos operadores do direito nacionais, por vezes com base em uma interpretação equivocada e acrítica de seus fundamentos, deu causa a um cenário de crise hermenêutica e insegurança jurídica.

1.3 A LEI 13.665/2018 E A INSTITUIÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO COMO REAÇÃO À CRISE HERMENÊUTICA

Em meio ao cenário de crise de justificação das decisões judiciais, retratado no tópico antecedente, vem à lume a Lei 13.655/2018, por meio da qual foram introduzidos dez novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4657/42), com o declarado objetivo de promover a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público²⁵.

A lei é fruto de proposta legislativa desenvolvida em âmbito acadêmico e apresentada por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto em capítulo final da obra coletiva *Contratações públicas e seu controle* (2013).

A partir da premissa de que a atividade decisória brasileira, em especial no âmbito do direito público, é marcada pela insegurança jurídica e incerteza, Sundfeld e Marques Neto (2013, p. 278) desenvolveram a proposta de reforma da LINDB, com o objetivo de eliminar fatores de distorção e assegurar segurança jurídica e previsibilidade na ação do Poder Público e em sua relação com os indivíduos (MARQUES NETO, SUNDFELD, 2013, p. 278). Para tanto, defendem, por meio da mudança legislativa, a adoção do paradigma de que as autoridades públicas, em todas as esferas, têm o dever de medir consequências e considerar alternativas, em vista dos obstáculos e circunstâncias da vida prática, sem que lhes seja dado o direito de “tomar decisões desconectadas do mundo real” (MARQUES NETO, SUNDFELD, 2013, p. 279).

Segundo Juliana Bocorsi de Palma (2020, p. 213-218), a premissa que embasou a proposta de Marques Neto e Sundfeld está lastreada em anos de

²⁵ Conforme ementa da Lei 13.655/2018: “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”.

pesquisas empíricas, desenvolvidas por representantes das mais variadas instituições de ensino superior, e em sedimentada linha de pesquisa de análise crítica do controle da administração pública.

1.3.1 O art. 20 da LINDB e a hipótese de incidência da exigência de prospecção consequencialista

No ponto que interessa especialmente ao presente estudo, a LINDB, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.655/2018, passou a exigir que o julgador considere as consequências práticas de sua decisão sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos.

Nesse sentido é a previsão contida em seu art. 20, introduzido pela novel legislação e que possui a seguinte redação:

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.

Embora a exigência consequencialista tenha sido introduzida à LINDB por meio de norma expressamente destinada a disciplinar a “criação e aplicação do direito público” (conforme ementa da Lei 13.655/2018), o art. 20 não contém qualquer restrição explícita ao âmbito de sua aplicação.

Assim, por estar topograficamente situada em legislação de sobredireito, que visa regular a interpretação, a integração e a aplicação das normas do direito brasileiro como um todo²⁶, inexistente justificativa para restringir a aplicação da nova diretriz interpretativa ao direito público. Nesse sentido é a conclusão de Luciano Benetti Timm (2019, p. 82), que sustenta a aplicabilidade, por analogia, do dispositivo às relações de direito privado:

A LINDB fornece um guia interpretativo para vários campos do direito, e nós discutiremos sua aplicação (analógica) ao direito privado, dado que, embora a redação do art. 20 seja dirigida expressamente ao direito administrativo, acredito que a LINDB – como também se diz na filosofia do direito – não

²⁶ Segundo Palma (2020, p. 2013), a ampla incidência da LINDB, ao direito brasileiro como um todo, é evidenciada por sua atual nomenclatura, atribuída pela Lei 12. 376/2010, em substituição à anterior denominação, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - LICC.

deve ser interpretada em retalhos, ela deve ser interpretada por inteiro. [...] De modo que não faria sentido que apenas se ponderassem as consequências nas decisões judiciais no âmbito do Direito Administrativo. Elas devem ocorrer no âmbito do Direito Privado também. (2019, p. 82).

Fábio Martins de Andrade (2019, p. 127) também defende a ampla aplicabilidade da exigência contida no art. 20 a todos os ramos do Direito²⁷, sustentando que a LINDB, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.655/2018, passou a contemplar normas gerais para o Direito (arts. 20, caput, 23, 29 e 30), normas gerais de Direito Administrativo (arts. 20, parágrafo único, 21, 22, 24 e 28) e normas específicas de Direito Administrativo (arts. 26 e 27). Assim, para o autor, o art. 20 da LINDB, assim como os novos artigos 23, 29 e 30, por constituírem normas gerais para o Direito, “claramente têm potencial para se espriarem sobre os mais variados ramos do Direito, com aplicação geral” (ANDRADE, 2019, p. 127).

Como apontam Didier Júnior e Oliveira, o art. 20 da LINDB constitui norma de difícil compreensão e, embora tenha sido instituído com a pretensão de coibir o uso retórico de normas mais abstratas, paradoxalmente, emprega, em sua redação, terminologia também marcada pela abstração, ao utilizar termos como “valores jurídicos abstratos”, “consequências práticas”, “necessidade e adequação da medida” e “possíveis alternativas” (DIDIER JUNIOR, OLIVEIRA, 2019, p. 158).

Nesse sentido, a própria hipótese que torna obrigatória a consideração das consequências prática da decisão (decisão proferida “com base em valores jurídicos abstratos”) peca pela falta de clareza e precisão conceitual, demandando interpretação que a adeque à classificação contemporânea das normas jurídicas.

O dispositivo foi objeto de regulamentação, por meio do Decreto 9.830/2019, que, ao definir, em seu art. 3º, o que seriam valores jurídicos abstratos, pouco esclarece, dispondo que: “consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”. Como ressalta Edilson Vitorelli, a norma regulamentadora, ao definir valor jurídico abstrato como aquele que apresenta alto grau de abstração, incorre em circularidade de raciocínio, a evidenciar que se trata de termo de difícil definição (2020, p.85).

Conforme histórico traçado por Francisco Maia Alves (2019, p. 118-119), a solução de controvérsias por meio da aplicação direta de valores, extraídos de

²⁷ Marcio Geraldo Britto Arantes Filho (2019, p. 106-107) sustenta que as exigências contidas no art. 20 da LINDB são aplicáveis até mesmo no âmbito do Direito Penal.

alguma espécie de direito natural, remonta à época anterior ao surgimento do positivismo jurídico, tendo sido paulatinamente superada com a formação do Estado moderno e com a dissolução da sociedade medieval. Com o surgimento e consolidação do positivismo jurídico como teoria do direito predominante, estabeleceu-se a ideia de que apenas as normas postas pelo Estado integram o Direito, que seria alheio aos ditames oriundos do direito natural (ALVES, 2019, p. 119).

Em que pese a posterior reintrodução dos valores no sistema jurídico, sobretudo pelo reconhecimento da força normativa dos princípios²⁸, os valores não se confundem com essa espécie normativa. Como aponta Humberto Ávila, os valores, ao contrário dos princípios jurídicos, “não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. [...] Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão somente o axiológico” (1999, p.164-165).

Tem-se, assim, que os valores dizem respeito aquilo que é bom ou ruim e ocupam o campo da axiologia, não se confundindo com as normas, que caracterizam algo como lícito ou ilícito e integram o campo da deontologia (PEREIRA, 2019, p. 103). Consequentemente, como conclui Pereira (2019, p. 103), a expressão utilizada no texto legal acaba por incorrer em contradição performativa, na medida em que se algo é um valor, esse algo não é jurídico e, consequentemente, não pode ser utilizado como fundamento de uma decisão judicial.

Destarte, constata-se que, conforme observam Didier Júnior e Oliveira (2019, p. 146), a referência a valores, contida no art. 20 da LINDB, é dogmaticamente sem sentido e equivocada.

Como visto anteriormente, a “porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico” são os princípios jurídicos (BARROSO, 2015, p. 238-239), os quais, ao contrário dos valores, são dotados de força normativa e, consequentemente, de aptidão para basear a fundamentação de decisões judiciais.

Assim, à luz da classificação contemporânea das espécies normativas, é possível compreender que o art. 20 da LINDB, ao fazer referência a decisão embasada em “valores jurídicos abstratos”, não remete a valores, e sim a princípios jurídicos. Desta forma, a vedação contida no dispositivo legal pode ser

²⁸ Retratada no tópico 1.1.2 supra.

adequadamente interpretada como “a proibição de que decisões tão somente invoquem normas jurídicas abstratas como critério de decisão, isto é, princípios” (PEREIRA, 2019, p. 103).

A interpretação teleológica da norma aponta para a mesma conclusão. Como visto, a reforma da LINDB foi norteada pela declarada pretensão de enfrentamento da crise de segurança jurídica decorrente da aplicação acrítica e superficial de princípios jurídicos dotados de alto grau de abstração. Logo, a interpretação no sentido de que a exigência de prospecção consequencialista, contida em seu art. 20, é atraída pela fundamentação baseada em princípios jurídicos abstratos, impondo maior rigor à justificação da decisão que aplica essa espécie normativa, vai ao encontro da finalidade da norma (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 146).

Em reforço à conclusão no sentido de que a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB se aplica apenas à decisão embasada em princípios jurídicos, Didier Júnior e Oliveira (2019, p. 146-147) demonstram que a exigência de consideração das consequências práticas é incompatível com a decisão baseada em regras jurídicas, dado o modo de operação dessa espécie normativa, que pressupõe a indicação expressa da consequência jurídica que dela se deve esperar.

Como explicam os autores:

Se a regra contém, necessariamente a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma. (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 147).

Pereira (2019, p. 104) propõe interpretação ainda mais restritiva do dispositivo legal, sustentando que a exigência de prognose consequencial somente incide quando houver colisão entre princípios jurídicos.

Contudo, o texto do dispositivo legal não parece comportar a restrição proposta por Pereira, na medida em que exige a consideração das consequências práticas quando a decisão tiver por base “valores jurídicos abstratos”, sem exigir, ainda que implicitamente, que exista conflito entre eles. Ademais, a colisão entre normas é disciplinada pelo art. 489, 2º, do CPC, que já exige a enunciação das premissas fáticas que fundamentam a conclusão, de forma que, para essa hipótese

específica, a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB pouco modifica o atual cenário normativo.

Assim, parece-nos correta a interpretação proposta por Didier Junior e Oliveira (2019, p. 154), que concluem que, à luz do art. 20 da LINDB, sempre que, diante da incidência de determinado princípio, houver mais de uma solução dogmaticamente possível, as consequências práticas deverão ser consideradas pela decisão.

A esse respeito, Marçal Justen Filho observa que, a partir de uma “dimensão puramente principiológica, é impossível extrair uma solução determinada para disciplinar a vida social” (2018, p. 21)²⁹. Com efeito, a existência de múltiplas possibilidades de solução, a partir da aplicação de um mesmo princípio jurídico a determinado caso concreto, realizando-o em maior ou menor grau, parece constituir a regra na operação dessa espécie normativa. Notadamente se aceita a premissa de que os princípios constituem, como propõe Alexy, mandamentos de otimização que comportam aplicação em diferentes níveis de intensidade, a depender das condições jurídicas e fáticas.

Didier Junior e Oliveira ressaltam, ainda, que seria inviável exigir a prognose consequencial sempre que a norma, princípio ou regra, contiver qualquer conceito vago, dada a profusão dessa espécie de norma em nosso ordenamento jurídico, e relembram que, para essa hipótese, existe norma específica, contida no art. 489, § 1º, III, do CPC, que exige a vinculação da decisão às especificidades do caso concreto³⁰.

²⁹ Gabardo e Souza discordam dessa conclusão, sustentando que: “ao contrário do que assevera Marçal Justen Filho, numa dimensão puramente principiológica, é perfeitamente possível ser extraída uma solução determinada para disciplinar a vida social. E isso também seria possível se o intérprete operasse apenas na dimensão pragmática. Aparentemente, o autor confunde a ideia da recepção pelo sistema jurídico de uma solução única, com a possibilidade de divergência interpretativa a respeito das decisões. O Direito sempre poderá implicar soluções diferentes (e isso vale tanto para as decisões com base em princípios quanto para as decisões com base em consequências). O fato de as regras poderem ser interpretadas de diferentes formas, não implica a impossibilidade de reconhecimento da tese da unicidade. Ou seja, o tema da LINDB não tem a relevância sugerida para a discussão a respeito da existência de apenas uma solução aceitável (como em Dworkin) ou existir a possibilidade de mais de uma decisão, como na perspectiva hartiana – a título de exemplo”. (2020, p. 102).

³⁰ Em sentido contrário: “[...] ao vedar que a decisão se ampare tão somente em valores jurídicos abstratos, a norma não está a se referir apenas a princípios jurídicos, mas também a conceitos jurídicos indeterminados (como força maior, interesse público ou nacional), cláusulas gerais (como a boa-fé), bens jurídicos (como segurança nacional, economia popular, estabilidade sistêmica do sistema financeira) e chavões (como ‘razões de Estado’). (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 90).

Com base nestas considerações, Didier Junior e Oliveira (2019, p. 149) concluem que, à luz do art. 20 da LINDB, a referência a princípios jurídicos menos densificados, na fundamentação decisória, atrairá um ônus argumentativo adicional ao julgador, de demonstrar não só a incidência do princípio ao caso concreto, mas, também, de que as prováveis consequências práticas decorrentes da decisão judicial concretizarão a diretriz principiológica que serviu como fundamento decisório, inclusive quando comparadas com possíveis alternativas.

Nessa medida, Marçal Justen Filho ressalta que a “previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a [...] decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato” (2018, p. 29).

A partir dessa perspectiva, Fernando Leal aponta que é possível atribuir até mesmo certa redundância ao dispositivo legal, observando que:

Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam. Isso não é pouco na nossa realidade – ainda que não seja metodologicamente inovador. (2017, p. 27-28)

1.3.2 Consequencialismo e deontologia

A exigência de que as consequências práticas da decisão sejam consideradas no processo decisório remete ao debate clássico, travado no âmbito da filosofia moral e da ética normativa, entre as escolas filosóficas consequencialistas e deontológicas.

Como relata André Bueno da Silveira:

O consequencialismo e a deontologia constituem dois polos opostos em um importante debate da filosofia moral contemporânea. Embora sejam teorias já consolidadas e estudadas por grandes autores, como Jeremy Bentham, no tocante ao consequencialismo, e Immanuel Kant, em relação à deontologia, o debate entre as duas teorias permanece vivo nos dias atuais, especialmente em razão de diversas tentativas de conciliação entre elas, que são promovidas por vários filósofos diferentes. (2022, p. 22)

As teorias éticas deontológicas adotam, como critério de análise da correção de atos ou escolhas, sua conformidade com determinada norma moral, de forma desvinculada e independente de seus efeitos ou consequências (SILVEIRA, 2022, p. 35). A ética consequencialista, por sua vez, é definida filosoficamente como a concepção que associa o valor moral de atos e escolhas às suas consequências, em nítido antagonismo com o pensamento deontológico (SALAMA, 2017, p. 08-09).

As posições defendidas pelas duas correntes filosóficas são assim sintetizadas por Felipe Albertini Nani Viaro:

O consequencialismo, nesse contexto mais amplo, identifica-se com a noção ou visão de que o valor das ações está fundamentalmente ligado às consequências dela advindas. Tal perspectiva corresponde a um conjunto bastante abrangente de teorias, destacando-se como vertente filosófica paradigma o utilitarismo, além de algumas vertentes do pragmatismo, muito embora não seja possível equiparar cada uma dessas concepções. As teorias consequencialistas normalmente são colocadas em posição antagônica às teorias deontológicas. Estas, em contraposição àquelas, posicionam-se a partir do cumprimento rígido de deveres e regras, consignando o valor como algo que é inerente à própria conduta. Dentre as teorias deontológicas, ou, simplesmente, deontologia, como esse conjunto de pensamentos pode ser referenciado, a filosofia kantiana desponta como principal expoente (2019, p. 75-76)

Embora as primeiras raízes do pensamento filosófico consequencialista remontem ao iluminismo italiano do século XVIII, em especial na obra de Cesare Beccaria (SALAMA, 2017, p. 08-09), o termo “consequencialismo” somente foi cunhado em 1958, pela filósofa irlandesa Gertrude Elizabeth Margaret Anscombe (1958), no artigo “Modern Moral Philosophy”, no qual a autora se contrapõe a essa concepção filosófica e aponta que o valor moral da ação humana não pode ser definido a partir de suas consequências.

Segundo Anscombe (1958), a perspectiva consequencialista, ao definir o valor da conduta humana a partir de suas consequências, deixa de considerar a intenção do agente, que é essencial para a responsabilização moral, e impossibilita que a conduta seja valorada no momento em que é praticada. A autora aponta, ainda, que o consequencialismo ignora que, de acordo com a tradição ética ocidental, determinados atos jamais devem ser praticados, independentemente das circunstâncias ou de suas consequências.

Como aponta Silveira, o ordenamento jurídico conta com “certas restrições deontológicas inerentes, como a impossibilidade de violação de certos direitos, como vida, integridade física, entre outros, independentemente das consequências” (2022,

p. 116), o que torna inapropriado o emprego do consequencialismo, no contexto da interpretação jurídica, como critério ético de correção de conduta.

Por outro lado, o autor aponta que isso não significa que as consequências sejam um fator irrelevante no processo de tomada de decisão e sustenta ser “possível a utilização de alguma forma de consequencialismo no momento da interpretação jurídica sem que isso signifique a adoção do consequencialismo e do utilitarismo como critérios éticos de correção de conduta” (SILVEIRA, 2022, p. 72).

No intuito de compatibilizar a perspectiva consequencialista com as restrições deontológicas inerentes ao Direito, Silveira conclui sustentando que “o consequencialismo, no tocante à interpretação jurídica, deve ser utilizado como método e não como critério ético de correção de conduta” (2022, p. 116).

A compreensão do consequencialismo a partir dessa perspectiva, como um método ou uma mera “estrutura de justificação de escolhas a partir de seus efeitos práticos esperados, mas não comprometido com nenhum critério específico para valorar os estados do mundo a eles associados” (LEAL, 2021 p. 21), supera a incompatibilidade, antes apontada, com as restrições deontológicas inerentes ao ordenamento jurídico, e possibilita o preenchimento do aspecto valorativo do raciocínio com base em diferentes critérios normativos.

Parece ser essa a perspectiva consequencialista adotada pelo art. 20 da LINDB, na medida que o dispositivo legal conjuga a exigência de consideração das consequências práticas, com a incidência de normas de ordem deontológica, como os princípios jurídicos, que limitam e condicionam as alternativas decisórias que podem ser legitimamente adotadas pelo julgador.

1.3.3 Dos limites do consequencialismo instituído pela LINDB: consequencialismo fraco e residual

Ao exigir a consideração das consequências práticas, o dispositivo legal institui critério de seleção restrito às alternativas decisórias que podem ser legitimamente extraídas das fontes normativas, de forma que “a observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito” (DIDIER JUNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 156) e “o argumento consequencialista não pode ser o único e exclusivo fundamento determinante para embasar a decisão judicial” (PEREIRA, 2019, p. 106).

Em outras palavras, o critério consequencialista somente poderá ser empregado após a delimitação das alternativas decisórias que podem ser legitimamente extraídas do ordenamento jurídico, estando estritamente vinculado a esse limite.

Tem-se, assim, que, como aponta Timm (2019), o art. 20 da LINDB institui aquilo que Luis Fernando Schuartz chama de “consequencialismo fraco”. Para Schuartz, a espécie fraca de consequencialismo seria aquela que sustenta que as valorações das consequências devem ser “inseridas e contempladas no âmbito dos processos decisórios com peso *no máximo* igual ao peso conferido a argumentos não consequencialistas” (2008, p. 131). Em contraste, o consequencialismo forte seria a posição que sustenta que a adequação de uma determinada solução é caracterizada pela inexistência de nenhuma alternativa de decisão a qual se associem melhores consequências (SCHUARTZ, 2008, p. 131).

Schuartz (2008, p. 131) aponta, ainda, que, dentro do espectro consequencialista, a forma mais branda de consequencialismo fraco é aquela que atribui à consideração das consequências um papel meramente residual no juízo decisório, quando, por exemplo, as técnicas jurídicas convencionais não forem capazes de reduzir a uma única possibilidade as hipóteses de decisão juridicamente adequadas. Se aceita a premissa proposta por Didier Junior e Oliveira, no sentido de que a incidência do dever de consideração das consequências, previsto pelo art. 20 da LINDB, “pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação” (2019, p. 154), parece ser possível afirmar que a LINDB instituiu um consequencialismo, além de fraco, meramente residual.

1.3.4 A reforma da LINDB como ápice da virada pragmática do direito brasileiro

A instituição do consequencialismo decisório, por meio da reforma da LINDB, constitui o ponto culminante da crescente inclinação pragmática que vem sendo notada no direito brasileiro, em especial no âmbito do direito público (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 86), e cuja origem é frequentemente relacionada à crise hermenêutica e de insegurança jurídica retratada no tópico 1.2 supra. Esse

movimento do direito brasileiro, rumo ao pragmatismo jurídico, é identificado, dentre outros, por José Vicente Santos Mendonça³¹ (2014), Vicente de Paula Ataíde Junior (2013), Eduardo Jordão³² (2017), Fredie Souza Didier Junior e Rafael Alexandria Oliveira (2018), Emerson Gabardo e Pablo Ademir de Souza³³ (2020), Camilo Junior³⁴ (2018) e Fernando Leal (2017).

O fenômeno é assim retratado por Fernando Leal:

O direito público brasileiro passa por uma perceptível inclinação pragmática. A reforma recente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promovida pela Lei no 13.655/18 se apresenta como o principal marco legislativo dessa tendência. Vocacionada a combater os excessos associados ao uso pouco parcimonioso de princípios vagos para a justificação de decisões – um efeito perverso dos processos de constitucionalização do direito –, a lei investe na consideração das ‘consequências práticas’ das decisões como meio para combater a tendência de juízes, controladores e administradores a ‘julgar nas nuvens’. O evidente tom pragmático da lei se encontra na exigência de atenção aos efeitos concretos de decisões jurídicas aliada a certa antipatia às abstrações e disputas conceituais envolvidas comumente nos trabalhos de concretização e ponderação de princípios (2021, p. 05).

Gabardo e Souza relacionam a emersão dessa inclinação pragmática com a crise hermenêutica antes evidenciada. Segundo os autores, a aplicação cada vez mais frequente de princípios jurídicos abstratos, ao mesmo tempo em que favorece o subjetivismo na aplicação do Direito, sugere a necessidade de uma virada rumo ao pragmatismo (2020, p. 99).

³¹ “O novo estilo do direito administrativo [...] é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social. [...]”. (MENDONÇA, 2014, p. 189-190)

³² “[...] o ‘futuro’ do controle judicial da Administração Pública no Brasil deverá ter como traço marcante uma reação aos idealismos exacerbados que se verificam no presente. As primeiras manifestações doutrinárias nesse sentido já podem ser identificadas, mas elas deverão ganhar ainda mais relevância e volume. A tendência é que se dê uma virada pragmática em todo o direito administrativo, com consequências importantes também para o âmbito do controle judicial”. (JORDÃO, 2017, p. 351).

³³ “[...] a atribuição de diferentes significados aos princípios tem se prestado recorrentemente com instrumento de flagrante violação do Direito positivo, desvirtuando o dever de motivação. A crise hermenêutica decorrente dessa realidade acaba gerando ineficiência, instabilidade e insegurança jurídica, favorecendo, por um lado, o subjetivismo na aplicação do Direito e, por outro, sugerindo a necessidade de uma virada rumo ao pragmatismo”. (GABARDO; SOUZA, 2020, p. 99).

³⁴ “A lei 13.665/18, acrescentando dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, consagrou a ‘virada pragmática’ de nosso Direito público, abrindo-o para o ambiente exterior em que opera. A aplicação das regras publicísticas passa a ser feita com o foco explícito no contexto fático dos agentes administrativos e com obrigatória atenção às consequências e efeitos práticos dela decorrentes”. (CAMILO JUNIOR, 2018, p. 86).

Embora se trate de tendência que pode ser percebida de forma mais acentuada no direito administrativo, não se trata de fenômeno exclusivo deste ramo do Direito. Como observa Jordão:

Esta “virada pragmatista” do direito administrativo já foi diagnosticada por diversos autores. [...] O movimento, no entanto, não é exclusivo do direito administrativo. É visível, por exemplo, o viés pragmatista do Novo Código de Processo Civil. Veja-se, por exemplo, o seu art. 489, § 1º, que reforça os deveres de motivação judicial, impedindo, por exemplo, decisão judicial que (i) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa a questão decidida; (ii) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. (2018, p. 66).

Nesse sentido, Elton Venturi, em obra publicada em 2007, já defendia a adoção de um “princípio da interpretação pragmática”, no âmbito da tutela dos direitos meta-individuais:

Nenhum sentido há na assimilação das técnicas e aspirações da tutela coletiva se não forem analisadas sob a premissa da necessidade de sua realização empírica – desafio que invoca uma interpretação diferenciada do modelo processual coletivo, através do abandono da dogmática e da adoção de posturas verdadeiramente pragmáticas. (2007, p. 155-156).

Ainda na seara processual, a existência desse movimento em direção ao pragmatismo, foi identificada, em momento anterior ao advento do atual Código de Processo Civil, por Vicente de Paula Ataíde Junior, em tese apresentada em 2013, com o título “*Processo Civil Pragmático*”. No trabalho, Ataíde Junior sustenta que, naquele momento, havia uma transição em curso, rumo a um novo estágio metodológico do direito processual civil, caracterizado pelo abandono do paradigma racionalista e norteado pelas diretrizes pragmáticas do antifundacionalismo, do antirracionalismo, da concepção pragmática da verdade e do empiricismo (2013).

Em conclusão, Ataíde Junior aponta ter sido possível comprovar, com a pesquisa que embasou a tese, que o pragmatismo tem orientado decisões, atinentes ao direito processual civil, nas esferas legislativa, judicial e doutrinária e que em “todas as esferas do conhecimento jurídico-processual podem ser sentidas preocupações com as consequências práticas de tudo que é decidido ou proposto” (2013, p. 220).

Na esfera jurisprudencial, Ataíde Junior ressalta ser “indisfarçável o pragmatismo jurídico em determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal” (2013, p. 98) e cita, como exemplos dessa inclinação pragmática: a abolição do

nepotismo no serviço público brasileiro; o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como família; e a imposição da fidelidade partidária aos parlamentares eleitos pelo sistema proporcional. Como ressalta o autor:

Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição (art. 102), realizou, concretamente, as promessas constitucionais de moralidade e eficiência no serviço público, de não discriminação entre pessoas em função do sexo ou da orientação sexual e de respeito ao postulado democrático. Esses eram os referenciais comuns de cada decisão, os objetivos perseguidos, todos extraídos do texto constitucional. Os argumentos contrários, atinentes, na maioria, à violação dos princípios da separação dos poderes e da legalidade, ante a ausência de debate legislativo, foram afastados em função do fim almejado (pela Constituição). Preferiu-se a solução que melhor atendesse aos princípios constitucionais, ainda que, para isso, fosse necessário abandonar certos pressupostos conceituais, especialmente os referentes às funções de cada poder na República.

Tais decisões foram pragmáticas, sobretudo, porque resolveram problemas reais: o nepotismo, a discriminação em função da orientação sexual, a privatização do mandato parlamentar. O direito não serviu apenas à coerência sistemática, mas a soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que parece justo e razoável (ATAIDE JUNIOR, 2013, p. 99).

No mesmo sentido, Fernando Leal aponta que preocupações pragmáticas, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não são inéditas e tampouco excepcionais ou restritas a certo período (2021, p. 06). Como evidência dessa inclinação, o autor destaca a sensibilidade dos ministros, em casos mais salientes, às consequências concretas de suas escolhas para a economia, a política e a sociedade e ressalta a atualidade dessa tendência, apontando que: “Hoje em dia são cada vez mais frequentes referências explícitas a compromissos pragmáticos no tribunal” (2021, p. 06).

A título de ilustração do atual viés pragmatista do Supremo Tribunal Federal, Leal (2021, p. 06) menciona o discurso de posse do ministro Luiz Fux, como presidente da Corte, em 2020, no qual Fux defendeu a adoção, no exercício da atividade jurisdicional, de “uma perspectiva contextualista, consequencialista e pragmática, porquanto em determinadas matérias sensíveis, o menos é mais” (BRASIL, 2020, p. 13).

A influência desse movimento em direção ao pragmatismo pode ser notada até mesmo nos parâmetros utilizados para seleção de novos juízes. Conforme Resolução 423 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2021), a partir de 2021, o programa de disciplinas obrigatórias do concurso público para ingresso na

carreira da magistratura passou a conter um tópico específico sobre pragmatismo jurídico, análise econômica do direito e economia comportamental.

A edição da Lei 13.665/18 consolida e incorpora ao direito positivo brasileiro esse crescente viés pragmático, caracterizado, sobretudo, pela preocupação com as consequências práticas da aplicação do direito e que vinha sendo notado em âmbito doutrinário e jurisprudencial.

1.4 POSSÍVEIS EFEITOS DA INTRODUÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO NA LINDB

No que tange aos possíveis efeitos da introdução da nova sistemática decisória ao ordenamento jurídico brasileiro, José Vicente Santos de Mendonça (2017, p. 32-34) vislumbra três possíveis cenários futuros: o de resultado ótimo da lei; o de cumprimento insincero e meramente retórico da exigência consequencialista; e, o terceiro, que seria um meio-termo entre os dois primeiros cenários.

No primeiro cenário antevisto por Mendonça (2017, p. 32), de resultado ótimo da lei, haveria efetiva mudança na cultura decisória e o abrandamento do cenário de crise decorrente do recurso excessivo à abstração principiológica, por meio da vinculação da decisão à efetiva consideração e medição de suas consequências práticas.

O autor reputa este primeiro cenário improvável, por considerar pouco realista a hipótese que ele consagra, no sentido de que autoridades interpretativas abdicariam de poderes por meio da interpretação de lei, na medida em que foi justamente pela via interpretativa que se instalou o atual cenário “pan-principiológico e ultra-ativista” (MENDONÇA, 2017, p. 32).

Mendonça aponta, ainda, que, para além de qualquer estrutura normativa, a origem do cenário de crise hermenêutica está relacionada a uma “cultura de empoderamento simbólico de tecnoburocracias, em especial aquelas ligadas ao mundo do direito” e ressalta que culturas não se mudam apenas por leis (2017, p. 32).

Dificuldades de ordem técnica também contribuem para tornar pouco provável que o cenário otimista venha a se concretizar. Como aponta Mendonça:

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 prognose, de comensurabilidade, de axiologia. Quem sabe seja, a pretexto de limitá-las, exigir demais – e daí necessariamente confiar demais – nas autoridades decisórias. (2017, p. 33).

O segundo cenário possível, segundo Mendonça, seria o de cumprimento insincero da lei, com a incorporação, à gramática da decisão, de alguma consideração, meramente retórica, sobre consequências práticas, sem a instituição de um dever real de medição. Nesse cenário, não há mudança efetiva quanto ao controle da decisão, mas apenas em seu estilo.

A mudança meramente retórica mantém o poder junto às autoridades decisórias e supera as dificuldades técnicas de um consequentialismo consequente e, por estes motivos, Mendonça reputa sua ocorrência mais provável do que a do cenário otimista (2017, p. 33).

Finalmente, o terceiro cenário vislumbrado por Mendonça (2017, p. 34) seria um meio-termo entre o resultado ótimo e a absoluta inocuidade da reforma legislativa. Neste terceiro cenário, o art. 20 da LINDB, embora não alcance plena efetividade, torna-se relevante pelo que sinaliza e, ainda que não impeça o subjetivismo decisório, será útil para educar e constranger os julgadores a partir de uma nova gramática, ao impor a incorporação de considerações sobre consequências práticas à fundamentação decisória.

Como pontua o autor, uma sinalização nesse sentido, embora não constitua o cenário ideal de plena efetividade, não é irrelevante, na medida em que “mudar a gramática do direito é mudar – um pouco – o mundo das decisões” (MENDONÇA, 2017, p. 34). Mendonça conclui ressaltando que, embora seja pouco provável que alcance máxima efetividade, o consequentialismo decisório instituído pelo art. 20 da LINDB merece ser saudado, pois, ainda que culturas não mudem por leis, “leis podem sinalizar *zeitgeists* e indicar caminhos” (2017, p. 34), sendo possível que o dispositivo legal cumpra o papel de obrigar as autoridades brasileiras a refletir sobre as consequências de seus atos.

Após alguns anos de vigência da Lei 13.655/2018, o cenário atual não parece corresponder ao de resultado ótimo, de plena eficácia da nova sistemática decisória, com a instituição de um consequentialismo consequente.

Como apontam Rodrigo Brandão e André Farah (2020), a partir da análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, estudos empíricos têm sido recorrentemente utilizados como fundamento decisório, sob o pretexto de realizar a análise exigida pelo art. 20 da LINDB, mas sem que exista um padrão de fundamentação a esse respeito. Segundo Brandão e Farah, nas decisões analisadas, “os estudos e seus autores podem até, mas não sempre, ser citados, porém, a metodologia, as conclusões e como acessá-los não o são frequentemente” (2020, p. 842). A análise constatou, também, pouca preocupação em possibilitar às partes efetiva participação e influência na discussão acerca das conclusões de tais estudos:

Os ministros do STF, em diversos casos, nos seus votos e decisões, têm feito uso de investigações empíricas, que antes não se encontravam nos respectivos processos. Algumas vezes citando as fontes, outras vezes, sem declinar a origem, os julgadores têm apresentado as mesmas no último momento processual, o decisório, sem que os envolvidos antes pudessem debater sobre as informações desses estudos. Ocorre que (...) sobre um mesmo assunto, pesquisas podem apontar evidências diversas e os ministros estão, então, dando soluções antagônicas entre si. (BRANDÃO; FARAH, 2020, p. 833).

Em conclusão semelhante à de Mendonça, Fernando Leal (2017) aponta que, dado o atual cenário de crise argumentativa, é possível que a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB, ao obrigar os julgadores a considerar mais um elemento de justificação, ao lado dos princípios vagos, venha a contribuir para o aumento da qualidade da justificação das decisões, pelo menos em seu aspecto quantitativo. Como observa o autor, apresentar, como fundamento decisório, um “princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago” (LEAL, 2017, p. 27).

Contudo, Leal adverte que o simples aumento do número de referências de argumentação não levará necessariamente ao incremento do aspecto qualitativo da justificação das decisões, sendo possível, inclusive, que, diante da ausência de critérios para superar as dificuldades inerentes ao trabalho com efeitos de alternativas decisórias, a alteração legislativa provoque efeito inverso ao almejado e, ao invés de reduzir, aumente os níveis de incerteza e insegurança no processo decisório (2017, p. 28).

Com efeito, como advertem Gabardo e Souza (2020, p. 102), embora a mudança legislativa tenha sido celebrada por parte da doutrina como verdadeira panaceia para a insegurança jurídica decorrente do uso abusivo dos princípios jurídicos, a inserção do consequencialismo no processo decisório traz novos problemas hermenêuticos e pode servir – tal como a fundamentação lastreada em princípios vagos - para acobertar subjetivismos e gerar instabilidade e segurança.

A classificação proposta por Luis Fernando Schuartz (2008, p. 150-158), dos diferentes tipos de “consequencialismo jurídico à brasileira”, bem ilustra como a retórica consequencialista pode ser instrumentalizada em favor do voluntarismo e subjetivismo decisórios. Segundo Schuartz, seria possível divisar três diferentes estratégias consequencialistas empregadas para afastar a solução que seria decorrente das regras *prima facie* aplicáveis e que conduziria a decisão com resultados diferentes dos desejados pelo usuário da estratégia³⁵.

A primeira delas, seria aquilo que o autor chama de “consequencialismo festivo”, caracterizado pela atitude crítica e desdenhosa em relação ao modo tradicionalmente empregado pelos juristas para solução de problemas jurídicos e pela apropriação, seletiva e superficial, da literatura norte-americana de análise econômica do direito, para advogar em favor de uma ampla des-diferenciação entre a aplicação do direito e a formulação de políticas públicas (SCHUARTZ, 2008, p. 152).

Segundo o autor, o consequencialismo festivo reproduz um padrão argumentativo típico de um dos mais antigos e persistentes vícios do pensamento jurídico nacional, consistente na apropriação e emprego meramente ornamental e elitista de fragmentos de doutrinas e teorias científicas e filosóficas estrangeiras em voga, instrumentalizadas ao sabor da vontade e caprichos do usuário (SCHUARTZ, 2008, p. 152).

A segunda espécie identificada por Schuartz (2008, p. 153-154) é o “consequencialismo militante”, que, a partir da simpatia por determinada causa, coloca a argumentação a serviço de sua justificação, se necessário por meio de

³⁵ Segundo Schuartz (2008, p. 151), a classificação proposta contempla apenas parcialmente aquilo que o autor chama de consequencialismo residual, caracterizado pela menção às consequências das diferentes alternativas decisórias como forma de privilegiar a aplicação de um conjunto de regras em detrimento de outros tratados como igualmente defensáveis do ponto de vista jurídico e que nos parece ser a espécie de consequencialismo que a reforma da LINDB pretendeu introduzir em nosso sistema jurídico.

argumentos consequencialistas. No momento decisório, o consequencialista militante identifica, em uma das partes do litígio, a representação da causa abraçada e transforma a decisão favorável em uma questão de merecimento e de justiça material. Nessa vertente, a força da lei é abertamente relativizada e a causa que a legitimaria pelos seus resultados é explicitada orgulhosamente (SCHUARTZ, 2008, p. 154).

Ao contrário da vertente festiva, o consequencialismo militante está mais alinhado à tradição e emprega, ao menos formalmente, as formas canônicas de interpretação jurídica, articulando, em seu discurso, a reverência à Constituição e o respeito a tradição com a defesa de sua adaptação às necessidades do momento. O autor relaciona, com o emprego dessa estratégia, o encantamento com os princípios constitucionais e com a ponderação de interesses característicos de diversos movimentos de constitucionalização (SCHUARTZ, 2008, p. 152-153).

A espécie mais sofisticada de consequencialismo à brasileira, identificada por Schuartz (2008, p. 153-154), é o “consequencialismo malandro”, cuja operação demanda um amplo conhecimento da teoria do direito e da dogmática jurídica. Ao contrário das variantes consequencialistas antes identificadas, o consequencialismo malandro opera através da dogmática jurídica, desconstruindo e reconfigurando elementos da argumentação na forma requerida para a fundamentação da decisão buscada, fazendo-a parecer como desde sempre juridicamente possível e adequada ao caso concreto.

Segundo Schuartz, essa espécie de consequencialismo emprega “um tipo de estratégia que recorre à ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem” (2009, p. 158). Para tanto, promove a reordenação intelectual de todos os elementos e categorias dogmáticas envolvidos e a adaptação da dogmática para colocar a seu serviço um ordenamento jurídico recalcitrante. Se executada com sucesso, essa estratégia consequencialista implica, segundo o autor, a “legalização silenciosa de um estado de exceção” (SCHUARTZ, 2009, p. 158).

Schuartz conclui apontando que:

[...] a malandragem, como os outros tipos de consequencialismo jurídico, receberá o sinal que lhe conferirem as circunstâncias que cercarem o seu uso, o qual poderá ser conforme ou não a fins capazes de redimi-lo. A malandragem existe para o bem e para o mal, e os riscos associados à mesma não são desprezíveis. O resultado final de um ato de malandragem

bem-sucedido, como já mencionado, é a legalização de um estado de exceção à ordem estabelecida. É verdade que isto tudo se realiza dentro da ordem, com a criação dos meios para que a reconfiguração da ordem incorpore elementos que anteriormente lhe eram estranhos. Mas a diferença entre exceção e privilégio é às vezes bastante sutil, nem sempre ficando claro quando estamos diante deste ou daquela. O risco é agravado se levarmos em conta que o processo de destruição criativa que a malandragem desencadeia só avançará na direção do revigoreamento da dogmática jurídica se o entorno for propício a essa espécie de avanço. Sob condições de esgarçamento do tecido da dogmática jurídica - como parece ser o caso, atualmente, em diversas áreas do direito no Brasil -, as inovações produzidas para o caso concreto perdem a capacidade de difusão e generalização, desaparecendo sem exercer qualquer impacto estrutural. Se isso de fato ocorre, o beneficiário da malandragem será um privilegiado, que conquista para si uma posição vantajosa sem abrir a terceiros nas mesmas condições, via princípio da isonomia, uma porta (um precedente) passível de reutilização. (...). No limite, o consequencialismo malandro converge para o oportunismo e facilita a corrupção, criando, fortalecendo e consolidando, com a força e as pompas do direito, novos e antigos privilégios individuais. (2008, p. 157-158)

Como se vê, a incorporação do consequencialismo à prática decisória não implica a automática superação da crise de insegurança jurídica decorrente da aplicação desmedida de princípios jurídicos indeterminados. Pelo contrário, pode propiciar o emprego de novas e sofisticadas estratégias retóricas para acobertar o subjetivismo decisório.

Ademais, como apontam Gabardo e Souza (2020, p. 102), enquanto a indeterminação da fundamentação lastreada em princípios decorre de sua abstração, a indeterminação da fundamentação consequencialista advém da inerente incerteza da previsão sobre o futuro (2020, p. 102). Nesse sentido, Fernando Leal (2017, p. 28), citando Luhmann, aponta a insuperável assimetria entre o futuro presente e o presente futuro, o que condiciona a validade de argumentos consequencialistas à confiabilidade das prognoses realizadas para antecipar os efeitos das alternativas decisórias. Como pontua o autor, a questão que se coloca, diante da nova sistemática decisória instituída pela reforma da LINDB, é como se dará o controle de tais prognoses.

Assim, para que a nova legislação atinja a almejada finalidade de promover a segurança jurídica, é imprescindível o aprofundamento teórico sobre a prática decisória que deverá ser adotada a partir da perspectiva consequencialista instituída pela nova redação da LINDB, inclusive no que tange à sua compatibilização com o dever de fundamentação, que constitui o antídoto clássico, construído pela ciência processual, para contenção do subjetivismo e do arbítrio (LIEBMAN, 1983, p. 236) e

que pode constituir importante ferramenta de controle da prognose consequencialista instituída pela nova legislação.

2 O PRAGMATISMO JURÍDICO E A REFORMA DA LINDB

O pragmatismo jurídico, embora usualmente “entendido como uma concepção que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 173), não contempla definição unívoca, recebendo, a depender do contexto, diferentes significados, por vezes opostos.

Como apontam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, a depender do significado atribuído ao termo, é possível abranger, em seu espectro, desde o juiz-norte americano Richard Posner até seu crítico Ronald Dworkin, defensor de uma concepção declaradamente “anti-pragmática” do papel do juiz (2009, p. 173).

Nesse sentido, Bruno Salama afirma que:

Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. (2008, p. 32).

Não há clareza sequer em relação à finalidade do pragmatismo jurídico como empreendimento teórico. A depender da abordagem, atribui-se ao pragmatismo jurídico a função de descrever os fatores que influenciam o processo de tomada de decisão judicial (teoria descritiva); de estabelecer parâmetros indicativos do que deve nortear a decisão judicial (teoria normativa); ou; de orientar e organizar o diálogo entre as diferentes abordagens para solução de problemas jurídicos (meta-teoria) (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 174).

Na esfera filosófica, também inexistente clareza e uniformidade conceitual em torno do tema. Dada a dificuldade de conceituação, é corrente, em obras que tratam do pragmatismo filosófico, a afirmação de que não existe um, mas sim vários e diferentes pragmatismos (MENDONÇA, 2018, p. 30). Tal ideia remonta ao artigo intitulado “*The Thirteen Pragmatisms*”, originalmente publicado em 1908, por Arthur Onken Lovejoy (1963), no qual o autor aponta que, à época, existiam treze diferentes pragmatismos, classificando-os em quatro grandes grupos (três teorias

pragmatistas do significado; uma teoria pragmatista sobre a natureza da verdade; oito teorias pragmatistas do conhecimento; e uma teoria pragmatista ontológica)³⁶.

Tampouco existe correspondência plena entre as teses defendidas pelo pragmatismo filosófico de Peirce, James, Dewey e Rorty e o chamado pragmatismo jurídico (POSNER, 2010, p. 32-33). Como observa Fernando Leal (2021, p. 12), o pragmatismo jurídico, ao buscar estabelecer uma teoria sobre como os juízes decidem e devem decidir, não pode ser definido, necessária e integralmente, como a mera transposição das características constitutivas do pragmatismo filosófico à atividade jurisdicional.

Ao tratar a esse respeito, Susan Haack relata que:

Atualmente, a palavra 'pragmatismo' aparece nos títulos de livros, capítulos e artigos sobre filosofia jurídica com frequência suficiente para gerar a

³⁶ "I Pragmatist Theories of Meaning. 1. The "meaning" of any judgment consists wholly in the future experiences, active or passive, predicted by it. 2. The meaning of any judgment consists in the future consequences of believing it (a¹). 13. The meaning of any idea or judgment always consists in part in the apprehension of the relation of some object to a conscious purpose (a¹). II. Pragmatism as an Epistemologically Functionless - Theory concerning the "Nature" of Truth. 3. The truth of a judgment "consists in" the complete realization of the experience (or series of experiences) to which the judgment had antecedently pointed; propositions are not, but only become, true (a²). III. Pragmatist Theories of Knowledge, i.e., of the Criterion of the Validity of a Judgment. 4. Those general propositions are true which so far, in past experience, have had their implied predictions realized; and there is no other criterion of the truth of a judgment (a²). 5. Those general propositions are true which have in past experience proved biologically serviceable to those who have lived by them; and this "livableness" is the ultimate criterion of the truth of a judgment (a²). 7. All apprehension of truth is a species of "satisfaction"; the true judgment meets some need, and all transition from doubt to conviction is a passage from a state of at least partial dissatisfaction to a state of relative satisfaction and harmony (a³). This is strictly only a psychological observation, not an epistemological one; it becomes the latter by illicit interpretation into one of the two following. 8. The criterion of the truth of a judgment is its satisfactoriness, as such; satisfaction is "many dimensional," but all the dimensions are of commensurable epistemological value, and the maximum bulk of satisfaction in a judgment is the mark of its validity (a³). 9. The criterion of the truth of a judgment is the degree in which it meets the "theoretic" demands of our nature; these demands are special and distinctive, but their realization is none the less a kind of "satisfaction" (a³). 10. The sole criterion of the truth of a judgment is its practical serviceableness as a postulate; there is no general truth except postulated truth, resulting from some motivated determination of the will; "necessary" truths do not exist. 11. There are some necessary truths, but these are neither many nor practically adequate; and beyond them the resort to postulates is needful and legitimate. 12. Among the postulates which it is legitimate to take as the equivalent of truth, those which subserve the activities and enrich the content of the moral, esthetic, and religious life have a co-ordinate place with those which are presupposed by common sense and physical science as the basis of the activities of the physical life. IV. Pragmatism as an Ontological Theory. 6. Temporal becoming is a fundamental character of reality; in this becoming the processes of consciousness have their essential and creative part. The future is strictly nonreal and its character is partly indeterminate, dependent upon movements of consciousness the nature and direction of which can be wholly known only at the moments in which they become real in experience. (Sometimes more or less confused with 3.)" (LOVEJOY, 1963, p. 26-28)

impressão de que deve haver algum tipo de renascimento do pragmatismo acontecendo entre os estudiosos do direito. No entanto, quando se olha para o conteúdo desses livros e artigos, é provável que se fique mais do que um pouco confuso sobre o que exatamente é o objeto desse aparente renascimento. [...]

O que temos aqui não é simplesmente - como talvez façamos com os termos "realismo" e "positivismo" - uma divergência entre o(s) significado(s) legal(is) de uma palavra e seu(s) significado(s) filosófico(s); é um emaranhado acadêmico desesperadoramente confuso.³⁷ (2005a, p. 72-74).

Por conta dessa indefinição conceitual e da existência de diferentes acepções abrangidas pelo termo, Richard Posner aponta, com precisão, que: “Dizer que alguém é pragmatista é dizer pouco” (2007, p. 40).

Em que pese a falta de uniformidade entre as diferentes concepções de pragmatismo, é possível identificar um núcleo comum, presente de forma relativamente constante em suas diferentes manifestações, sobretudo em sua vertente filosófica. Nessa perspectiva, a “matriz pragmatista” é usualmente associada à adoção de três ideias centrais: o antifundacionalismo, o contextualismo e o consequencialismo (POGREBISNCHI, p. 2005, p. 25)³⁸.

O antifundacionalismo³⁹ é caracterizado pela rejeição sistemática de dogmas e verdades absolutas, apriorísticas e fixas; o contextualismo pela consideração do contexto social, político, histórico e cultural em que se dá a análise; e o

³⁷ Tradução livre do original em língua inglesa: “Of late, the word ‘pragmatism’ appears in the titles of books, chapters, and articles on legal philosophy often enough to convey the impression that there must be some kind of renaissance of pragmatism going on among legal scholars. When you look at the contents of those books and articles, though, you are likely to find yourself more than a little confused about just what this apparent renaissance is a renaissance of. [...] What we have here is not simply-as perhaps we do with ‘realism’ and ‘positivism’ - a divergence of the legal meaning(s) of a word from its philosophical meaning(s); it is a desperately confusing scholarly mare's nest”. (HAACK, 2005a, p. 72-74).

³⁸ Em sentido contrário, Fernando Leal (2021, p. 12) aponta que estas três características (antifundacionismo, contextualismo e consequencialismo) não estão concomitantemente presentes em todas as expressões do pragmatismo jurídico e que, mesmo em relação ao pragmatismo filosófico, é questionável que tais traços constituam um núcleo-duro, presente em todas as suas versões. Segundo o autor, apenas o consequencialismo é uma característica necessariamente presente em qualquer versão do pragmatismo (LEAL, 2021, p. 21).

³⁹ Susan Haack (2005a, p. 104), ao tratar acerca das características usualmente associadas ao pragmatismo, aponta que o emprego do termo “antifundacionalismo” traz consigo uma “armadilha conceitual”. Como explica a autora: “The conceptual trap set by “foundationalism” and “anti-foundationalism” is, in brief, this. In epistemology, “foundationalism” has at least three senses; in the first, it refers to a family of theories of epistemic justification characterized by their reliance on a distinction between basic (“foundational”) and derived beliefs; in the second, to a conception of epistemology as an a priori discipline the task of which is to provide the foundation of all legitimate claims to knowledge; and in the third, to the idea that our standards of better and worse evidence, more and less justified beliefs, must be, not merely conventional, but grounded in some relation of justification and truth. Only the third has an analogue in legal theory: the idea that legal rules, to be (in a non-epistemic sense) justified, must be grounded in some relation to (presumably, moral) values. (HAACK, 2005a, p. 104).

consequencialismo pela avaliação de qualquer ato, teoria ou conceito a partir de suas consequências (GABARDO; SOUZA, 2020, p. 102-103).

A perspectiva consequencialista é a característica central dessa corrente de pensamento, presente em suas diferentes versões. Como aponta Leal (2021, p. 21-22), embora nem todo consequencialismo conduza necessariamente a alguma versão do pragmatismo⁴⁰, todo pragmatismo é necessariamente consequencialista⁴¹.

Nesta perspectiva, o próprio significado e verdade de qualquer proposição são valorados, pela ótica pragmática, em vista de suas consequências:

A importância de uma proposição não está nem em sua correspondência com uma realidade última e, portanto, não cognoscível, nem em seu pedigree (isto é, sua derivação de premissas aceitas), mas em suas consequências. Isso é tudo que estará ao alcance e dentro do âmbito de um ser humano normal. Os pragmatistas não duvidam que 'verdadeiro' e 'falso', sejam sugestivamente atribuídos a proposições, mas, compatíveis com sua ênfase nas consequências, eles gostam de dizer que uma proposição é verdadeira ('verdadeira o bastante' seria mais preciso), se as consequências que preveem ou inferem realmente ocorreram. 'Está chovendo' é verdadeiro, por exemplo, se fico molhado quando saio na rua sem guarda-chuva ou capa de chuva. (POSNER, 2010, p. 04-05)

Nesse sentido, Vicente de Paula Ataíde Junior (2013, p. 68) explica que o pragmatismo, enquanto filosofia de ação, elimina da discussão toda disputa metafísica ou abstração teórica destituída de efeitos concretos. Por conta dessa premissa pragmatista, a diferenciação teórica de determinado conceito ou proposição, quando desprovida de consequências práticas, é considerada irrelevante e abandonada.

Assim, o pragmatismo jurídico, por se tratar de concepção centrada nas consequências práticas da interpretação e aplicação do direito, surge como alternativa e potencial solução às dificuldades hermenêuticas decorrentes do

⁴⁰ Como explica Leal (2021, p. 21-22), pragmatismo e consequencialismo não se confundem. O consequencialismo, enquanto estrutura de justificação de escolhas a partir de seus efeitos esperados, não apresenta necessariamente um critério específico para valoração de tais efeitos e, por este motivo, é compatível com diferentes teorias normativas. O autor cita, como exemplos de teorias consequencialistas diversas do pragmatismo: o utilitarismo, que valora os efeitos esperados das diferentes alternativas decisórias a partir de algum critério de utilidade, e a Análise Econômica do Direito, que realiza tal valoração com base em algum critério de eficiência.

⁴¹ O autor, ao apontar a consequencialismo como traço comum das diferentes versões de pragmatismo, faz referência ao consequencialismo como método de justificação de escolhas a partir de seus efeitos esperados (LEAL, 2021, p. 21), e não ao consequencialismo como critério ético de correção de conduta. Como apontado no tópico 1.3.2 *supra*, o emprego do consequencialismo como critério ético é nitidamente incompatível com as restrições deontológicas inerentes ao ordenamento jurídico.

emprego abusivo da abstração dos princípios jurídicos, sendo nítida, portanto, sua influência na exigência de valoração das consequências práticas da decisão, instituída pela Lei 13.655/2018.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior e Rafael Alexandria Oliveira sustentam que o art. 20 da LINDB, ao exigir que o juiz considere as consequências práticas da decisão, confere status de norma jurídica a essa concepção doutrinária e inaugura o postulado hermenêutico do pragmatismo:

“O caput do art. 20 inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, segundo o qual as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto. (...) Tal como ocorreu com a integridade e coerência – conceitos que são fruto de construção doutrinária e que foram incorporados no art. 926 do CPC como normas jurídicas –, o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o status de norma jurídica” (2019, p. 150).

Com efeito, tratando-se de diretriz interpretativa inserida em norma de sobredireito, que visa regular a interpretação, a integração e a aplicação do direito brasileiro como um todo, parece correta a classificação proposta por Didier Júnior e Oliveira, ao enquadrar a exigência trazida pelo art. 20 da LINDB no conceito de postulado hermenêutico, tal como proposto por Humberto Ávila (2018, p. 179), ou seja, como uma norma de segundo grau, distinta das regras e dos princípios e que estabelece parâmetros para a realização das demais normas.

Tem-se, então, que, como reação ao recurso exacerbado à abstração dos princípios jurídicos, estabeleceu-se o postulado normativo do pragmatismo jurídico, vinculando o julgador às consequências práticas de sua decisão. Tal postulado, no entanto, paradoxalmente coexiste com previsão normativa anterior (art. 926 do CPC), que também confere status de norma jurídica à teoria do direito como integridade⁴² ⁴³, de Ronald Dworkin, notoriamente antagônica à concepção

⁴² A tomada de posição legislativa em tema que é objeto de acirrada controvérsia doutrinária, como o conceito de direito, é alvo de crítica de parcela relevante da doutrina, que aponta que a disposição a esse respeito é desnecessária para operacionalização da lei processual civil e não deveria ter sido incorporada ao texto legal (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2018).

A posterior edição de lei, que incorpora ao direito positivo brasileiro dispositivo legal que aparentemente acolhe teoria jurídica antagônica, parece evidenciar o acerto da crítica.

⁴³ Didier Junior aponta que o dever de integridade, contido no art. 926 do CPC, constitui mais um exemplo de postulado hermenêutico, o postulado da integridade, que coexiste com o postulado do pragmatismo, instituído pelo art. 20 da LINDB. Nas palavras do autor: “[...] o art. 926 consagra dois exemplos de postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária ao desenvolvimento judicial do Direito. Tanto na formação como na aplicação dos precedentes, os tribunais devem observar os postulados da coerência e da integridade” (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 121).

pragmática da atividade jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 173)⁴⁴. Embora as consequências sistêmicas do aparente antagonismo entre os postulados da integridade e do pragmatismo, que coexistem em nosso ordenamento jurídico, não constituam o objeto de análise do presente trabalho, certamente trata-se de temática que merece ser investigada em pesquisa futura.

Em relação ao objeto específico do presente estudo, tem-se que é insuficiente afirmar que a reforma da LINBD consagra e é fruto da crescente inclinação pragmática antes evidenciada. Se, como aponta Posner (2007, p. 40), atribuir o rótulo de pragmatista a alguém é dizer pouco, também é insuficiente, para bem situar teoricamente a nova diretriz interpretativa, afirmar que a reforma da LINDB confere o status de norma jurídica ao pragmatismo jurídico.

Nesse contexto, diante das múltiplas concepções abrangidas pelo rótulo, cumpre à pesquisa acadêmica buscar definir qual concepção de pragmatismo melhor se adequa às finalidades da reforma da LINDB e deve ser adotada como referencial teórico para interpretação de seus dispositivos.

A precisão na definição desse referencial teórico é relevante, também, para afastar versões extremadas e menos sofisticadas de pragmatismo, que tornam o discurso jurídico manipulável e preenchível com qualquer conteúdo⁴⁵ e podem conduzir a uma concepção instrumentalista do direito (LEAL, 2021, p. 09).

⁴⁴ A esse respeito, tornou-se célebre o debate travado entre Richard Posner e Ronald Dworkin (DWORKIN, 1980), com o primeiro defendendo a adoção da eficiência ou maximização da riqueza como fundamento ético do direito e o segundo refutando tal proposição. Ao final, o debate resultou na revisão da posição de Posner (2007b), que, no início da década de 90, recuou, reconhecendo que o aspecto normativo de sua teoria econômica do direito, segundo a qual o direito deve se ajustar na maior medida possível aos ditames da maximização da riqueza: “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza” e que: “os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta” (POSNER, 2007a, p. 503), tendo adotado, desde então, uma concepção pragmática e passado “a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam [...] o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo norte-americano” (SALAMA, 2012, p. 475).

Em que pese o abandono da posição inicial mais radical, Posner segue sustentando que a busca de eficiência ou maximização da riqueza (termos tratados como sinônimos pelo autor) possui um papel a desempenhar na prática decisória, ainda que cingido pelas normas constitucionais e ao lado de outros valores igualmente relevantes (POSNER, 1985).

⁴⁵ Richard Posner (2010, p. 34-36) aponta que o pragmatismo não possui valência política e, assim como não aponta a uma determinada filosofia da adjudicação, também não leva necessariamente à democracia liberal. A título de exemplo, o autor cita a influência do pensamento pragmático na jurisprudência alemã durante as eras Weimar e Hitler e aponta que “Carl Schmitt, um dos pensadores alemães mais influentes desse período, fundamentou sua rejeição da teoria legal liberal numa crença de que a lógica real do direito era uma lógica de consequências em vez de uma lógica de princípios antecedentes. Estruturalmente, sua visão do direito era a mesma de Dewey e Rorty; quando ao teor do direito, o pragmatismo ficou e está em silêncio” (POSNER, 2010, p. 34).

Como reconhece Richard Posner:

Ao investir os juízes de grande discricionariedade, o pragmatismo jurídico pode ser criticado como impotente para erguer ou manear os diques contra mudanças revolucionárias ou reacionárias na lei. Juízes pragmáticos que decidem abraçar uma nova ideologia substituirão o precedente, o 'significado simples' e a doutrina estabelecida e outros obstáculos formalistas à mudança legal, assim como os juízes alemães fizeram na era Hitler⁴⁶ (POSNER, 2004, p. 153).

Nesse sentido, Fernando Leal (2021, p. 09-10) aponta que, em sua versão mais radical, a concepção instrumentalista do direito, fundada em bases pragmáticas, conjuga o consequencialismo de atos com o ceticismo de regras, para justificar posturas ativistas e tornar o julgador onipotente, levando a um particularismo endêmico. Nas palavras do autor:

Em sua pior versão, o pragmático rejeita e despreza esforços teóricos, princípios jurídicos fundamentais e não investe tempo para apreender e entender regras jurídicas e métodos de interpretação com o discurso fugaz de que isso 'não leva ao ponto' e representa 'um mero obstáculo para pensarmos no que realmente importa'. Em uma alternativa igualmente perversa, o pragmático não descarta empreendimentos teóricos, conceitos abstratos e métodos de decisão, mas tão somente porque reconhece possíveis benefícios associados à sua livre utilização – quase sempre como simples slogans. Nessa dimensão, teorias, conceitos e métodos, que não precisam ser necessariamente conhecidos em todos os seus detalhes, são manipulados seletiva e acriticamente, tornando a orientação pragmática fonte de justificação para sincretismos teóricos e metodológicos. Com a desculpa de 'se apropriar do que teorias e métodos podem oferecer de melhor', o pragmatismo atua como etiqueta garantidora do ar pseudoerudito considerado importante para a justificação de qualquer resultado a partir de excertos mal costurados de teorias (frequentemente mal compreendidas) e de fontes autoritativas de decisão.

Esse ecletismo vazio, que pode tornar o pragmatismo tanto favorável como contrário ao recurso a teorias 'em benefício da prática', não é, contudo, o único problema a ser considerado. Livre de compromissos fundacionalistas, o pragmático vulgar, em sua apropriação superficial do pragmatismo, não apenas menospreza, ironiza ou se aproveita estrategicamente de exercícios intelectuais mais densos. Ele é também um especulador sobre o futuro. Suas considerações consequencialistas são intuitivamente orientadas e o que aparenta ser uma análise cuidadosa sobre efeitos práticos de decisões não costuma ser mais do que um chute sobre como as coisas podem ser. Nessa versão rasa, que conjuga desprezo teórico e o que Conrado Hübner Mendes chamou de "consequenciachismo", o pragmático pode ser ativista ou autocontido, mas isso não será mais do que fruto do acaso. Escapar dessa aleatoriedade sem suporte algum exige que o pragmatismo seja capaz de se apresentar como uma concepção sobre o direito e, mais

⁴⁶ Tradução livre do original em língua inglesa: "By vesting judges with great discretion, legal pragmatism can be criticized as being helpless to erect or to man the dikes against either revolutionary or reactionary changes in law. Pragmatic judges who decide to embrace a new ideology will override precedent, "plain meaning," settled doctrine, and other formalist obstacles to legal change, just as German judges did in the Hitler era". (POSNER, 2004, p. 153).

especificamente, sobre o raciocínio judicial teoricamente estruturada a ponto de, ainda que criticável, poder ser levada a sério por perspectivas rivais. (LEAL, 2021, p. 24-25).

Ao buscar precisar o referencial teórico que deve ser adotada na interpretação do consequencialismo instituído pela LINDB, Leal sustenta que o “pragmatismo cotidiano”, proposto por Posner, é a “versão mais apropriada para a compreensão do tipo de pragmatismo em que o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) parece investir” (2021, p. 05). O autor cita, também, como possível referencial teórico complementar, o modelo consequencialista proposto por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003), que emprega a análise das capacidades institucionais de cada um dos agentes decisórios que interagem em um mesmo arranjo institucional, como critério delimitador do papel que a análise consequencialista deve desempenhar no processo decisório (LEAL, 2021, p. 22-23).

Em sentido contrário, Francisco Maia Alves sustenta que “o consequencialismo proposto no art. 20 da LINDB parece ser menos amplo que o propugnado na teoria de Richard Posner” (2019, p. 135) e aponta que a teoria de Neil MacCormick, que delimita a utilização da prospecção de consequências à decisão dos casos difíceis, não solucionados pelo silogismo das regras jurídicas, seria a concepção consequencialista mais aderente ao regramento instituído pela reforma da LINDB.

O consequencialismo de MacCormick é utilizado como referencial teórico, na interpretação do conteúdo dogmático do art. 20 da LINDB, também por Didier Júnior e Oliveira (2019, p. 152-154), que o classificam como uma visão intermediária, na medida em que restringe a consideração das consequências no processo decisório aos casos problemáticos, que comportam distintas respostas legalmente admissíveis.

Assim, as três concepções teóricas mencionadas acima e que, aparentemente, se aproximam do modelo que se pretendeu instituir com a reforma da LINDB, serão objeto de análise específica nos tópicos subsequentes, com o objetivo de verificar qual delas oferece o melhor referencial teórico para interpretação da nova sistemática decisória.

2.1 O PRAGMATISMO COTIDIANO DE RICHARD POSNER

Segundo Bruno Meyerhof Salama (2012, p. 435-436), a extensa obra do juiz federal norte-americano Richard Posner⁴⁷ resultou em pelo menos três contribuições relevantes para a teoria do direito. Além da reconstrução do pragmatismo jurídico, a partir de uma perspectiva que Salama denomina de “praticalismo posneriano” (2012, p. 435) e que constitui o ponto que interessa especificamente ao presente estudo, a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas e a defesa da eficiência (ou maximização da riqueza⁴⁸) como critério último para interpretação do Direito (tese do eficientismo) constituem, segundo Salama (2012, p. 435-436), as outras duas principais contribuições originais do pensamento posneriano.

⁴⁷ Richard Posner é juiz federal do tribunal de apelação para a 7ª Região (*U.S. Court of Appeal for the Seventh Circuit*) e professor da Universidade de Chicago. Descrito por Arguelhes e Salama como “um dos teóricos mais importantes do movimento [do pragmatismo jurídico]” e “acadêmico mais citado de todos os tempos (pelo menos nos EUA [...])” (2009, p. 177), seu currículo acadêmico registra a autoria de 38 livros e a publicação de mais de 300 artigos acadêmicos, sobre os mais variados temas, além de mais de 2.200 *opinions* publicadas no exercício de sua atividade jurisdicional (POSNER, 2024).

⁴⁸ Os termos “eficiência” e “maximização da riqueza” são tratados como sinônimos por Posner (2007a). É oportuno esclarecer, também, que o termo “riqueza”, tal como empregado por Posner em “maximização da riqueza”, não trata apenas do aspecto monetário, mas sim da riqueza social, compreendendo a somatória dos preços ofertados e dos preços solicitados pelos bens e serviços tangíveis e intangíveis em circulação em determinada sociedade. O exemplo trazido pelo autor torna mais claro o conceito: “A ‘riqueza’ em ‘maximização da riqueza’ refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem). Se A estiver disposto a pagar até \$100 pela coleção de selos de B, ela vale \$100 para A. Se B estiver disposto a vender a coleção de selos a qualquer preço acima de \$90, ela vale \$90 para B. Portanto, se B vender a coleção de selos para A (digamos por \$100, mas qualitativamente a análise não é afetada por nenhum preço entre \$90 e \$100 – e é somente dentro desses limites de variação que a transação vai ocorrer), a riqueza da sociedade aumentará em \$10. Antes da transação, A tinha \$100 em espécie, e B tinha uma coleção de selos valendo \$90 (um total de \$190); depois da transação, A tem uma coleção de selos que vale \$100 e B tem \$100 em espécie (um total de \$200). A transação não vai aumentar a riqueza calculada – o produto interno bruto, a renda nacional ou coisas do gênero – em \$ 10; não vai aumentá-la em nada a menos que a transação seja contabilizada e, se assim o for, é provável que aumente a riqueza calculada ao preço de compra total de \$100. Contudo, o verdadeiro acréscimo à riqueza social consiste no incremento de \$10 em satisfação não-pecuniária que A extrai da compra, comparado ao de B. Isso mostra que ‘riqueza’ no sentido empregado pelos economistas não é uma simples medida monetária (...)” (POSNER, 2007a, p. 477-478). A partir de tal compreensão de riqueza, o seu aumento ou maximização serviria como parâmetro do aumento do bem-estar geral de determinada comunidade, a ser perseguido, segundo a tese do eficientismo, pelos entes estatais na criação e aplicação do direito.

Em que pese o posterior abandono da tese do efficientismo⁴⁹, que é apontada por Salama (2012, p. 436) como “o ‘fracasso’ de Posner”, sua concepção do pragmatismo jurídico e da análise “microeficientista” do Direito continuam sendo referências teóricas incontornáveis, que, ainda que possam ser alvo de discordância, não podem ser legitimamente ignoradas pelo teórico do Direito (SALAMA, 2012, p. 435-436).

É importante ressaltar também, ainda como apontamento introdutório à análise da concepção de pragmatismo jurídico de Posner, que o pensamento do autor não é universalista, tendo sido elaborado a partir de análise centrada nas instituições da *Common Law* norte-americana. O caráter contextual do pensamento posneriano é, segundo Salama, frequentemente ignorado pelo leitor do mundo do *Civil Law* e constitui uma das “barreiras a serem superadas para que se possa refletir de modo proveitoso a respeito da contribuição intelectual de Posner” (2012, p. 437).

Assim, o potencial emprego das proposições teóricas do jurista norte-americano ao estudo dos institutos jurídicos nacionais deve sempre levar em conta a necessidade de sua adaptação e conformação ao contexto cultural e jurídico brasileiro. Nesse sentido, é a ressalva lançada pelo próprio Posner, em introdução à obra “Direito, pragmatismo e democracia” (2010), na qual apresenta sua concepção de pragmatismo jurídico:

Por todo o livro, a despeito da confiança que dedico aos teóricos europeus, o foco está muito mais nas instituições americanas. Este é um livro sobre a democracia americana e o sistema jurídico americano. Deixo para outros a oportunidade de explorar as possíveis aplicações da análise para outros países. Os sistemas políticos e judiciais, insistem os pragmáticos, são relativos a culturas nacionais. (POSNER, 2010, p. 17-18).

Com tais ressalvas introdutórias em vista, passa-se à análise, propriamente dita, da concepção de pragmatismo jurídico proposta por Posner.

⁴⁹ Cf. nota de rodapé n. 44 supra.

2.1.1 O “tom pragmático” como raiz comum do pragmatismo filosófico e cotidiano e suas relações com a prática jurídica

O pragmatismo, segundo Posner (2010, p. 20), constitui mais uma tradição, atitude e ponto de vista do que um corpo de doutrina e está relacionado a duas práticas distintas e independentes: o pragmatismo filosófico e aquilo que o autor chama de pragmatismo cotidiano (POSNER, 2010, p. 20).

Posner (2010, p. 20) relaciona a origem dessas duas práticas pragmatistas a uma antiga raiz comum: o chamado tom ou modo pragmático (“*pragmatic mood*”), cuja presença pode ser percebida, segundo o autor, de forma relativamente constante, a partir dos momentos iniciais de formação da sociedade ocidental e tem seu primeiro registro histórico situado na Odisseia de Homero (2011)⁵⁰.

Como aponta Posner (2010, p. 20), o protagonista da Odisseia, apresenta traços característicos, marcados por esse tom pragmático, que o afastam do arquétipo do herói ortodoxo convencional. Embora forte e habilidoso na luta, Ulisses⁵¹ emprega a inteligência prática para contornar os obstáculos que se apresentam ao longo de sua trajetória de retorno à ilha de Ítaca, por vezes se valendo da astúcia, trapaça e fraude em um nível incompatível com a noção

⁵⁰ Giovani Reale e Dario Antiseri (1990, p. 15) ressaltam a importância dos poemas homéricos na formação do espírito grego e do helenismo inicial, notadamente diante da inexistência de textos sacros na Grécia antiga, atribuindo-lhes influência análoga àquela que a Bíblia exerceu entre os hebreus. Os autores apontam que a Ilíada e a Odisseia apresentam peculiaridades que os diferenciam de outros poemas fundadores e que já trazem algumas das características que se mostrariam essenciais para a posterior criação da filosofia, tais como a introdução, ainda que sob a forma mítica, do tema clássico da filosofia grega que indaga, sob a forma racional, qual é a posição do homem no universo.

⁵¹ Ao fazer referência ao personagem, Posner emprega a denominação utilizada no original grego, Odisseu, ao invés da versão latina do nome, Ulisses, usualmente utilizada nas traduções brasileiras e, por esse motivo, empregada no presente trabalho (HOMERO, 2011).

ortodoxa de heroísmo⁵². A habilidade de se adaptar ao ambiente, por meio do emprego de um raciocínio instrumental e pragmático, constitui, segundo Posner (2010, p. 21), a principal característica do personagem. Mesmo a piedade religiosa demonstrada por Ulisses é marcada pelo pragmatismo, na medida em que os preceitos religiosos somente são por ele observados porque constituíam o meio mais eficaz conhecido para prever e controlar o ambiente, e não por qualquer tipo de reverência ou amor aos deuses enquanto portadores do eterno ou do imutável (POSNER, 2010, p. 21).

Posner relata que o tom pragmático começa a ser incorporado ao discurso filosófico pelos filósofos pré-socráticos gregos e, paralelamente, ganha uma forma popular ou demótica na prática da antiga democracia ateniense.

Na esfera filosófica, o autor cita, como exemplos do proto-pragmatismo que surge no período pré-socrático, o pensamento de Protágoras, que proclamava ser o homem a medida de todas as coisas, e de Heráclito, que enfatizava o caráter da experiência como fluxo, em vez de como fixidez (POSNER, 2010, p. 22). A máxima relativista de Protágoras, quer significar, segundo Posner (2010, p. 22), que a realidade é o que os seres humanos fazem do mundo externo e bem descreve a prática democrática daquele período, centrada no homem no mesmo sentido.

⁵² O embate com o ciclope Polifemo, crucial para o desenrolar da trama, bem ilustra essa peculiar característica do personagem. Aprisionado por Polifemo, Ulisses, após embriagar e cegar seu captor, emprega criativo ardil para evitar que os demais ciclopes viessem socorrê-lo. O episódio é assim narrado pelo personagem: “[...] Depois que o vinho deu a volta ao Ciclope, assim lhe falei, socorrendo-me de palavras doces como mel: ‘Ó Ciclope, perguntaste como é meu nome famoso. Vou dizer-te, e tu dá-me o presente de hospitalidade que promettesse. Ninguém é como me chamo. Ninguém chamam-me a minha mãe, o meu pai, e todos os meus companheiros’. Assim falei; e ele respondeu logo, com coração impiedoso: ‘Será então Ninguém o último que comerei entre os teus companheiros: será esse o teu presente de hospitalidade’. Falou e logo em seguida caiu para trás, e ali ficou deitado [...] e dominou-o o sono que tudo conquista. [...] Então fui eu quem enfiou o tronco debaixo das brasas, para que ficasse quente [...] Então fui eu que o tirei do fogo; estavam os companheiros à minha volta e um deus insuflou-nos uma grande coragem. Tomaram o tronco de oliveira [...] e enterram-no no olho do Ciclope [...] O Ciclope dava gritos lancinantes, e toda a rocha da caverna ressoou. [...] Depois lançou o tronco para longe e, perdido de fúria, chamou alto pelos Ciclopes que viviam ali [...]. Eles ouviram os gritos e ali vieram ter de todas as direções; em pé junto à gruta perguntavam-lhe que mal padecia: ‘Que se passa, Polifemo, [...]?’ Será que algum homem mortal te leva os rebanhos, ou te mata pelo dolo e pela violência?’. De dentro da gruta lhes deu resposta o forte Polifemo ‘Ó amigos, Ninguém me mata pelo dolo e pela violência!’ Então eles responderam com palavras aladas: ‘Se na verdade ninguém te está a fazer mal e estás aí sozinho, não há maneira de fugires à doença que vem de Zeus. [...]’ Assim dizendo, foram-se embora. E ri-me no coração, porque os enganara o nome e a irrepreensível artimanha”. (HOMERO, 2011, p. 268-271).

O debate político, travado na democracia direta ateniense, evidenciava a forma popular ou demótica do tom pragmático⁵³, na medida em que era pautado pelo ponto de vista das opiniões e interesses pessoais dos cidadãos que dele tomavam parte, e não por “princípios abstratos do bem público ou de reivindicações críveis de possuir a verdade última” (POSNER, 2010, p. 22).

Segundo o autor, os sofistas estabeleceram uma conexão entre as duas formas de pragmatismo que emergiram nesse período. A prática retórica sofista, empregada nas disputas legais e políticas travadas na *polis* grega, era pragmática em um sentido eminentemente prático, uma vez que tinha por objetivo alcançar a persuasão e o convencimento, sem qualquer compromisso com a busca pela verdade. No entanto, para além de meramente praticar sua arte retórica, os sofistas buscaram justificá-la filosoficamente e, por este motivo, eram também filósofos, “apesar de Platão ter conseguido obscurecer esse fato e fingir que a filosofia tinha começado com Sócrates” (POSNER, 2010, p. 22-23).

A incorporação do tom pragmático à filosofia e política grega é interrompida pela ascensão do platonismo, que ocorre no período de instabilidade política instaurado após a derrota ateniense na Guerra do Peloponeso e inaugura a tradição ortodoxa do pensamento ocidental (POSNER, 2010, p. 23).

Segundo Posner:

Platão virou Homero, os filósofos pré-socráticos e os sofistas de cabeça para baixo, celebrando a estase sobre o fluxo, o permanente sobre o contingente, a paz sobre a guerra, o conhecer sobre o fazer, a lógica sobre a adaptação, a divindade abstrata sobre os deuses naturalísticos, os universais sobre os particulares, a razão abstrata sobre a inteligência prática (e, assim, a filosofia, sobre a retórica), a verdade sobre a opinião, a realidade sobre a aparência, o princípio sobre a conveniência, a unidade sobre a diversidade, a objetividade sobre a subjetividade, a filosofia sobre a poesia e o domínio por filósofos sobre o domínio popular (POSNER, 2010, p. 23).

⁵³ A esse respeito, Giovanni Reale e Dario Antiseri (1990, p. 21) relatam que: “com a constituição e a consolidação da polis, isto é, da Cidade-Estado, os gregos deixaram de sentir qualquer antítese e qualquer vínculo para a sua liberdade; ao contrário, foram levados a verem-se essencialmente como cidadãos. Para os gregos, o homem coincide com o cidadão. Assim, o Estado tornou-se o horizonte ético do homem grego, assim permanecendo até a era helenística: os cidadãos sentiam os fins do Estado como os seus próprios fins, o bem do Estado como o seu próprio bem, a grandeza do Estado como a sua própria grandeza e a liberdade do Estado como a sua própria liberdade”.

A filosofia platônica é apontada por Posner como verdadeira antítese do pragmatismo⁵⁴ (POSNER, 2010, p. 23). Para além do ceticismo pragmático em relação à existência de entidades metafísicas inacessíveis à investigação empírica, tais como as Formas de Platão, o pragmatismo se diferencia fundamentalmente da filosofia platônica por rejeitar a possibilidade de que verdades profundas, sobre a ética, a política e a ciência, possam ser conhecidas por meio de um método de investigação pautado pelo raciocínio especulativo e afastado do empiricismo (POSNER, 2010, p. 23-24).

Posner (2010, p. 23) relata que o platonismo pautou o pensamento filosófico até a modernidade, tendo deixado de ser a corrente filosófica preponderante somente “no final do século XVIII e início do século XIX, com Hume e Hegel (e, até certo ponto, [...] com Kant) e nos Estados Unidos com Emerson” (POSNER, 2010, p. 23).

O surgimento da sociedade comercial e, posteriormente, da teoria da evolução de Charles Darwin, são apontados, pelo autor, como possíveis causas para a diminuição da influência platônica no pensamento filosófico e do gradual renascimento do pragmatismo, verificados a partir do final do século XVIII (POSNER, 2010, p. 24-25).

Segundo o autor, a atitude que norteia as práticas comerciais que se estabelecem no período moderno, voltada a possibilitar a realização de transações eficientes e avessa a discussões metafísicas⁵⁵, ao ser absorvida e incorporada ao discurso filosófico, contribuiu para o gradual abandono do platonismo e está diretamente relacionada ao estabelecimento da vertente filosófica do pragmatismo, que, segundo Posner, surge inicialmente “como um pragmatismo cotidiano academizado” (2010, p. 24).

⁵⁴ Nas palavras de Posner: “A definição mais simples de pragmatismo é que é a rejeição da raiz e dos ramos do platonismo”. (2010, p. 23).

⁵⁵ “Não só as teorias filosóficas, teológicas e até científicas possuem pouca relevância direta para a vida comercial; elas a impedem, drenando recursos, tirando a atenção do mercado e incitando conflito e a animosidade. A última coisa que um comerciante quer é uma discussão com um cliente sobre assuntos fundamentais, o tipo de debate que aborrece por contestar seu modo de vida [...]. Os mercados são um meio de capacitar estranhos potencialmente avessos a transacionar de forma pacífica uns com os outros, e uma relação superficial, na qual todas as questões profundas são equiparadas, é a base mais produtiva sobre a qual lidar com estranhos. Os mercados mais eficientes são aqueles em que as partes no negócio nem conhecem as identidades uma da outra, como nas transações em bolsa de valores” (POSNER, 2010, p. 24).

As implicações da teoria da seleção natural de Charles Darwin - no sentido de que a evolução é um processo experimental, e não apriorístico, e de que a inteligência humana evoluiu por meio de um processo de seleção natural, norteados pela adaptação ao ambiente desafiador do homem primitivo e para a qual *insights* metafísicos teriam reduzida utilidade - representaram, segundo Posner (2010, p. 24), outro importante revés à tradição filosófica ortodoxa.

Para o autor, as premissas estabelecidas por Darwin permitem concluir que, somente quando o ser humano alcançou um estágio evolutivo que lhe permitiu deixar de consumir todas as suas energias na busca adaptativa pela sobrevivência cotidiana, é que sua inteligência pôde ser direcionada para buscas metafísicas. Consequentemente, a perspectiva de sucesso em empreendimentos especulativos dessa natureza, para os quais a mente humana não foi talhada pelo processo evolutivo, seria amplamente desfavorável (POSNER, 2010, p. 24).

A premissa darwiniana, de que os seres humanos são meros animais inteligentes e, portanto, desprovidos de uma angélica capacidade especulativa, por meio da qual seria possível alcançar verdades absolutas por meio do raciocínio apriorístico, torna-se, assim, a primeira proposição do emergente pragmatismo filosófico:

A primeira tese, e talvez mais fundamental, do pragmatismo filosófico, pelo menos do tipo de pragmatismo filosófico que acho mais simpático (uma qualificação importante, dada a diversidade de pragmatismos), é que Darwin e seus sucessores na biologia evolucionária estavam certos ao dizerem que os seres humanos são meros animais inteligentes. A mente não é algo que uma deidade benevolente adicionou ao barro. O corpo não é um prolongamento pesado da mente, como pensava Platão. (Inverter Platão é um método geralmente confiável de gerar as principais proposições de pragmatismo.) O corpo e a mente se desenvolveram simultaneamente. Adaptada ao ambiente humano ancestral, a inteligência humana é melhor para lidar com problemas práticos, a única coisa que preocupava nossos ancestrais há 50.000 anos, do que para lidar com entidades metafísicas e outras abstrações. Isto é, nossa inteligência é essencialmente instrumental e não contemplativa. O raciocínio teórico dá continuidade ao raciocínio prático, não sendo uma faculdade humana separada. Como somos apenas animais inteligentes, com capacidades intelectuais orientadas para manipular nosso ambiente físico e social local, não podemos ser otimistas sobre nossa habilidade para descobrir entidades metafísicas, se é que elas existem (o que não podemos saber), seja por meio da filosofia ou de qualquer outro modo de investigação". (POSNER, 2010, p. 03-04)

Posner (2010, p. 26-27) aponta, ainda, que o singular ambiente cultural e político, que vigorava nos Estados Unidos do século XIX, propiciou terreno fértil ao florescimento do pragmatismo, que, não por acaso, emerge naquele período, a partir

do pensamento de Ralph Waldo Emerson, “como primeira e talvez a única, contribuição original [norte-americana] ao pensamento filosófico” (POSNER, 2010, p. 26).

A ampla diversidade religiosa, étnica e moral, somada à adoção do regime democrático e à profunda incorporação dos valores comerciais à mentalidade social, constituíram o caldo cultural ideal para o ressurgimento e consolidação daquilo que Posner (2010, p. 26-27) chama de “tom pragmático” como atitude social predominante nos Estados Unidos do século XIX.

O tom pragmático, de que fala Posner, fica nítido na descrição das instituições e dos costumes da sociedade norte-americana, apresentada pelo pensador social francês Alexis de Tocqueville (2019), após visita realizada em 1831⁵⁶. Ao descrever aquilo que chama de “método filosófico dos americanos”, Tocqueville relata que:

Penso não haver, no mundo civilizado, país em que as pessoas se ocupem menos de filosofia do que nos Estados Unidos.

Os americanos não têm escola filosófica que lhes seja própria e se preocupam muito pouco com todas as que dividem a Europa; mal sabem seus nomes.

É fácil ver, no entanto, que quase todos os habitantes dos Estados Unidos dirigem seu espírito da mesma maneira e o conduzem segundo as mesmas regras; ou seja, eles possuem, sem que jamais tenham se dado ao trabalho de definir suas regras, um determinado método filosófico comum a todos.

Escapar ao espírito de sistema, ao jugo dos hábitos, às máximas familiares, às opiniões de classe e, até certo ponto, aos preconceitos nacionais; considerar a tradição apenas uma informação, e os fatos presentes, um útil estudo para fazer diferente e melhor; procurar por si mesmo e em si a razão das coisas; tender ao resultado sem se deixar prender ao meio; visar o fundo através da forma; estes são os principais traços que caracterizam o que chamarei de método filosófico dos americanos.

Se eu for ainda mais longe e, entre esses diversos traços, procurar o principal e o que pode resumir quase todos os outros, descobrirei que, na maioria das operações do espírito, cada americano só apela ao esforço individual de sua razão. [...]

Cada um se encerra em si mesmo, portanto, e pretende julgar o mundo daí. O uso que os americanos têm de só tirar de si mesmos a regra para seus julgamentos conduz seu espírito a outros hábitos.

Como veem que conseguem resolver sem ajuda todas as pequenas dificuldades que a vida prática apresenta, eles facilmente concluem que tudo no mundo é explicável e que nada ultrapassa os limites da inteligência.

⁵⁶ Como relata Rossati (2009, p. 126), a viagem de Alexis de Tocqueville aos Estados Unidos tinha por objetivo a realização de estudo, patrocinado pelo governo francês, inicialmente acerca do sistema penitenciário norte-americano. Tocqueville desembarca em Nova York em 11 de maio de 1831 e retorna à França em 20 de fevereiro de 1832, tendo visitado, nesse período, diversas cidades norte-americanas e o Canadá.

Assim, de bom grado negam o que não podem compreender; isso lhes dá pouca fé no extraordinário e uma repulsa quase invencível pelo sobrenatural.

Como é a seu próprio testemunho que costumam recorrer, gostam de ver com muita clareza o objeto do qual se ocupam; livram-no, portanto, o máximo que podem, de seu envoltório, afastam tudo o que os separa dele e retiram tudo o que o oculta de seus olhares, a fim de vê-lo mais de perto e em plena luz. Essa disposição de seu espírito logo os leva a desprezar as formas, que consideram véus inúteis e incômodos entre eles e a verdade.

Os americanos não sentiram necessidade, portanto, de obter seu método filosófico dos livros, encontraram-no em si mesmos. (TOCQUEVILLE, 2019, p. 681-683)

Rossati (2009, p. 127) relata que, no mesmo período em que Tocqueville escrevia seu relato, Emerson vinha desenvolvendo sua linha de pensamento filosófico, consistente com as principais características da atitude social que Tocqueville chamou de “método filosófico americano inconsciente”. Na esteira de Emerson, outros pensadores norte-americanos refletiram e filosofaram sobre essa atitude social marcadamente pragmática, dando origem ao pragmatismo americano clássico⁵⁷:

As características que deram origem ao pragmatismo cotidiano nos Estados Unidos por fim levaram pessoas reflexivas a filosofar sobre ele. Então vieram Emerson e, mais tarde, Peirce, Oliver Wendell Holmes Jr., William James, John Dewey, George Herber Mead e outros. (POSNER, 2010, p. 09).

Como explica Posner, o individualismo e a diversidade étnica norte-americana, associados à liberdade e mobilidade da população, tornaram sua cultura permeável a influências externas e avessa ao estabelecimento de dogmas ou consensos em torno das grandes questões. Dada a diversidade de verdades e valores concorrentes, o estabelecimento de uma atitude social pragmática, pautada em uma postura de tentativa e erro, aliada a certo ceticismo e relativismo, constituiu

⁵⁷ Mendonça (2018, p. 26) aponta que a reunião dos precursores do pragmatismo norte-americano clássico ocorre no jocosamente denominado “Clube Metafísico” de Boston: “No início dos anos setenta do século XIX, na Universidade de Cambridge, um grupo de estudantes reuniu-se no que um deles chamou de ‘Clube Metafísico’- uma piada, porque naquela época e lugar, o agnosticismo se ocupava de fazer terra arrasada da Metafísica. Entre seus integrantes, Charles Peirce, filho de um famoso matemático de Harvard; William James, o futuro psicólogo que viria a expandir e tornar palatável a Filosofia que se gestava naquele ambiente; e Oliver Wendell Holmes, futuro juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos e um dos mais notáveis pragmatistas jurídicos avant la lettre” (MENDONÇA, 2018, p. 26).

Posteriormente, John Dewey, da Universidade de Chicago, influenciado pela obra de William James, passa a desenvolver pensamento semelhante àquele propugnado pelos integrantes do chamado “Clube Metafísico”, tornando-se, ao lado de Peirce e James, um dos principais autores do nascente pragmatismo filosófico clássico, que, a partir de então, passa a desfrutar de “de seus anos gloriosos, tornando-se a principal tendência da filosofia norte-americana [...] conquistando adeptos em todo o mundo” (POGREBINSCHI, 2005, p. 13).

um desdobramento natural desse contexto cultural, mutável e heterogêneo (POSNER, 2010, p. 26).

Ao lado dos fatores culturais acima mencionados, Posner (2010, p. 26) aponta que, a exemplo do que ocorrera no período clássico grego, a adoção do regime democrático conferiu uma inclinação pragmática à política norte-americana, na medida em que o cidadão médio normalmente toma decisões baseado em suas opiniões e interesses pessoais, tendo pouco interesse por questões de princípios.

A partir da conjugação dos elementos étnicos, culturais e políticos antes enunciados, Posner relata que:

O tom pragmático claramente observado (apesar de não nomeado) por Tocqueville nos anos 1830, estimulou uma filosofia autoconscientemente pragmática e essa filosofia se espalhou para o direito na jurisprudência influente de Holmes, John Chipman Gray, Benjamim Cardoso, e dos realistas legais dos anos 1920 e 1930, assim como para outros campos. (2010, p. 26).

No século XX, diversas correntes filosóficas passaram a incorporar, em alguma medida, proposições associadas ao pragmatismo. Segundo Posner (2010, p. 27), a mais importante delas foi o positivismo lógico, que, ao buscar estabelecer as condições do conhecimento, definiu a verificabilidade como critério do conhecimento real e o método experimental como único meio adequado para sua obtenção.

Ao estabelecer a premissa epistemológica da verificabilidade, o positivismo lógico, ao mesmo tempo em que representou um contundente revés à tradição filosófica ortodoxa, por excluir as proposições metafísicas, incompatíveis com a testagem empírica, do campo do conhecimento, preparou o terreno para uma profunda renovação do pragmatismo filosófico (POSNER, 2010, p. 27).

A filosofia pragmatista, que emerge nesse período e sucede o pragmatismo norte-americano clássico, é classificada por Posner (2010, p. 27), a partir da posição adotada no debate filosófico em torno das condições do conhecimento, em duas diferentes vertentes: o pragmatismo ortodoxo⁵⁸ e o pragmatismo não-conformista⁵⁹

⁵⁸ Posner (2010, p. 29-30) cita, como representantes da vertente ortodoxa, dentre outros: Popper e Goodman, que questionaram o critério da verificabilidade, sustentando que hipóteses podem ser falsificadas, mas nunca confirmadas (apud POSNER, 2010, p. 29); Thomas Kuhn, que propôs que teorias científicas são adotadas quando bem adaptadas aos interesses e necessidades existentes, e não porque sejam verdadeiras (apud POSNER, 2010, p. 29); e Quine, que demonstrou que o conjunto de proposições que compõem uma teoria é submetido ao teste da experiência em conjunto, e não individualmente, de forma que teorias refutadas empiricamente em algum de seus aspectos sempre podem continuar sendo consideradas verdadeiras, mediante ajuste em outros pontos de seu sistema teórico (apud POSNER, 2010, p. 30).

ou, no original em língua inglesa, “*orthodox versus recusant pragmatism*”⁶⁰. (POSNER, 2005, p. 35).

A primeira vertente, embora adote postura crítica em relação às questões filosóficas tradicionais, não constitui verdadeira ruptura com essa tradição e emprega os métodos retóricos e dialéticos clássicos para tentar demonstrar o acerto de suas próprias respostas a essas mesmas indagações. A ortodoxia, atribuída por Posner (2010, p. 28-29) a essa corrente, decorre da aceitação da pauta filosófica tradicional, mediante a participação no debate em torno das questões clássicas, ainda que em defesa de conclusões distintas daquelas obtidas pela filosofia tradicional.

Em contraposição à postura ortodoxa, o pragmatismo não-conformista ou recusante defende o abandono das questões epistemológicas e éticas, que constituíram o objeto de estudo da tradição filosófica clássica, por não vislumbrar utilidade prática na formulação de respostas a tais questionamentos. A partir dessa perspectiva, os integrantes dessa vertente apontam que as discussões filosóficas, em torno das questões clássicas, seriam “meras distrações da atividade de nos ajudar a entender e melhorar o mundo, seja ele físico ou social” (POSNER, 2010, p. 30). O academicismo filosófico, fechado em si mesmo e alheio aos problemas reais, é o principal alvo dessa vertente do pragmatismo, considerada, por alguns, como antifilosófica ou pós-filosófica (POSNER, 2010, p. 32)

Em substituição às investigações conceituais abstratas, o pragmatismo recusante, em especial na versão de Richard Rorty, propõe que os filósofos se tornem intelectuais para todos os fins, ocupando-se de questões sociais e culturais contemporâneas, por meio de um vocabulário acessível e não técnico. (POSNER, 2010, p. 31-32).

⁵⁹ Como representantes da corrente não conformista, Posner (2010, p. 30) cita Richard Rorty, Dewey, Karl Marx e, em alguns momentos, Wittgenstein.

⁶⁰ A opção realizada pela tradução brasileira, de verter “*recusant pragmatism*” para “pragmatismo não-conformista”, é questionável. Como Posner explica, ao empregar a expressão para classificar uma das vertentes do pragmatismo filosófico, o termo “*recusant*” ou recusante foi “originalmente aplicado aos católicos romanos ingleses que se recusaram a frequentar missas na igreja da Inglaterra apesar de serem obrigados a fazerem-no” (POSNER, 2010, p. 27). O termo não-conformismo, ou “*nonconformism*”, além de mais distante da característica que motivou a denominação dessa corrente pragmatista (recusa em tomar parte no debate filosófico acerca das condições do conhecimento), remete a querela teológica diversa e é associado aos protestantes ingleses que “não se conformavam” com o governo e as práticas da igreja anglicana” (NONCONFORMISM, 2024).

Após apresentar o desenvolvimento do pragmatismo filosófico e suas diferentes vertentes, Posner (2010, p. 32) passa a analisar de que forma as proposições dessa escola de pensamento se relacionam com o Direito. Para além da relação meramente teórica e acadêmica, o autor se propõe a investigar se o pragmatismo filosófico pode ser aplicado e contribuir, de alguma forma, para a prática do Direito em um nível operacional, ou seja, na atividade que é cotidianamente desenvolvida por juízes e advogados na prática forense.

Segundo o autor, embora as discussões epistemológicas travadas pelo pragmatismo ortodoxo possam eventualmente ser levantadas em processos judiciais⁶¹, a vertente ortodoxa, ordinariamente, pouco pode contribuir para a prática jurídica operacional.

Em que pese a possibilidade de seu emprego pontual para solução de questões epistemológicas levantadas em discussões judiciais, o pragmatismo ortodoxo, por ter se tornado parte da filosofia técnica e ser veiculado por meio de um discurso acadêmico e complexo, constitui, segundo Posner (2010, p. 32), tema que alcança poucos operadores práticos do direito. Mesmo para aqueles juízes e advogados que possuem interesse pelas discussões filosóficas, o pragmatismo ortodoxo serviria, no máximo, para derruir eventual crença na possibilidade de aplicação lógica e autônoma do Direito, como forma de garantir a certeza e a segurança das decisões judiciais, sem, contudo, fornecer uma concepção alternativa do papel dos juízes em substituição ao papel lógico desacreditado (POSNER, 2010, p. 32).

Como explicam Arguelhes e Leal (2009, p. 178), de acordo com a concepção de Posner, a potencial contribuição do pragmatismo filosófico ao Direito seria de caráter eminentemente crítico-negativo, e não construtivo, servindo apenas para “‘limpar as mesas’ dos juízes de mitos, como o da ‘neutralidade científica’ das elaborações doutrinárias e da decisão judicial mecânica” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 178).

⁶¹ Posner (2010, p. 32) cita o possível emprego do pragmatismo filosófico para esclarecer questões de causação em casos de atos ilícitos e intencionalidade em casos de coerção de confissão. No mesmo sentido, Haack (2005b) demonstra, e critica, a forma como a filosofia de Popper e Hempel foi empregada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento dos casos que compõem a chamada “trilogia Daubert”, na tentativa de distinguir o conhecimento verdadeiramente científico da chamada *junk science* e estabelecer critérios de admissibilidade da prova científica.

O pragmatismo não-ortodoxo ou recusante estaria ainda mais distante da prática jurídica operacional, por tratar, principalmente, da recusa em levar a filosofia canônica a sério, o que, segundo Posner, “os juízes recusam a fazer de qualquer jeito, nem que seja por ignorância” (2010, p. 33). A desconexão entre o direito e a filosofia pragmatista, apontada por Posner, decorre, em grande medida, dessa característica do pragmatismo filosófico, de ser mais crítico de teorias do que da prática, o que o leva a ter “pouco a dizer sobre práticas específicas, como as que estão envolvidas na administração do direito” (LEAL, 2021, p. 13).

Ainda que alguns dos pragmatistas filosóficos, como Dewey e Rorty, tenham apontado que suas versões do pragmatismo poderiam ser aplicadas à atividade adjudicatória, Posner (2010, p. 33) aponta que não há nada no pragmatismo filosófico que o vincule a uma determinada filosofia da adjudicação.

A título de exemplo, o autor cita as posições diametralmente opostas a respeito, adotadas por Dewey e Hayek, ambas construídas a partir de bases, ao menos em parte, afins ao pragmatismo. Para Dewey (1924), a aplicação do Direito deveria ser norteadas por uma lógica de consequências, na qual regras e princípios seriam tratados como hipóteses de trabalho e testados a partir do modo como funcionam em situações concretas. Hayek⁶² (1978 *apud* POSNER, 2010, p. 33), por outro lado, sustentava que a atividade adjudicatória produziria melhores resultados se limitada à aplicação das regras existentes, e afastada de qualquer consideração consequencialista.

Posner destaca que a adjudicação consequencialista, tal como defendida por Dewey, não é uma implicação necessária do pragmatismo e que “não há incompatibilidade intrínseca entre qualquer versão do pragmatismo e a crença de que um juiz não deve considerar as consequências do que está fazendo” (POSNER, 2010, p. 33). Em outras palavras, é possível defender, sem incorrer em contradição com qualquer das premissas do pragmatismo filosófico, que determinado desenho institucional gera melhores consequências quando afasta da atividade adjudicatória a análise das consequências da aplicação do direito (POSNER, 2010, p. 38). Consequentemente, como aponta o autor, o pragmatismo filosófico não fornece

⁶² HAYEK, Friederich August. **Law, Legislation, and Liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy**. Chicago: The University of Chicago Press, 1973.

elementos que possibilitem a escolha entre a abordagem de Dewey e Hayek ao direito (POSNER, 2010, p. 33).

A partir de tais considerações, Posner (2010, p. 38) conclui que o pragmatismo filosófico, em qualquer de suas diferentes versões, tem pouco a oferecer ao Direito em um nível operacional e sustenta que “os apelos ao pragmatismo para guiar a adjudicação e outros atos governamentais devem ter suas amarras cortadas da filosofia” (POSNER, 2010, p. 04).

Em contraste com a reduzida aplicabilidade das proposições do pragmatismo filosófico à prática operacional do Direito, Posner (2010, p. 38) sustenta que o tom pragmático, que remonta ao Ulisses de Homero e que foi descrito por Tocqueville como traço marcante da sociedade norte-americana do século XIX, deu origem a uma forma diferente de pragmatismo, que o autor chama de “pragmatismo cotidiano”, e que teria muito a contribuir para a prática jurídica, em especial para a atividade adjudicatória.

Posner (2010, p. 40) aponta que, ainda que o pragmatismo filosófico possa ajudar a criar um clima receptivo para o cotidiano, o sentido cotidiano do termo, embora compatível e relacionado com o sentido filosófico, é independente dele. Segundo o autor, o pragmatismo cotidiano estaria situado em um nível anterior a qualquer construção filosófica ou conceituação teórica e seria caracterizada pela disposição (*mood*) mental associada ao uso popular do termo pragmatismo, ou seja, por uma atitude de viés eminentemente prático, avessa a abstrações, voltada a resolução de problemas e predisposta a julgar com base no critério do que funciona.

Para Posner, o pragmatismo caracterizado por essa atitude ou disposição mental, que provavelmente “precede o conhecimento da filosófica pragmática em vez de ser moldado por ela” (POSNER, 2010, p. 37), para além de poder ser incorporado e contribuir para a prática jurídica em um nível operacional, constitui a “melhor descrição do *ethos* judicial americano e também o melhor guia para o desempenho judicial – e dessa forma, a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial” (POSNER, 2010, p. 01).

2.1.2 O pragmatismo jurídico como expressão do pragmatismo cotidiano na prática jurídica

É a partir da marcada dissociação entre o pragmatismo jurídico e o filosófico, que Posner desenvolve sua concepção do que significa ser um juiz pragmático e de como o pragmatismo pode contribuir para o exercício da atividade adjudicatória (LEAL, 2021, p. 13).

Segundo Leal (2019, p. 13), a atuação jurisdicional pragmática seria, na concepção de Posner, a mera expressão, na prática da atividade adjudicatória, do estado de espírito ou disposição mental que caracteriza o pragmatismo cotidiano. Nessa perspectiva, não se pressupõe que o juiz pragmático seja “um filósofo bem treinado capaz de reproduzir na rotina do direito um saber acadêmico” (LEAL, 2019, p.13). Pelo contrário, embora a atuação jurisdicional pragmática seja compatível com as principais proposições do pragmatismo filosófico, ela é delineada, primordialmente, pela disposição mental pautada pelo tom pragmático, que usualmente norteia o raciocínio prático, não só dos operadores do direito, mas, também, das pessoas comuns (LEAL, 2019, p. 13).

Como destaca Posner (2010, p. 47), o pragmatismo jurídico adota a premissa de que o raciocínio legal, embora veiculado por meio de um vocabulário próprio e desenvolvido no seio de uma cultura profissional que pressupõe determinados saberes específicos, não é qualificado por um procedimento analítico especial que o diferencie de qualquer outra espécie de raciocínio prático⁶³. Consequentemente, dada a equiparação dos meios de análise, inexistente, para a perspectiva pragmática, “diferença intrínseca fundamental entre como um juiz aborda um problema legal e como um empresário aborda um problema de produção ou marketing (POSNER, 2010, p. 57).

⁶³ Em sentido similar, Susan Haack (2005b), ao sustentar que o termo “científico” não deve ser empregado como sinônimo de confiável, aponta a similaridade entre o método de investigação empregado pelos cientistas e as demais formas de investigação empírica, incluindo aquela desenvolvida pelos juristas: “Every kind of empirical inquiry, from the simplest everyday puzzling over the causes of delayed buses or spoiled food to the most complex investigations of detectives, of historians, of legal and literary scholars, and of scientists, involves making an informed guess about the explanation of some event or phenomenon, figuring out the consequences of its being true, and checking how well those consequences stand up to evidence. This is the procedure of all scientists; but it is not the procedure only of scientists. Something like the ‘hypothetico-deductive method’, really is the core of all inquiry, scientific inquiry included. But it is not distinctive of scientific inquiry; and the fact that scientists, like inquirers of every kind, proceed in this way tells us nothing substantive about whether or when their testimony is reliable”. (HAACK, 2005b, p. 68).

Trata-se, portanto, da incorporação à prática adjudicatória do método de investigação e justificação utilizado pelas pessoas comuns, normalmente desenvolvido a partir da lógica do razoável e pautado pela demonstração empírica da superioridade prática da solução proposta, quando comparada às finitas alternativas possíveis em determinado contexto de tempo e local (POSNER, 2010, p. 41).

A partir de tais premissas, a adjudicação pragmática é assim sintetizada por Posner:

A essência do conceito é bastante simples: o juiz pragmático objetiva alcançar a decisão que seja mais razoável, levando em consideração todas as coisas, em que "todas as coisas" incluem tanto consequências específicas ao caso quanto sistêmicas, em seu sentido mais amplo, e talvez, como veremos, ainda mais (2010, p. 10).

A ponderação das consequências sistêmicas da decisão judicial constitui o principal traço distintivo da versão de pragmatismo jurídico desenvolvida por Posner⁶⁴. Ao incluir a prospecção dessa espécie de consequência em seu âmbito de análise, o autor distancia sua concepção de adjudicação pragmática daquilo que chama de "adjudicação *ad hoc*" e que seria caracterizada pelo processo decisório pautado unicamente pela busca das melhores consequências imediatas ao caso concreto (POSNER, 2010, p. 47).

Considerar as consequências sistêmicas significa, segundo Posner, atribuir o devido peso, no processo decisório, ao "valor político e social da continuidade, coerência, generalidade, imparcialidade e previsibilidade na definição e administração de direitos e deveres legais" (POSNER, 2010, p. 48). Como observa Mendonça, essa análise dos efeitos sistêmicos da decisão é composta, sobretudo, por "considerações ligadas à ideia de Estado de Direito: previsibilidade, generalidade, estabilidade [e] segurança jurídica" (MENDONÇA, 2018, p. 49).

⁶⁴ Arguelhes e Leal (2009, p. 193) apontam que tal distinção não é inédita e, antes do desenvolvimento da teoria pragmática de Posner, já era adotada na discussão filosófica acerca do ponto focal que deve ser adotado pela avaliação moral consequencialista: "Posner parece acreditar que a distinção entre 'consequências imediatas' e 'consequências sistêmicas' é uma das suas principais contribuições originais para o debate sobre a decisão judicial. Na verdade, essa distinção pode ser facilmente extraída dos debates, no âmbito da teoria moral, acerca de qual o 'ponto focal' adequado para a avaliação moral consequencialista. Devemos pensar apenas nas consequências de cada ação específica (que corresponderiam às consequências para o caso concreto de que fala Posner), ou nas consequências da generalização da nossa ação no caso concreto para toda a sociedade (as 'consequências sistêmicas')?" (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 193).

A observância pragmática dos valores sistêmicos da coerência e previsibilidade na adjudicação dos direitos deve induzir, segundo Posner (2010, p. 50), uma atitude jurisdicional respeitosa em relação ao direito positivo e aos precedentes jurisprudenciais⁶⁵, por constituírem o material com base no qual a comunidade pauta sua conduta e espera que potenciais controvérsias sejam sanadas pelos juízes. Por este motivo, o julgador pragmático, segundo a concepção do autor, deve abordar o texto legal e os precedentes jurisprudenciais tendo sempre em perspectiva o “valor social da expectativa por eles criados, já que são os principais materiais aos quais a sociedade recorre quando precisa saber o que é o Direito” (MENDONÇA, 2018 p. 49). Consequentemente, a atuação jurisdicional que se afasta, com excessiva frequência, desses referenciais, frustra a legítima expectativa social de observância e provavelmente produzirá consequências sistêmicas adversas.

A esse respeito, Posner ressalta que:

A importância do slogan de que os juízes devem encontrar, e não fazer leis, é um mero lembrete de que uma elaboração agressiva de leis judiciais provavelmente minará valores sistêmicos importantes. É difícil planejar nossas atividades, se os juízes forem passíveis de, a qualquer momento, dar uma guinada em outra direção; e os juízes que ficam muito agarrados a um papel essencialmente político de elaborar novas diretrizes estão prontos a perder sua neutralidade e se tornar partidários. Podemos até perceber uma tensão entre dois dos componentes da norma jurídica: a imparcialidade e a previsibilidade. Juízes parciais podem ser previsíveis demais. Juízes imparciais são previsíveis só se seu arbítrio ficar circunscrito ou por regras precisas e detalhadas baixadas pelo legislativo ou por um compromisso em decidir casos de acordo com casos precedentes, que é como o direito consuetudinário é estabilizado. (POSNER, 2010, p. 48).

Em contraste com os potenciais efeitos desestabilizadores da criatividade judicial imoderada, o emprego de solução decorrente da aplicação formal do texto legal ou anteriormente construída pela jurisprudência simplifica o processo decisório e, consequentemente, propicia economia de tempo e recursos de juízes e advogados, ao mesmo tempo em que torna as obrigações legais mais certas e definitivas (POSNER, 2011, p. 193 e 2010, p. 53-54). Assim, a partir da perspectiva sistêmica, proposta pelo pragmatismo jurídico de Posner, seria incoerente descartar, sem uma justificativa razoável, a abordagem que possibilita o emprego mais

⁶⁵ Mendonça aponta que esse aspecto do pragmatismo jurídico de Posner “de certa forma, faz com que seja teoria mais palatável a espíritos formalistas como os nossos, inseridos na tradição romano-germânica [...]” (MENDONÇA, 2018, p. 48).

eficiente dos recursos estatais disponíveis para solucionar os conflitos de interesse que são submetidos à apreciação jurisdicional.

Em razão das boas consequências sistêmicas associadas à pronta adesão ao direito posto, suas disposições constituirão, como regra, a principal e mais relevante fonte da decisão jurisdicional pragmática (POSNER, 2010, p. 50). A criação judicial de solução alternativa, diversa daquela prevista nessa fonte primária, somente será justificável quando as consequências específicas da aplicação formalista das fontes legais e jurisprudenciais forem graves a ponto de justificar as consequências sistêmicas negativas advindas de sua inobservância⁶⁶.

Tal dinâmica é assim descrita por Posner:

Na maioria dos casos, faz sentido para o juiz se deter à linguagem do contrato ou da lei em questão, ou da decisão judicial. Na maioria, mas não em todos. A abordagem pragmática permite ao juiz arrombar a área fechada, apesar de com cuidado, mediante um exame minucioso das consequências de fazer isso, de, de certa forma, desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato. [...]. Quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, normalmente é mais sensato seguir o significado manifesto de uma lei ou de um contrato a fim de proteger as expectativas e preservar a linguagem comum como um meio eficaz de comunicação legal. Mas, como tenho tentado a duras penas enfatizar, a raiz da decisão ainda é pragmática (2010, p. 64)

Convém ressaltar, no entanto, que a deferência pragmática ao direito posto não decorre de um dever de consistência para com as decisões políticas e jurisdicionais passadas, sendo adotada “única e exclusivamente como um meio para se atingir finalidades sociais relevantes” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 187). Nessa perspectiva, o texto legal e os precedentes são abordados respeitosamente pelo

⁶⁶ Em que pese a adoção do direito posto como fonte primária da decisão judicial pragmática, Posner ressalta que o pragmatismo jurídico não se confunde com o positivismo de Hart (2009, p. 326), que atribui aos juízes o papel de “legisladores intersticiais” quando se deparam com lacunas na lei. Segundo Posner: “A legislação judicial está obviamente na ponta pragmática do espectro que vai do formalismo ao pragmatismo. Mas Hart só percorre metade da distância em direção ao pragmatismo. Ele limita o arbítrio legislativo pragmático do juiz a preencher lacunas na ‘lei’. O juiz hartiano emprega, tomando de empréstimo a terminologia de John Dewey, uma lógica relativa a antecedentes até que ele encontra uma lacuna, quando então muda para uma lógica relativa a consequências. O pragmatista ferrenho elimina a fronteira de Hart entre as áreas fechada e aberta, ‘a lei’ e ‘legislar’. Ao fazê-lo, rastreia a psicologia real dos juízes, para quem o dever de decidir é primário e apaga qualquer divisão abrupta entre aplicar e criar leis. Um juiz não diz para si mesmo: ‘Não me resta mais nenhuma lei para aplicar, então está na hora de assumir o meu papel de legislador e criar umas leis novas.’ [...] Mas a questão não é o vocabulário empregado pelos juízes; é a melhor conceitualização da atividade dos juízes pelo teórico. [...] O ponto importante não é que os juízes não falam como economistas ou filósofos, mas que não pensam ou agem como se estivessem envolvidos em duas atividades diferentes, ‘adjudicação’ e ‘legislação’”. (POSNER, 2010, p. 62-63).

juiz julgador pragmático “não por seu valor *a priori*, mas por sua importância como produtores de expectativas” (MENDONÇA, 2018, p. 49). Em outras palavras, a continuidade com decisões políticas e jurisdicionais passadas é valorizada e tida como uma necessidade qualificada por constituir um valor social relevante, e não por qualquer espécie de dever ético ou reverencial (POSNER, 2010, p. 55-56).

Ao contrário da concepção formalista, que associa a legitimidade da decisão judicial a sua vinculação a uma norma anteriormente estabelecida⁶⁷, a análise pragmática tem seu olhar voltado primordialmente para o futuro e, embora atribua valor ao referencial histórico, “usa a história como um recurso, mas não venera o passado nem acredita que este deva exercer um ‘poder singular’ sobre o presente” (POSNER, 2011, p. 196). Assim, embora Posner (2010, p. 45) afirme que o pragmatismo jurídico é “historicista”, isso quer significar apenas que o julgador pragmático deverá buscar conhecer e considerar o contexto histórico de emergência de cada doutrina, sem, contudo, tomar os conceitos e interpretações consagrados como verdades atemporais (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 187). Ou seja, o adjetivo é empregado por Posner no “sentido específico de estar atento à possibilidade de que uma doutrina jurídica atual possa ser um mero vestígio de circunstâncias históricas”⁶⁸ (POSNER, 2004, p. 152).

O exposto até aqui evidencia que não há incompatibilidade entre o pragmatismo jurídico proposto por Posner e a eventual adoção de postura adjudicatória que prestigia a solução decorrente da aplicação direta do direito posto, em detrimento da análise das consequências diretas da decisão judicial em determinado caso concreto. Como enfatiza o autor: “os meios para se atingir um fim

⁶⁷ É interessante notar que, como observa Posner (2011, p. 196-197), embora pareça existir grande distância entre a postura decisória formalista, que busca evidenciar que a decisão decorre de fontes históricas autorizadas (o que o autor chama de “pedigree”), e a pragmática, que busca promover os objetivos da sociedade, essa distância, por vezes, pode ser meramente aparente. Como aponta Posner (2011, p. 197), a referência à história ou a fontes decisórias passadas pode ser empregada como um útil disfarce para decisões tomadas com base em outras justificativas e, por vezes, por trás desse disfarce, razões pragmáticas podem ter sido determinantes para a adoção daquela determinada linha decisória.

⁶⁸ Tradução livre do original em língua inglesa: “Pragmatic judges thus are historicist in the specific sense of being alert to the possibility that a current legal doctrine may be a mere vestige of historical circumstances” (POSNER, 2004, p. 152).

não precisam ter a mesma estrutura que o fim”⁶⁹ (2010, p. 38), de forma que, quando o juiz pragmático se atém ao sentido manifesto da lei, por considerar que tal abordagem resultará em melhores consequências de um ponto de vista global⁷⁰, a raiz da decisão ainda será pragmática (POSNER, 2010, p. 64).

Nesse contexto, é possível que o formalismo legal seja adotado como uma estratégia adjudicatória pragmática (POSNER, 2010, p. 50), especialmente em um sistema legal baseado no *Civil Law*, no qual o espaço para criação judicial do direito tem seus limites estabelecidos de forma mais clara e rígida pelo direito codificado⁷¹.

A aparente contradição, decorrente da adoção concomitante de abordagens teóricas aparentemente conflitantes, é resolvida pela diferença de nível do discurso

⁶⁹ A adoção pragmática do formalismo jurídico, por adotar a premissa de que inexistente necessária identidade de estrutura entre o fim almejado e os meios empregados para alcançá-lo, assemelha-se ao utilitarismo de regras. Como explica Posner: “Uma regra contra punir uma pessoa sabida inocente, aconteça o que acontecer, não agrega nem compara dores e prazeres, mas pode ser o melhor meio de promover essa agregação e comparação por causa do perigo de investir qualquer representante oficial de poderes para decidir quando punir o inocente. De forma semelhante, podemos pensar que a responsabilidade de considerar e, se necessário, alterar (por meio de uma mudança de lei) as consequências da ação judicial são mais bem acomodadas em outro lugar que no judiciário, que os juízes deveriam se ater a aplicar a lei conforme anteriormente estabelecida, aconteça o que acontecer. (POSNER, 2010, p. 38).

⁷⁰ Nesse sentido, Sunstein (1999) defende que a comparação entre as diferentes estratégias interpretativas deve ser norteadas por uma perspectiva empírica e pela análise consequencial dos custos de decisão e de erro potencialmente gerados pela adoção de cada uma delas. A partir dessa perspectiva, o autor sustenta que eventual defesa do formalismo deve ser lastreada em argumentos pragmáticos, e não em reivindicações quase-teológicas sobre a natureza da lei, legitimidade e democracia. Em conclusão, Sunstein compara os potenciais efeitos empíricos da adoção de uma postura decisória formalista ou não-formalista: “I have argued in this Article that any defense of formalism must have a large empirical dimension. Formalism, as an approach to statutory interpretation, is best defended on the view that — under a formalist regime, legislatures will be responsive to the incentive, created by formalism, to do pretty well before the fact, and to correct mistakes after the fact; — legislatures will respond to a nonformalist regime by legislating sloppily and by delegating power to the judiciary; — a nonformalist judiciary will create blunders and injustices; and — a nonformalist judiciary will create considerable uncertainty, with high costs within the legal system (as cases increase in complexity) and in ordinary practice (as people do not know how to conduct their affairs). These are claims to the extent that formalist interpretation will decrease error costs and decision costs”. (SUNSTEIN, 1999, p. 36).

⁷¹ No ponto, a tradução brasileira, ao verter “Indeed, as I noted in the last chapter, legal formalism could be a sound pragmatic strategy by analogy to rule utilitarianism. Could be, but is unlikely to be in a complex, case-based rather than code-based legal system, above all in the most powerful court in our heavily case-based system, the United States Supreme Court” (POSNER, 2005, p. 64) para “De fato, como observei no último capítulo, o formalismo legal pode ser uma estratégia pragmática sólida por analogia com o utilitarismo das normas. Isso poderia acontecer, mas é improvável num sistema complexo, baseado em códigos, em vez de num sistema baseado em casos, principalmente no tribunal mais poderoso de nosso sistema fortemente baseado em casos, a Suprema Corte dos Estados Unidos (POSNER, 2010, p. 50) aparentemente inverteu o sentido do texto original. O original em inglês parece indicar que a adoção do formalismo, como estratégia pragmática, parece improvável no contexto judicial norte-americano, por ser baseado em casos mais do que em códigos, especialmente no âmbito da Suprema Corte, sem autorizar, contudo, a afirmação, contida no texto traduzido, no sentido de que seria improvável o emprego do formalismo como estratégia pragmática em um sistema baseado em códigos.

em que ocorre a adesão a cada uma delas. Como aponta Mendonça (2018, p. 50), quando o juiz pragmático adota uma postura formalista na decisão de casos concretos, o formalismo é adotado como teoria normativa, ou seja, como critério norteador da decisão. O pragmatismo, por outro lado, é o critério utilizado, nessa hipótese, em um nível anterior de análise, na seleção da teoria normativa a ser empregada, funcionando como uma “metateoria jurídica” (MENDONÇA, 2018, p. 50). Em outros termos, a decisão de primeira ordem, que envolve a solução do caso concreto, é precedida de uma meta-decisão ou decisão de segunda ordem⁷², que estabelece os critérios que nortearão o processo decisório⁷³ (ARGUELHES; LEAL, 2019, p. 199).

Convém ressaltar que Posner, embora admita a possibilidade de que o formalismo seja adotado como uma estratégia pragmática, reputa improvável que isso ocorra, de forma consistente, no contexto institucional específico em que situa sua análise. Como aponta o autor:

Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dá peso controlador a consequências sistêmicas, como o formalismo legal faz, isto é, apenas raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. (POSNER, 2010, p. 47)

Contudo, não se pode perder de vista o caráter contextual do pragmatismo jurídico de Posner, declaradamente desenvolvido a partir de análise centrada nas instituições jurídicas da *common law* norte-americana (POSNER, 2010, p. 17-18). Como exposto anteriormente, por conta dessa particularidade, o emprego da

⁷² “[...] the term ‘second-order decisions’ refers to strategies chosen before situations of first-order decision in order to eliminate the need for ordinary choice or to reduce the calculative demands of choice. [...] Thus a second-order decision might well be based on a judgment about how best to (1) reduce the overall costs of decision and (2) regulate the number, magnitude, and quality of mistakes.” (SUNSTEIN; ULLMANN-MARGALIT, 2018, p. 03-04)

⁷³ Como apontam Arguelhes e Leal: “A solução para a equação passa pela constatação de que atores diante de problemas recorrentes e complexos de decisão costumam fazer meta-escolhas anteriores ao momento de tomada de uma decisão específica, reduzindo os seus ônus de escolha ou a possibilidade de erro. Um pai, por exemplo, em vez de decidir caso a caso se o horário em que os seus filhos retornam a noite é ou não razoável, ponderando com quem eles estavam, para onde foram, se havia algo relevante a ser feito na manhã seguinte, os riscos de permanência fora do lar por longo período de tempo, o próprio grau de satisfação dos filhos e tantos outros fatores, pode simplesmente definir um padrão *ex ante* de conduta que facilitará o seu processo decisório ao fixar que os filhos devem sempre retornar até a meia-noite. Essa ‘mecânica’ quase que intuitiva de raciocínio tão comum em diversas situações é justificada pela noção de que a racionalidade de buscar em cada caso concreto, as alternativas de decisão que promovem os melhores estados do mundo dependem, em diversos casos, da definição de estratégias a respeito de como decidir, ou, em outros meios, meta-decisões ou *decisões de segunda ordem*. (ARGUELHES; LEAL, 2019, p. 199).

construção teórica posneriana, para estudo e interpretação da realidade jurídica brasileira, deve ser precedido de um esforço para adaptar suas premissas teóricas ao contexto cultural e jurídico nacional.

Especificamente em relação à adoção de postura adjudicatória formalista como estratégia pragmática, a transposição das premissas teóricas propostas por Posner ao contexto nacional, fortemente influenciado pelo formalismo decorrente da adoção do sistema germânico-romano (MENDONÇA, 2018, p. 48), talvez autorize conclusão diversa daquela obtida pelo autor em relação à frequência com a qual tal estratégia será empregada pelo julgador pragmático.

A leitura do contexto institucional brasileiro, a partir das premissas teóricas do pragmatismo jurídico de Posner, permite inferir que, dada a centralidade e maior rigidez atribuída aos textos legais no sistema germânico-romano, a expectativa social de observância desse referencial é provavelmente mais acentuada, em nossa sociedade, do que aquela existente na *common law* norte-americana, e que é apontada por Posner (2010, p. 50) como um dos fatores sistêmicos que recomendam uma atitude adjudicatória deferente em relação ao texto legal e aos precedentes. Se tal premissa estiver correta, é razoável presumir, também, que as consequências sistêmicas de sua inobservância serão, na mesma proporção, mais acentuadas em nosso sistema jurídico do que no sistema norte-americano.

Consequentemente, a ponderação pragmática entre as consequências diretas e sistêmicas da decisão judicial, quando realizada no contexto brasileiro, provavelmente conduzirá, com maior frequência, a abordagem decisória que dará peso controlador aos fatores sistêmicos envolvidos e, por este motivo, tenderá a ser mais aderente ao texto legal e a atribuir menor relevância à análise das consequências diretas da decisão. Em outras palavras, no contexto do *civil law*, o formalismo poderá constituir, com maior frequência, uma estratégia decisória pragmática.

Nesse sentido, Posner, ao comparar a postura dos juízes norte-americanos e europeus continentais, ressalta que o desenho institucional⁷⁴ e as limitações materiais e institucionais que restringem a atividade jurisdicional em cada país são determinantes para adoção de uma postura adjudicatória mais pragmática ou mais formalista. Contudo, o autor adverte que essas diferenças entre os sistemas adotados por cada país tendem a diminuir e se tornar menos marcantes com o passar do tempo, como consequência da crescente interpenetração cultural advinda com a globalização, o que resultará, segundo Posner, na expansão do pragmatismo jurídico para além do mundo anglo-saxão:

Os sistemas políticos e jurídicos do Continente diferem marcadamente do sistema dos EUA. É particularmente pertinente aqui que os juízes europeus sejam mais formalistas do que os juízes americanos. Mas penso que o são por causa de restrições materiais e institucionais, e não porque sejam inerentemente mais dóceis ou mais racionalistas do que os americanos; eles não são. Os sistemas jurídicos europeus, e os sistemas de governo em geral, foram construídos de acordo com linhas concebidas para limitar a discricionariedade judicial. [...].

Em suma, há menos espaço criativo para os juízes no tipo de sistema jurídico que a maioria das nações, além dos Estados Unidos (e não apenas as nações europeias), tem. A criatividade em questão é a criação de novas regras e princípios para lidar com casos novos. [...]

Se os Estados Unidos tivessem estruturas e instituições semelhantes às da Europa, também os Estados Unidos teriam muito provavelmente um sistema judicial formalista. Como os Estados Unidos não possuem tais instituições, o formalismo simplesmente não é uma estratégia disponível. Isso é uma coisa ruim? Há provas de que os tribunais americanos, apesar ou talvez até devido ao seu caráter pragmático, protegem os direitos de propriedade, uma pedra angular da liberdade e da prosperidade, melhor do que a maioria dos sistemas judiciais europeus. [...]

Não devo, contudo, exagerar as diferenças entre os sistemas jurídicos americano e estrangeiro. Como já disse, existe uma tendência formalista no pensamento e na prática judicial norte-americana; há também uma tensão pragmática no pensamento e na prática judicial continental. [...]

Isso vai mudar, eu prevejo. A União Europeia está a eliminar as diferenças nacionais nas profissões. A economia, uma linguagem universal, está a

⁷⁴ Posner (2004, p. 158) aponta que as diferenças estruturais e de desenho institucional de cada país constituem apenas a causa próxima da maior ou menor propensão de cada regime jurídico ao formalismo ou ao pragmatismo jurídico. Em um nível mais profundo de análise, o autor atribui a causa subjacente do fenômeno a circunstâncias culturais e históricas próprias de cada país. A título de exemplo, Posner levanta a hipótese de que os países europeus tenham adotado sistemas jurídicos menos flexíveis por conta da desconfiança com o poder discricionário oficial, decorrente de sua maior experiência com regimes ditatoriais, quando comparados com os Estados Unidos, que se manteve como nação democrática, de forma contínua, desde sua fundação. É interessante notar que, como a experiência brasileira com regime ditatoriais se aproxima mais da europeia continental do que da norte-americana, talvez a explicação proposta por Posner também sirva para explicar o surgimento do apego ao formalismo e à desconfiança à discricionariedade oficial ainda reinantes na cultura jurídica nacional. No caso específico do Brasil, a corrupção endêmica, presente de forma constante em nossa história, é outro fator histórico/cultural provavelmente relacionado à adoção do formalismo em nosso sistema jurídico e ao sentimento de desconfiança com qualquer margem de discricionariedade para o exercício do poder estatal.

começar a fazer incursões no pensamento jurídico europeu. Acima de tudo, a globalização e os seus instrumentos de apoio, como a Internet e a World Wide Web, estão a reduzir as barreiras intelectuais, bem como as comerciais e financeiras entre as nações. O pensamento jurídico não ficará indiferente. O pragmatismo jurídico não permanecerá por muito tempo um fenómeno anglo-saxónico.⁷⁵ (POSNER, 2004, p. 157-159).

É interessante notar que a ascensão do pragmatismo jurídico no Brasil⁷⁶, que culminou na instituição do consequencialismo decisório, por meio da reforma da LINDB, ocorreu em paralelo à crescente incorporação de elementos típicos do *common law* ao nosso sistema jurídico⁷⁷, o que parece constituir evidência do acerto da previsão de Posner, ao antecipar a expansão do pragmatismo, para além dos sistemas jurídicos anglo-saxões, como resultado do crescente intercâmbio cultural entre os diferentes países e sistemas jurídicos.

⁷⁵ Tradução livre do original em língua inglesa: “The political and legal systems of the Continent differ markedly from the U.S. system. Of particular pertinence here, European judges are more formalistic than American judges are. But they are so I think because of material and institutional constraints rather than because they are inherently more docile or more rationalistic than Americans; they are not. The European legal systems, and systems of government more broadly, have been constructed along lines designed to limit judicial discretion. (I shall not inquire why this is so.) [...]. There is in short less creative scope for judges in the type of legal system that most nations other than the United States (and not just European nations) have. The creativity in question is the creation of new rules and principles to deal with novel cases. [...]

If the United States had similar structures and institutions to Europe, the United States too would in all likelihood have a formalist judiciary. Because the United States does not have such institutions, formalism is just not an available strategy. Is this a bad thing? There is evidence that American courts, despite or maybe even because of their pragmatic character, protect property rights, a cornerstone of freedom and prosperity, better than most European judiciaries do. [...]

I must not, however, exaggerate the differences between the American and the foreign systems of law. There is as I have said a formalist strain in American judicial thought and practice; there is likewise a pragmatic strain in Continental judicial thought and practice. [...]

This will change, I predict. The European Union is breaking down national differences in the professions. Economics, a universal language, is beginning to make inroads into European legal thought. Above all, globalization and its supporting instrumentalities such as the Internet and the World Wide Web are reducing the intellectual as well as trade and financial barriers among nations. Legal thought will not be unaffected. Legal pragmatism will not long remain an Anglo-Saxon phenomenon” (POSNER, 2004, p. 157-159).

⁷⁶ Retratada no tópico 1.3.3 supra.

⁷⁷ A instituição do sistema de precedentes, pelo atual Código de Processo Civil, mediante a adoção de técnicas próprias do *common law* (MARANHÃO, 2016, p. 118), constitui indicativo claro dessa tendência.

2.1.3 As consequências sistêmicas como limite à influência das consequências diretas no processo decisório e a razoabilidade como padrão de orientação da decisão pragmática

Tem-se, assim, que, de acordo com o pragmatismo jurídico proposto por Posner, o processo decisório deve ser sempre norteado pelas duas espécies de consequências potencialmente decorrentes da intervenção jurisdicional: as consequências diretas, que serão suportadas pelas partes envolvidas, e as consequências sistêmicas que serão produzidas pela decisão e atingirão toda a sociedade.

Em outras palavras, o pragmatismo jurídico, na concepção de Posner, será incompatível com a adoção da linha decisória associada às melhores consequências diretas “sempre que essa postura não implicar as melhores consequências sistêmicas, isto é, para o sistema judicial como um todo no longo prazo” (ARGUELHES; LEAL, 2010, p. 187). Nessa perspectiva, a prospecção das consequências sistêmicas da decisão constituirá, na prática, o critério delimitador do papel que a consideração das consequências diretas exercerá no processo decisório pragmático (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 186-194).

Como resultado da permanente tensão entre as diferentes espécies de consequências, a decisão pragmática, tal como concebida por Posner, será, por vezes, orientada pelas circunstâncias específicas do caso e, em outras, será dominada pelas consequências sistêmicas, com a provável adoção de um viés mais formalista e aderente ao direito posto (POSNER, 2010, p. 47).

Em razão dessa característica cambiante, Arguelhes e Leal apontam que o processo adjudicatório pragmático, tal como concebido por Posner, parece empregar uma combinação de um consequencialismo de atos (quando centrado nas consequências específicas) com um consequencialismo de regras (quando norteado pelas consequências sistêmicas), mas sem instituir um “meta-critério preciso para determinar quando seguir por um caminho ou pelo outro – o que [...] pode ser considerado um problema operacional de sua teoria” (2009, p. 193).

Em que pese a centralidade que a prospecção das consequências ocupa em sua teoria da adjudicação, Posner observa que, se o consequencialismo for compreendido como a concepção segundo a qual “um ato, tal como uma decisão judicial, deve ser julgado pelo fato de se produzir as melhores consequências

globais” (POSNER, 2010, p. 50), a adjudicação pragmática não pode ser considerada consistentemente consequencialista⁷⁸. Como a ponderação entre as duas espécies de consequências, por vezes levará à escolha decisória diversa daquela associada à produção das melhores consequências no caso concreto, Posner (2010, p. 50-51) aponta que o verdadeiro padrão de orientação da decisão pragmática é a razoabilidade, e não a simples busca pelas melhores consequências.

Posner esclarece que, ao empregar o termo “razoabilidade” como possível padrão de avaliação das decisões pragmáticas, não pretende dar a ele o sentido abrangente que lhe é atribuído pela teoria política moderna, e sim um sentido mais restrito, assim delineado pelo autor:

Meu uso da palavra "razoável" para descrever a meta do adjudicador pragmático pretende em parte estreitar o abismo percebido entre decisões sobre questões de lei e outros tipos de decisão. A palavra é ubíqua na lei. [...]. O padrão de "pessoa razoável" na responsabilidade civil é fundamental. As decisões discricionárias do juiz são revistas por "abuso de arbítrio", o que significa que são revertidas apenas se consideradas pelo tribunal de recurso como sendo "desarrazoadas". A doutrina de que o promitente fica vinculado à sua promessa, caso o descumprimento da promessa possa prejudicar o promissário, se baseia no executável - desde que a confiança do promissário seja "razoável". Em todos esses casos, como geralmente

⁷⁸ Arguelhes e Leal (2009, p. 193) apontam que Posner teria incorrido em equívoco conceitual ao apontar que sua versão do pragmatismo jurídico não seria consistentemente consequencialista. Segundo os autores, o consequencialismo constitui apenas uma estrutura de raciocínio valorativo que atribui valor a determinada ação a partir da avaliação positiva ou negativa de suas consequências e não há nada em tal conceito que restrinja tal valoração aos efeitos imediatos da ação avaliada. Como apontam os autores “Posner afirma que, ao contrário do consequencialismo, o pragmatismo jurídico não se preocupa apenas com as consequências imediatas da decisão para as partes envolvidas [case-specific consequences], mas também com os efeitos da decisão sobre o resto do sistema jurídico e até mesmo sobre a economia, o sistema político, etc [systemic consequences]. Esse argumento, porém, parte de uma concepção equivocada e simplista do que seria o consequencialismo como teoria ética normativa. Trata-se apenas de uma estrutura de raciocínio valorativo que transforma a ‘correção’ ou a ‘bondade’ de uma ação em uma função da avaliação positiva ou negativa que se de às suas consequências. Não há nada nesse conceito que restrinja ‘consequências’ apenas aos efeitos mais imediatos da decisão sobre as partes. Posner insiste na diferenciação entre pragmatismo jurídico e consequencialismo afirmando que os juízes pragmáticos fazem na verdade uma espécie de ‘consequencialismo truncado’, pois não olham para todas as consequências de cada decisão possível, apenas para algumas delas - a ênfase será nas consequências para o caso concreto, exceto quando isso implicar consequências sistêmicas nocivas. Contudo, na teoria de Posner, a razão para que os juízes não olhem para certas consequências é em si baseada em uma avaliação das consequências - isto é, a sociedade estará em uma situação melhor (por exemplo, quanto à previsibilidade necessária para o planejamento dos cidadãos) se os juízes não pensarem em todos os elementos possíveis para alcançar no caso concreto a melhor decisão. Trata-se de um raciocínio tipicamente consequencialista focado no respeito às regras. Assim, enquanto a justificativa para a colocação desses limites na atuação do juiz pragmático for uma razão pragmática, o pragmatismo jurídico de Posner continuará em sua essência indistinguível de uma recomendação para que os juízes adotem um raciocínio similar ao que exige o consequencialismo como teoria moral, com a complexidade adicional de que, em cada caso, eles devem pesar se é melhor agir como um consequencialista de atos ou de regras.” (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 193).

quando "razoável" e seus cognatos são incorporados numa doutrina legal, a palavra é usada para guiar uma determinação factual ou discricionária ou a aplicação de uma norma jurídica aos fatos, em vez de orientar uma decisão com base em puras questões de direito. Defender, como faço, que essas decisões também deveriam ser orientadas por um padrão de razoabilidade em vez de em algo mais pomposo é defender o estreitamento do abismo entre o baixo e o alto no processo de resolução de controvérsias legais - o baixo em que os juízes e jurados se envolvem no raciocínio prático sobre questões concretas de gerenciamento de fatos e casos e o alto, o supostamente empírico do raciocínio legal, em que puras questões de direito são resolvidas. O pensador do direito que se libertou da gaiola do pensamento formalista levará em consideração, ao decidir como uma questão legal particular deve ser resolvida, as consequências que ocorreriam a uma pessoa comum pensando sobre a questão - assim como um juiz ou júri avaliando como uma questão factual a razoabilidade da conduta particular no caso particular faria. (POSNER, 2010, p. 58)

Nota-se, assim, que o sentido atribuído por Posner ao termo "razoabilidade" difere daquele usualmente empregado na prática jurídica brasileira. Como observa Mendonça, em contraste com a ampla gama de significados associada ao chamado "princípio da razoabilidade" pela doutrina jurídica nacional, o apelo à razoabilidade, em Posner, constitui, apenas uma "espécie de recomendação para que os juízes, ao decidirem, levem em consideração toda espécie de fator - institucional ou não - capaz de contribuir para uma decisão segura e 'justa'" (2018, p. 48).

A adoção da razoabilidade como critério de seleção da espécie de consequência a ser prestigiada pela decisão (específica ou sistêmica) constitui, segundo Arguelhes e Leal (2009, p. 194-195), uma tentativa de domesticar a complexidade que a teoria de Posner atrai para o processo decisório. Contudo, os autores apontam que o critério não é conclusivo e não estabelece, de forma precisa e clara, quando a decisão deve ser pragmática e quando deve ser formalista (por razões pragmáticas). A esse respeito, os autores apontam que:

Posner reconhece que seu critério de 'razoabilidade' não é conclusivo, mas garante que isso não chega a ser um problema. Ou melhor, trata-se de um problema insolúvel, que toda teoria normativa da decisão judicial precisa enfrentar e para a qual toda e qualquer resposta será invariavelmente precária" (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 195)

Com efeito, Posner admite a impossibilidade de estabelecer um critério objetivo e claro para avaliação das inúmeras variáveis a serem ponderadas em cada caso concreto e que permita solucionar a constante tensão entre as consequências diretas e sistêmicas da decisão judicial. Diante de tal impossibilidade, restaria ao juiz pragmático buscar proferir a decisão mais razoável possível em cada caso concreto:

Não há algoritmo para infundir o equilíbrio correto entre consequências baseadas na norma jurídica e as específicas ao caso, continuidade e criatividade, longo prazo e curto prazo, sistêmico e particular, norma e padrão. De fato, não há muito mais a dizer para o juiz com inspiração a ser pragmático do que proferir a decisão mais razoável que puder, pesando todos os prós e contras. (Há um pouco mais a dizer; estou tentando dizê-lo.). 'Prós e contras' incluem não apenas consequências específicas da decisão, desde que possam ser discernidas, mas também o material legal padrão e a desejabilidade de preservar os valores da norma jurídica. Abrangem ainda mais - incluem considerações psicológicas e ponderações tão variadas que tornam a enumeração exaustiva impossível (POSNER, 2010, p. 50).

A ausência de um critério normativo claro, para estabelecer quais consequências deveriam ser privilegiadas pelo julgador pragmático, atraiu a contundente crítica de Dworkin, no sentido de que a teoria adjudicatória de Posner constituiria uma espécie de pragmatismo vazio:

Ao longo da minha discussão das teorias de Posner, afirmo que sua forma de pragmatismo não dá em nada, é vazia, pois embora ele insista em que os juízes devem decidir seus casos de modo a produzirem as melhores consequências, não especifica de que modo esses juízes devem decidir quais são essas melhores consequências. Trata-se de uma crítica importante, uma vez o fato de especificar uma concepção concreta do consequencialismo tornaria qualquer versão do pragmatismo imediatamente menos atraente. [...] Sua única resposta ao argumento de que seu pragmatismo permanece vazio é a de que os juízes norte-americanos concordam o suficiente quanto aos melhores objetivos para sua sociedade, o que torna desnecessário qualquer definição ou discussão acadêmica desses objetivos. Basta simplesmente deixar que os juízes continuem fazendo aquilo que, para eles, é o melhor. [...] Na verdade, os juízes de fato e os juízes potenciais divergem profundamente sobre todo o espectro das questões políticas que são importantes para o direito: da relativa importância da eficiência econômica, da segurança e da proteção ambiental à justiça racial e à igualdade dos sexos (DWORKIN, 2010a, p. 36-37)

Em que pese a inegável lacuna do pragmatismo jurídico proposto por Posner, ao deixar de estabelecer um padrão de orientação suficientemente preciso para nortear o processo decisório, não se pode deixar de reconhecer que tal omissão dificilmente poderia ser suprida sem ultrapassar o contexto de análise estabelecido pelo próprio autor, declaradamente voltado ao sistema de justiça norte-americano e norteador pelo objetivo de desenvolver teoria apta a descrever e orientar a atividade desenvolvida por juízes reais (POSNER, 2010, p. 01 e 17-18).

Vale dizer, a pretensão de objetividade dificilmente poderia ser alcançada sem o ingresso no campo da utopia política, no âmbito da qual – e somente nesse âmbito - seria possível construir critério normativo desvinculado das limitações humanas e temporais a que estão submetidos os julgadores reais e,

consequentemente, solucionar, de forma definitiva, a incerteza inerente ao processo decisório humano.

Em outras palavras, assim como a interpretação plena de todo o direito, realizada pelo juiz Hércules de Dworkin para alcançar a resposta correta de cada caso concreto (2010b, p. 294), constitui ideal apenas parcialmente realizável por juízes reais, o perfeito equilíbrio entre os efeitos sistêmicos e as melhores consequências específicas de cada decisão judicial somente poderia ser alcançado por um juiz dotado de capacidades sobre-humanas.

A eventual criação de um julgador pragmático fictício com essas características ideais, que poderia receber a alcunha de juiz Ulisses ou Odisseu⁷⁹, ainda que pudesse servir para superar a apontada lacuna na teoria de Posner, pouco contribuiria para a solução dos problemas reais na aplicação do direito, enfrentados por julgadores humanos e desprovidos de tais capacidades e, nessa medida, seria antipragmática.

Ademais, sequer é possível afirmar, com segurança, que a instituição de um padrão adjudicatório ideal e desvinculado das limitações inerentes ao judiciário real, como parâmetro a ser reproduzido, na maior medida possível, por juízes sujeitos a tais limitações, seria benéfica à aplicação prática da teoria adjudicatória proposta por Posner. Como demonstram Sunstein e Vermeule (2003, p. 23), a partir de analogia com o pensamento econômico, a busca pela maior proximidade possível de um estado de coisas ideal, que se sabe inatingível, nem sempre constitui a estratégia apta a produzir os melhores resultados:

⁷⁹ Em que pese a ausência de um julgador fictício ideal na obra de Posner, Arguelhes (2006, p. 185-186) aponta que a atividade jurisdicional é também idealizada em sua teoria, por meio da adoção da postura adjudicatória do próprio Posner como parâmetro ideal: “Embora não tenha criado seu próprio Hércules, Posner inadvertidamente deixa transparecer que a sua teoria também tem um juiz como personagem principal - ele mesmo. Podemos chamá-lo de ‘Juiz Richard’. Apenas para fins de argumentação, digamos que o ‘Juiz Richard’ esteja mais próximo de um arcanjo que um juiz jamais esteve. Mesmo nesse cenário, faria sentido deixá-lo decidir se e quando obedecerá o direito e adotar a estratégia do ‘como-se’, descrita por Dworkin, e quando se afastará dos precedentes e da lei para garantir consequências excepcionalmente melhores? Vejamos. A princípio, parece melhor para o seu país e para sua comunidade deixá-lo livre da obediência às decisões políticas do passado, podendo sempre e em cada caso fazer a partir do zero todos os cálculos e experimentos mentais necessários para pesar as razões pragmáticas ligadas ao caso e as razões ligadas a efeitos sistêmicos. Contudo, mesmo supondo que o ‘Juiz Richard’ nunca cometa erros em seus julgamentos baseados em argumentos de *policies* (o que é impossível), o que pode ser dito das capacidades institucionais dos outros juízes encarregados de aplicar o direito, com base em sua teoria? Quantos semi-arcangjos como o ‘Juiz Richard’ existiriam no judiciário americano?” (ARGUELHES, 2006, p. 185-186).

Em economia, a ideia de segundo-melhor (*second-best*) demonstra que, se a eficiência perfeita não pode ser obtida, a eficiência não é necessariamente maximizada aproximando-se o máximo possível das condições de eficiência do primeiro-melhor (*first-best*); O segundo-melhor resultado poderia, em princípio, ser obtido afastando-se também das primeiras melhores condições em outros aspectos. Assim, também, se um juiz imperfeito sabe que não alcançará o padrão de perfeição definido pela primeira melhor abordagem de interpretação vigente, não é de modo algum claro que ele deva tentar se aproximar ou se aproximar desse padrão o mais próximo possível (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 914)⁸⁰.

Assim, como conclui Mendonça (2018, p. 61-62), talvez o pragmatismo jurídico de Posner somente possa ser defendido da crítica, que aponta a ausência de um critério normativo preciso, a partir da compreensão de que, nesse ponto, a teoria posneriana é humilde ao reconhecer a impossibilidade de indicar um padrão de orientação que possibilite definir, a partir de critérios previamente estabelecidos, o que será razoável em cada caso concreto:

Na verdade, pode-se defender a proposta de Posner entendendo-a como humilde. Ele acredita que, se os juízes agirem pragmaticamente em relação ao que eles acham melhor, os resultados para a sociedade serão, na média, melhores. Decerto, não indica nenhum guia do que é razoável. Razoável é o que as circunstâncias, o estudo dos dados, a sensibilidade trazida pela experiência, o input das diversas ciências experimentais, a análise pragmática da doutrina e dos precedentes, a consideração dos efeitos sistêmicos das possíveis decisões disserem que é. (MENDONÇA, 2018, p. 61-62).

A partir dessa perspectiva, a humilde recusa em propor critério normativo ideal e definitivo, ao mesmo tempo em que constitui potencial lacuna do pragmatismo jurídico de Posner, talvez possa ser considerada uma de suas virtudes, na medida em que o aproxima da realidade da atividade que pretende descrever e orientar.

⁸⁰ Tradução livre do original em língua inglesa: “In economics, the idea of second-best demonstrates that if perfect efficiency cannot be obtained, efficiency is not necessarily maximized by approximating the first-best efficiency conditions as closely as possible; the second-best outcome might, in principle, be obtained by departing from the first-best conditions in other respects as well. So too, if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 914).

2.2 O ARGUMENTO DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: A CONTRIBUIÇÃO DE SUNSTEIN E VERMEULE

Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2003) propõe um sofisticado modelo para subsidiar a meta-decisão ou decisão de segunda ordem⁸¹ atinente a escolha da postura adjudicatória e dos níveis de formalismo e discricionariedade a serem adotados na decisão de cada caso concreto. Trata-se da chamada teoria ou argumento das capacidades institucionais, assim apresentada por Fernando Leal:

Uma tentativa sofisticada de oferecimento de um modelo consequencialista de justificação de padrões de comportamento judicial (incluindo modelos de deferência e de autocontenção) que se apresenta como aderente ao pragmatismo de Posner é a desenvolvida por Cass Sunstein e Vermeule. Em seu modelo de justificação, a preferência por métodos de interpretação e posturas decisórias depende de considerações consequencialistas dinâmicas, análises empíricas e comparações entre capacidades institucionais aferíveis nos limites do funcionamento de um arranjo institucional específico. (LEAL, 2021, p. 22).

Segundo Sunstein e Vermeule (2003, p. 885), as diferentes teorias de interpretação jurídica falham em fornecer uma estrutura que permita o enfrentamento adequado das mais importantes questões concernentes à interpretação e aplicação do direito, por situarem seus debates em um elevado nível de abstração e em reivindicações amplas sobre democracia, autoridade e a natureza da interpretação.

Como apontam os autores:

Nós sugerimos que uma abordagem formalista ou textualista dos estatutos pode ser defendida de forma mais plausível, não por meio de reivindicações controversas sobre a Constituição ou de reivindicações implausíveis sobre significado, mas sim por meio da sugestão de que essa abordagem pode produzir o sistema jurídico mais sensato, considerando as instituições que realmente possuímos. Temos convicção de que as defesas padrão do formalismo baseadas em princípios fundamentais são muito fracas; [e] o mesmo pode ser dito para muitos dos desafios padrão ao formalismo, também com base em princípios primeiros (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 889)⁸².

⁸¹ Cf. nota de rodapé 72 supra.

⁸² Tradução livre para o original em língua inglesa: "We suggest that a formalist or textualist approach to statutes might be most plausibly defended, not by controversial claims about the Constitution or implausible claims about meaning, but through a suggestion that this approach might produce the most sensible system of law, given the institutions that we actually have. We are confident that the standard defenses of formalism based on first principles are very weak; the same can be said for many of the standard challenges to formalism, also based on first principles". (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

Ao invés das discussões principiológicas e abstratas, que usualmente constituem o cerne dos debates acerca da interpretação, os autores sustentam que seria mais promissor centrar as discussões a esse respeito em dois aspectos normalmente negligenciados pela teoria da interpretação jurídica: as capacidades institucionais dos diferentes órgãos decisórios e os efeitos dinâmicos da adoção de diferentes abordagens decisórias (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

Como observam Arguelhes e Leal (2011, p. 14), a análise centrada nas capacidades dos diferentes atores institucionais, dotados de poder decisório, em um determinado arranjo organizacional, permite superar a miopia que costuma limitar a justificação das diferentes estratégias adjudicatórias, usualmente embasada, com exclusividade, nos méritos e deméritos do próprio Poder Judiciário e sem considerar as capacidades dos demais órgãos e os efeitos dinâmicos que a adoção de determinada postura decisória pode exercer na atuação dos demais atores institucionais.

A esse respeito, Sunstein e Vermeule apontam que

Enfatizando-se as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos, é possível perceber que quase todas as mais proeminentes discussões sobre a interpretação - incluindo, por exemplo, aquelas travadas por Jeremy Bentham, William Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning e Richard Posner - são incompletas e malsucedidas, simplesmente porque geralmente procedem como se a única questão fosse como "nós" devemos interpretar um texto. Quando tratam do papel institucional, esses teóricos frequentemente trabalham com uma visão idealizada, e até mesmo heroica, das capacidades judiciais e, como corolário, com uma visão preconceituosa das capacidades de outros legisladores e intérpretes, como agências e legislaturas. E se o holofote for colocado nas capacidades institucionais e nos efeitos dinâmicos, descobriremos que é muito mais fácil entender o que está por trás de muitas divergências interpretativas no direito, e também como tais divergências podem ser resolvidas. (2003, p. 886)⁸³.

⁸³ Tradução live do original em língua inglesa: "With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation - including, for example, those by Jeremy Bentham, William Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning, and Richard Posner - are incomplete and unsuccessful, simply because they generally proceed as if the only question is how "we" should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists frequently work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved." (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

A abordagem proposta por Sunstein e Vermeule (2003) busca identificar a instituição mais adequada para resolver determinado problema - como, p. ex., eventual resultado absurdo ou socialmente indesejável decorrente da aplicação de determinada lei – por meio da análise comparativa de sua capacidade com a dos demais atores institucionais, com o objetivo de atribuir tal competência ao órgão capaz de oferecer soluções com a menor margem de erro e ao menor custo possível⁸⁴. Para tanto, as capacidades institucionais do ente a que se pretende atribuir a responsabilidade pelo enfrentamento do problema devem ser avaliadas e ponderadas “relativamente aos méritos e deméritos das outras instituições também capazes de oferecer respostas [...]” (ARGUELHES; LEAL, 2016, p. 197-198).

A partir de tal perspectiva, Sunstein e Vermeule apontam que a pergunta correta a se fazer, para determinar a postura institucional adequada em relação ao texto legal, não é “Como, em princípio, determinados textos devem ser interpretados?”, e sim “Como determinadas instituições, com suas habilidades e limitações características, devem interpretar determinados textos?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886)⁸⁵.

Como explicam Arguelhes e Leal:

[...] o raciocínio pressuposto pelo argumento de “capacidades institucionais” poderia ser sintetizado a partir das seguintes características: uma comparação empiricamente informada sobre os custos e benefícios de se alocar, no agregado, a prerrogativa de resolução de um determinado problema a uma determinada instituição dentre várias instituições possíveis. Esse cenário, como se vê, não comporta escolhas entre instituições feitas em abstrato. Em uma análise desse tipo, é preciso estimar os custos que a adoção da teoria terá para juízes e a chance de erro no seu manuseio e aplicação, bem como o impacto nocivo de sua generalização para os usuários do sistema judicial (maior demora na prestação jurisdicional, maior imprevisibilidade etc.) – o que os autores chamam de efeitos dinâmicos da adoção da teoria. (2016, p. 198-199).

⁸⁴ Schuartz enfatiza a importância da reflexão acerca das capacidades institucionais em um contexto, como o brasileiro, no qual os recursos destinados a dar cumprimento à lei são escassos “No Brasil, onde os recursos públicos destinados para fazer cumprir a lei são poucos, considerações dessa natureza são inafastáveis. Nessas circunstâncias, não surpreende que teorias que não incorporem, reflexivamente, as suas próprias condições institucionais de aplicação, soem ridiculamente ingênuas ou perigosamente assemelhadas a uma legitimação ideológica” (SCHUARTZ, 2008, p. 139).

⁸⁵ Tradução livre do original em língua inglesa: “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

Assim, de acordo com a proposta de Sunstein e Vermeule (2003, p. 886 e 918), a definição do nível de aderência das decisões judiciais ao sentido literal do texto legal (mais ou menos formalista) deve ser norteadada, dentre outros fatores, pela análise da efetiva capacidade dos juízes de identificar quando a interpretação literal conduzirá a um resultado absurdo ou socialmente indesejável. Se os juízes, por qualquer razão, não dispuserem de meios confiáveis para proceder tal identificação, a interpretação vinculada ao sentido literal da lei pode constituir a estratégia adjudicatória mais recomendável, por evitar potenciais erros e reduzir os custos de decisão para os tribunais, litigantes e para aqueles que buscam aconselhamento jurídico. Quando a interpretação jurisdicional é realizada mediante restrições informacionais e/ou temporais, pode ser preferível adotar postura adjudicatória que ignora ou subordina determinadas fontes interpretativas, como a história legislativa, cujo extenso volume e componentes desconhecidos podem, com frequência, dar causa a erros judiciais (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 922-923).

A esse respeito, Sunstein e Vermeule (2003, p. 888) apontam o equívoco da premissa a partir da qual a doutrina especializada costuma endereçar críticas às decisões judiciais que abordam seu campo de especialização a partir de uma postura formalista ou mais aderente ao sentido literal do direito posto. Segundo os autores, tais críticas partem de uma perspectiva equivocada, do tipo “Se eu fosse o juiz, como interpretaria esse texto legal?”⁸⁶, e desconsideram os fatores institucionais envolvidos, dentre os quais as limitações a que estão sujeitos os juízes, que, como regra, são generalistas e não especializados⁸⁷ em determinada matéria. Ao desconsiderar tais limitações de ordem institucional, as críticas dessa natureza acabam por ignorar que a adoção de uma estratégia adjudicatória desvinculada dos limites postos pelo texto legal, por parte de juízes generalistas e

⁸⁶ Como explicam Sunstein e Vermeule: “Legal education, and the legal culture more generally, invite interpreters to ask the following role-assuming question: ‘If you were the judge, how would you interpret this text?’ If the question is posed in that way, institutional issues drop out. The very form of the question makes them irrelevant” (2003, p. 888).

⁸⁷ Sunstein e Vermeule (2003, p. 888 e 922-923) enfatizam que, embora os juízes costumem ser generalistas, determinados órgãos do judiciário norte-americano contam com julgadores especializados, como, p. ex., o juízo tributário e os juízes federais de falências. Nessas hipóteses excepcionais de especialização jurisdicional, os autores apontam que talvez se justifique a adoção de postura interpretativa diversa daquela adotada pelos juízes generalistas. Contudo, como advertem os autores, mesmo nessas hipóteses excepcionais, existe o risco de que o juízo recursal, responsável pela revisão das decisões proferidas por juízes especialistas, seja formado por juízes generalistas, o que constitui importante complicação institucional a ser considerada na eleição da estratégia adjudicatória a ser adotada nesses casos.

em matérias complexas, pode dar causa a prejuízos sociais mais relevantes do que a rigidez decorrente da atuação adjudicatória formalista (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 888).

Os fatores envolvidos na seleção institucionalista da melhor estratégia adjudicatória a ser adotada por juízes generalistas frente a casos complexos são descritos pelos autores a partir de interessante analogia com a escolha ética entre o utilitarismo de regras e o utilitarismo de atos:

É muito comum ver um professor de direito reclamando que algum tribunal generalista errou em sua mais recente interpretação do estatuto específico ao qual o professor dedicou seus estudos; geralmente o erro ocorre porque o tribunal, na opinião do crítico, interpretou de forma “rígida”, “mecânica” ou “formalista”, sem dar a devida atenção à história, à política e às nuances envolvidas. Em tais casos, há uma espécie de viés de seleção em jogo. Ao interpretar de forma rígida, mantendo-se próximo do significado aparente, o tribunal aumenta o risco de um tipo de erro (o tipo que o crítico castiga), mas diminui o risco de incorrer no tipo de erro oposto, - o erro no qual um tribunal intelectualmente ambicioso e antiformalista poderia incorrer ao interpretar mal os propósitos legais, identificar erroneamente textos sensatos como absurdos ou prever mal as consequências das suas decisões. Quando os tribunais são mais frequentemente formalistas do que o contrário, o professor de direito raramente vê esse tipo de erro e raramente se queixa dele.

Há aqui uma analogia útil com a ética. A escolha entre o formalismo interpretativo e o antiformalismo tem algo da mesma estrutura intelectual que a escolha entre o utilitarismo de regras e o utilitarismo de atos. O utilitarista das regras será frequentemente colocado na posição incômoda de defender atos cujo efeito imediato é, quando visto isoladamente, prejudicial socialmente. Da mesma forma, é a coisa mais fácil do mundo para os professores de direito mencionarem casos específicos em que o formalismo produz erros, em relação a um antiformalismo matizado que é sensível às particularidades dos casos. No entanto, tanto em contextos legais como éticos, as estratégias decisórias de segunda ordem, baseadas em regras, parecem mais atraentes quando não se pode confiar no tomador de decisão para identificar atos socialmente benéficos ou concepções atraentes das finalidades normativas. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 923-924⁸⁸)

⁸⁸ Tradução livre do original em língua inglesa: “It is very common to see a law professor complaining that some generalist court has blundered in its latest interpretation of the specialized statute that the professor has made a career of studying; usually the blunder occurs because the court has, in the critic's view, interpreted ‘woodenly,’ ‘mechanically,’ or ‘formalistically,’ with insufficient attention to history, policy, and nuance. In such cases there is a kind of selection bias in play. By interpreting woodenly, sticking close to apparent meaning, the court increases the risk of one sort of error (the sort the critic castigates). But the court decreases the risk of another, opposite sort of error - the error that an intellectually ambitious antiformalist court would make by misreading statutory purposes, misidentifying sensible text as absurd, or mispredicting the consequences of its rulings.¹²⁶ Where courts are more often formalist than not, the law professor rarely sees that kind of error and rarely complains about it.

Embora a atuação jurisdicional generalista constitua a situação mais comum, por conta das próprias características de tal atividade, os autores relatam que determinados órgãos do judiciário norte-americano contam com julgadores especializados (como, p. ex., o juízo tributário e os juízes federais de falências⁸⁹) e que, nessas hipóteses excepcionais de especialização jurisdicional, talvez se justifique a adoção de postura interpretativa diversa daquela adotada pelos juízes generalistas, com a ponderação de circunstâncias que ultrapassam a interpretação formal do texto da lei, como o contexto político de sua promulgação e as consequências sociais e econômicas da adoção de determinada interpretação. Contudo, Sunstein e Vermeule advertem que, mesmo nessas hipóteses excepcionais, existe o risco de que o juízo recursal, responsável pela revisão das decisões proferidas por juízes especialistas, seja formado por juízes generalistas, o que constitui importante complicação institucional a ser considerada na eleição da estratégia adjudicatória a ser adotada nesses casos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 888 e 922-923).

A abordagem institucionalista, por ser pautada pela análise das características de cada instituição, possui um caráter marcadamente empírico e contextual, cuja conclusão irá variar a depender das características específicas de cada arranjo institucional. Como enfatizam Arguelhes e Leal (2011, p. 14-15), ao incorporar juízos empíricos e contextualizados à decisão atinente à postura adjudicatória a ser adotada, a justificação meta-decisória deve necessariamente

There is a useful analogy to ethics here. The choice between interpretive formalism and antiformalism has some of the same intellectual structure as the choice between rule-utilitarianism and act-utilitarianism. The rule-utilitarian will often be placed in the awkward position of defending acts whose immediate effect is, when viewed in isolation, socially detrimental. So too, it is the easiest thing in the world for law professors to mention specific cases in which formalism produces blunders, relative to a nuanced antiformalism that is sensitive to the particulars of cases. In both legal and ethical settings, however, the second-order, rule-based decisionmaking strategies look more appealing where the decisionmaker cannot be trusted to identify socially beneficial acts or appealing conceptions of statutory purpose.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 923-924).

⁸⁹ No judiciário brasileiro, é possível citar, como exemplo de medida tendente a promover a especialização jurisdicional em matérias complexas, a recente iniciativa promovida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná - TJPR, que, atento aos benefícios da especialização, criou, por meio da Resolução 426-OE, de 07.03.2024, varas regionais especializadas na matéria empresarial e de falências e recuperações judiciais. Como enfatiza o acórdão que acolheu a proposição: “A especialização de unidades judiciárias traz inúmeras vantagens e ganhos de qualidade da prestação jurisdicional, como a padronização de fluxos de procedimento e a prolação de decisões mais adequadas e tecnicamente precisas. O menor número de magistrados decidindo as questões afetas ao direito empresarial resulta, ainda, em maior uniformidade, agilidade e previsibilidade das decisões relativas à matéria, com inestimáveis ganhos à segurança jurídica e ao incentivo de investimentos no setor”. (PARANÁ, 2024).

explicitar seu alcance esperado, tendo em vista que as limitações institucionais, que condicionam o processo decisório, variam a depender das especificidades de cada sistema jurídico e, mesmo no contexto de um único sistema, não são as mesmas “para juízes de tribunais superiores e juízes de primeira instância, nem entre juízes em tribunais e varas ‘generalistas’ e tribunais e varas ‘especializados’”. (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 14-15)

Em contraste com o caráter ordinariamente generalista dos órgãos judiciários, Sunstein e Vermeule (2003, p. 931-932 e 950) apontam que as agências administrativas costumam ser especializadas em um determinado campo de atuação e, por este motivo, possuem melhores condições de avaliar quando a aplicação do texto legal poderá gerar um resultado absurdo, bem como de identificar os potenciais efeitos de uma interpretação não formalista sobre determinado arranjo regulatório. Por conta de tais particularidades, os autores sustentam que as agências administrativas devem dispor de maior flexibilidade interpretativa do que os órgãos jurisdicionais, salvo se fatores institucionais, como, p. ex., a interferência indevida de grupos privados, recomendarem o contrário (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 931-932 e p. 950)

A postura dos órgãos legislativos também constitui um fator institucional relevante na definição da postura adjudicatória a ser adotada pelos juízes. Segundo os autores, quando o legislativo se mostrar atento a situações nas quais a aplicação literal do texto legal possa produzir resultados absurdos ou socialmente indesejados e demonstrar ser capaz de promover sua correção em tempo razoável e a um baixo custo, uma postura adjudicatória formalista e tendente a se ater, na maior parte das vezes, ao texto literal da lei se torna defensável. Por outro lado, se o legislativo demonstrar não possuir tal capacidade, deixando de tomar providência tempestiva em relação a leis com aptidão para produzir resultados absurdos ou indesejáveis, o judiciário passa a contar com justificativa para adotar postura menos formalista e buscar evitar a ocorrência de tais resultados por meio de interpretação desvinculada do significado literal do texto legal (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 917-918).

O argumento das capacidades institucionais pressupõe, portanto, tanto a avaliação intrainstitucional das competências e aptidões do Poder Judiciário, como, também, a ponderação interinstitucional e comparativa das capacidades e limitações dos demais atores institucionais dotados de poder decisório em determinado arranjo organizacional. A esse respeito, Arguelhes e Leal enfatizam que o Judiciário não é a

única instituição responsável pela solução de problemas que exigem a interpretação e aplicação de normas jurídicas e que “essa pluralidade de relações torna tensões intra e interinstitucionais não apenas inevitáveis, mas naturais em ambientes nos quais o poder é distribuído horizontalmente [...]” (2011, p. 15).

Ao lado da análise comparativa das capacidades institucionais, Sunstein e Vermeule (2003, p. 886) apontam que os efeitos dinâmicos, decorrentes da adoção de uma determinada estratégia adjudicatória, também devem ser considerados pela decisão de segunda ordem acerca da postura decisória a ser adotada. Como exemplificam os autores, se a adoção pelo órgão judicial de uma interpretação não literal do texto legal produzir excessiva incerteza sistêmica e/ou reduzir o incentivo ao legislativo para fazer as eventuais correções necessárias no texto da lei, esses potenciais efeitos dinâmicos da adoção de uma estratégia adjudicatória não-formalista deverão ser considerados e talvez indiquem a necessidade de adoção de postura diversa (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886).

Arguelhes e Leal enfatizam que o manejo conjugado dos dois diferentes critérios de análise, as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos, que não se confundem, mas se combinam em uma estrutura consequencialista apta a orientar a decisão de segunda ordem acerca das diferentes teorias decisórias, com o objetivo de selecionar a alternativa que promova o melhor estado de coisas, evidencia a sofisticação metodológica do argumento institucionalista, que se apresenta como uma alternativa “completamente diferente para lidar com questões tradicionalmente enfrentadas por juristas sob as lentes de categorias teórico-dogmáticas elaboradas sem suporte empírico [...]” (2011, p. 31).

Ao relacionar a perspectiva institucionalista ao tema específico do presente estudo, tem-se que, de acordo com a proposta de Sunstein e Vermeule, a análise acerca da conveniência da prospecção de consequências, prevista no art. 20 da LINDB, pelo julgador, não pode deixar de considerar fatores institucionais como: a efetiva capacidade do órgão jurisdicional para realizar a prospecção das consequências decorrentes de sua decisão e a confiabilidade de tal juízo prospectivo; os custos temporais, financeiros e de eventuais erros decorrentes da realização de tal prospecção consequencialista; e as capacidades de outros atores institucionais para prospectar e evitar potenciais consequências indesejáveis decorrentes da aplicação da lei, além de fatores dinâmicos decorrentes da incorporação de tal análise às decisões judiciais.

Os diferentes fatores institucionais listados acima irão variar a depender do tipo de conflito submetido a julgamento e do órgão jurisdicional responsável pela decisão, de forma que, para a abordagem institucionalista, a conveniência da incursão jurisdicional na prospecção de consequências também será variável e condicionada a determinado caráter contextual e empírico.

Como apontam Sunstein e Vermeule (2003, p. 919), a compreensão adequada das variáveis antes relacionadas, que orientam a decisão de segunda ordem relativa à estratégia adjudicatória a ser adotada, inclusive no que tange à adoção da perspectiva consequencialista, não prescinde de estudos e investigações de caráter empírico, seara pouco explorada pela atual teoria da interpretação e que, embora não constitua o objeto específico do presente estudo, constitui tema que merece ser revisitado em pesquisas futuras.

2.3 JUSTIFICAÇÃO DE SEGUNDA ORDEM E CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO NA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE NEIL MACCORMICK

O jusfilósofo escocês Neil MacCormick (2009) adota perspectiva consequencialista diversa e mais restritiva do que aquela sustentada por Posner e por Sunstein e Vermeule. Para MacCormick (2009, p. 127), as considerações decisórias consequencialistas possuem um caráter subsidiário e teriam lugar no âmbito daquilo que o autor chama de justificação de segunda ordem.

Segundo o autor, a decisão que aplica, por meio de argumentos dedutivos, o texto legal e demonstra a incidência de determinada consequência jurídica, em razão da ocorrência empírica da hipótese de incidência abstratamente prevista na norma legal, emprega, em sua fundamentação, o que pode ser chamada de justificação de primeira ordem, eis que diretamente deduzida das normas jurídicas em vigor. Como explica Pugliesi: “Se a dedução parte das normas jurídicas válidas como argumento para a tomada de decisões, é possível chamar esta espécie de justificação de primeira ordem” (2016, p. 102).

Contudo, como exposto no tópico 1.1.2 supra, dadas as limitações inerentes à linguagem humana, o direito positivo é notoriamente insuficiente para antecipar e estabelecer uma única solução, que possa ser deduzida de forma silogística do texto legal, para a vasta gama de conflitos que podem emergir no seio de uma sociedade em constante transformação.

MacCormick acrescenta que a inevitável indeterminação do direito não decorre apenas da insuficiência da linguagem natural⁹⁰, mas, também, “resulta e é em alguma medida amplificada pelo devido reconhecimento de um direito de defesa” (2008, p. 36), que é inerente a qualquer ordem jurídica estruturada a partir dos ideais do Estado de Direito. Como consequência do exercício desse direito, que possibilita ao demandado problematizar as bases jurídicas de qualquer pretensão, o órgão jurisdicional, ao final de cada processo, poderá, à luz dos argumentos colocados pelas partes, confirmar ou reformular a concepção do que o Direito prescreve em determinada questão, estabelecendo uma certeza provisória e excepcional (*defeasible*), que poderá ser – e provavelmente será - futuramente questionada, por meio da argumentação, e, mais uma vez, confirmada ou reformulada. Daí decorre a permanente tensão entre o caráter argumentativo do Direito e os ideais de segurança e estabilidade que se esperam desse mesmo Direito, que constitui preocupação central da teoria do Direito contemporânea (PUGLIESI, 2022, p. 91).

Nas palavras de MacCormick:

Após analisar provas e argumentos, o tribunal precisa decidir. Ao decidir sobre questões problemáticas (...), o tribunal pode considerar necessário e adequado desenvolver uma nova compreensão do Direito, e, portanto, estabelecer um novo precedente, que pode confirmar ou relativizar os entendimentos anteriores. No final, ou o caso é considerado inconsistente e o acusado é absolvido ou algum tipo de ordem é emitida pelo tribunal e justificada à luz do Direito, tal como esclarecido após a resolução dos problemas que foram colocados pelas partes. E então há, de fato, um silogismo final. Mas ele raramente (ou nunca) é idêntico ao silogismo inicial. Ele consiste em uma nova certeza provisória e excepcional (*defeasible*) que surge a partir da resolução por meio da argumentação de questões levantadas sobre certezas provisórias e excepcionáveis (*defeasible*) que imperavam anteriormente. (2008, p. 36-38).

⁹⁰ A esse respeito, Frederick Schauer (2002) aponta que a inevitável indeterminação do direito está associada à própria estrutura das regras jurídicas. Como o autor demonstra, as regras prescritivas são construídas a partir de uma justificação subjacente à norma, que indica os motivos que determinam a regulação de determinado comportamento. As características consideradas relevantes à regulação, diante da justificação subjacente, constam do predicado fático da norma, com a exclusão daquelas consideradas irrelevantes. Contudo, a despeito do esforço legislativo, sempre será possível que a regra seja subótima, contendo casos de subinclusão e sobreinclusão. Schauer exemplifica as subotimidades, citando uma hipotética regra que proíbe cachorros em restaurantes, com o objetivo de evitar inconvenientes aos clientes. Embora a regra não proíba ursos, a justificação subjacente da norma indica que essa e outras espécies de animais potencialmente inconvenientes devem ser abrangidas pela proibição, de forma que a ausência caracteriza um caso de subinclusão. Em sentido contrário, a ausência de exceção para cachorros adestrados, que não seriam potencialmente inconvenientes, constitui hipótese de sobreinclusão, por estender a proibição para além da justificação subjacente da norma.

Assim, quer seja “porque as normas não são claras, [...] a correta classificação dos fatos pertinentes é questionável ou [...] por haver controvérsia quanto a haver ou não fundamento legal para alguma reivindicação [...]” (MACCORMICK, 2009, p. 127), tem-se que a indeterminação é uma característica inerente ao direito. Consequentemente, nem todos os casos submetidos a julgamento poderão ser solucionados pela aplicação direta das normas postas, independentemente da maior ou menor abrangência de determinado direito positivo, e, por conta de tal limitação, é possível “esgotar as normas sem que esgotemos nossa necessidade de decisões jurídicas” (MACCORMICK, 2009, p. 127).

Quando o direito posto se esgota, sem que a solução para o caso submetido a julgamento tenha sido encontrada, o julgador é obrigado a recorrer àquilo que MacCormick chama de justificação de segunda ordem⁹¹. Por se tratar de fundamentação desenvolvida em espaço decisório não estritamente delimitado pelo texto legal, o julgador, no âmbito da justificação de segunda ordem, terá que selecionar, dentre as múltiplas soluções possíveis, a mais adequada para aquele determinado caso concreto. Nesse sentido MacCormick aponta que a “justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: entre possíveis deliberações rivais” (2009, p. 109).

Como enfatiza Pugliesi (2016, p. 104), embora a decisão que recorre à justificação de segunda ordem conte com certa discricionariedade, a escolha entre as possíveis deliberações rivais não decorre do livre arbítrio do julgador e é tomada “sob uma estrutura de conhecimento, ou seja, sob um corpo de direito normativo, pelo que não pode ser admitida uma proposta de deliberação completamente dissociada do ordenamento jurídico” (PUGLIESI, 2016, p. 104).

MacCormick (2009, p. 137) estrutura a justificação de segunda ordem em dois níveis de análise e estabelece critérios para orientar a seleção da melhor alternativa decisória após o esgotamento da fonte normativa primária. Segundo o autor, a escolha, entre as possíveis deliberações reciprocamente opostas, realizada no contexto da justificação de segunda ordem, deve ser realizada mediante a análise comparativa das alternativas disponíveis, com a rejeição daquelas que não

⁹¹ O significado atribuído por MacCormick ao termo “justificação de segunda ordem” difere e não se confunde com aquele atribuído por Sunstein e Ullmann-Margalit (2018) ao termo “decisão de segunda ordem”. Cf. nota de rodapé 72, o termo “decisão de segunda-ordem” é associado às metas-decisões anteriores ao processo de tomada de decisão de primeira-ordem, por meio das quais são estabelecidos os parâmetros ou estratégias decisórias a serem adotadas.

façam sentido no mundo ou que não façam sentido no contexto do sistema de direito normativo no qual a decisão é proferida (MACCORMICK, 2009, p. 131).

O duplo critério de verificação proposto - o que faz sentido no mundo e o que faz sentido no contexto do sistema – é explicado por MacCormick a partir de analogia com a teoria popperiana de justificação científica:

Há uma analogia proveitosa a ser feita aqui com relação à teoria popperiana de justificação científica: para sir Karl Popper, o elemento lógico na descoberta científica é a lógica da verificação. O cientista elabora uma explicação de uma certa faixa de fenômenos, que se opõe a outras possíveis explicações dos mesmos fenômenos. O processo de experimentação é um processo de verificação de duas hipóteses contrárias como explicações. Pois uma experiência pertinente é aquela que consegue provar a falsidade de uma ou outra das previsões acerca de seu resultado que o cientista deriva das duas hipóteses contrárias. Nenhuma teoria pode jamais ser provada verdadeira por um procedimento desses. Contudo, se uma teoria for corroborada enquanto uma contrária é refutada por essa experimentação, será justificado que acatemos à primeira em lugar da segunda.

Logo, um elemento na verificação diz respeito ao que acontece no mundo: qual é a prova empírica? Existe outro, porém, já que a interpretação das provas envolve necessariamente o uso de pressupostos que pertencem eles mesmos à teoria científica. [...].

Portanto, nunca verificamos hipóteses científicas simplesmente num vazio. Elas são sempre e necessariamente verificadas no contexto do todo de uma teoria com a qual sejam compatíveis e em conjunto com a qual façam sentido. [...]

Um sistema jurídico não é uma ciência natural e, sob aspectos importantes, é fundamentalmente diferente. No entanto, do ponto de vista da lógica da justificação, existem dois pontos de contato: as decisões jurídicas tratam do "mundo real", da mesma forma que as hipóteses científicas; e o fazem não num vazio, mas no contexto de toda uma estrutura de "conhecimento" - nesse caso, todo o corpo do sistema de direito normativo, em vez de um corpo de teoria.

Em termos simples, as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico. (MACCORMICK, 2009, p. 129-130).

No entanto, não se pode perder de vista que, como enfatiza o autor, as deliberações legais, ao contrário da justificação científica, não têm por objetivo a descrição do mundo, por meio da descoberta das consequências de determinadas condições. Pelo contrário, as decisões judiciais, ao invés de relatar, fixam padrões de comportamento, por meio do estabelecimento de quais consequências devem se seguir a determinadas condições. Assim, ao decidir entre deliberações opostas, o julgador estabelece o que constituirá um padrão de conduta em determinada sociedade e, para tanto, deve sopesar e considerar as: “diferenças que resultariam da adoção e aplicação de uma ou da outra dessas deliberações opostas numa situação social concreta” (MACCORMICK, 2009, p. 132).

É nesse ponto da análise que as considerações consequentialistas ganham espaço na teoria da argumentação jurídica de MacCormick. Segundo o autor, o julgador, nessa primeira etapa da justificação de segunda ordem, tendente a verificar se a deliberação “faz sentido no mundo”, prospecta o estado de mundo resultante da adoção de cada uma das deliberações rivais e avalia, de acordo com critérios ao menos em parte subjetivos, se tais consequências são aceitáveis ou não. Trata-se, portanto, de um juízo de natureza consequentialista, avaliatória e subjetiva (MACCORMICK, 2009, p. 134-135).

Contudo, essa avaliação inicial das possíveis deliberações rivais, pautada por considerações consequentialistas, ainda que realizada após o esgotamento das normas postas pelo direito positivo, é delimitada e deve ser autorizada pelo sistema jurídico e “pelo Direito como ele é” (MACCORMICK, 2009, p.136)⁹². Vale dizer, por mais oportuna ou conveniente que determinada linha decisória se mostre, a partir de um ponto de vista consequentialista, a deliberação somente poderá ser adotada e justificada como “decisão legal” se encontrar respaldo em princípios jurídicos mais abrangentes, cujo teor ultrapassa o texto legal das normas já estabelecidas e que refletem os valores adotados pelo sistema jurídico (MACCORMICK, 2009, p. 136-137).

A verificação dessa conformidade sistêmica se dá no âmbito da segunda etapa da justificação de segunda ordem, cujo objetivo é averiguar se a deliberação proposta “faz sentido no sistema” (MACCORMICK, 2009, p. 135).

A partir da premissa de que o sistema jurídico constitui um “corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível” (MACCORMICK, 2009, p. 135), as possíveis deliberações são testadas em relação à sua conformidade com esse corpo de normas, com o objetivo de evitar eventual ruptura da coesão e coerência que se espere desse sistema.

⁹² Optou-se pelo emprego da expressão “pelo Direito como ele é”, ao invés de “pela lei como ela é”, como apresentado pela tradução para a língua portuguesa, pois, como explica Pugliesi (2016, p. 106), MacCormick, ao apontar o limite a que está sujeita a fundamentação consequentialista, realizada no âmbito da justificação de segunda ordem, não se refere ao direito legislado (esgotado na justificação de primeira ordem), e sim ao Direito em sentido amplo.: “A tradução para a língua portuguesa utilizou a expressão ‘pela lei como ela é’. No entanto, o raciocínio do autor não se limita à lei no sentido de direito positivo, de modo que a opção pela expressão ‘pelo Direito’ mostra-se mais coerente com o raciocínio desenvolvido na obra original”. (PUGLIESI, 2016, p. 106).

O sentido atribuído por MacCormick (2009, p. 135) ao termo coesão é estrito e significa a inexistência de contradições entre as normas válidas e estabelecidas em determinado sistema. Assim, se duas proposições normativas conflitantes não puderem ser harmonizadas por meio da interpretação, uma delas deverá ser eliminada, sob pena de ruptura da coesão do sistema jurídico.

O termo coerência, por outro lado, é empregado em um sentido mais amplo e reflete a exigência de que o conjunto de normas que integram o sistema jurídico possa ser visto como manifestação de um corpo harmônico de princípios gerais e como meio de ordenação social tendente a realização de determinados valores inteligíveis e mutuamente compatíveis (MACCORMICK, 2009, p. 136).

Pugliesi ressalta que, para compreensão da exigência de coerência na teoria de MacCormick, é necessário considerar que, para o autor, o direito “envolve a ideia de ordem normativa, pelo que ele está fundado em valores e princípios que precedem as normas individuais” e “cada norma pode ser vista como uma manifestação de um princípio geral” (2016, p. 105). Assim, a deliberação judicial deverá ser coerente com esse conjunto de valores e princípios gerais que fundamentam a ordem normativa e precedem as normas individuais.

Desta forma, tem-se que a justificação de segunda ordem, para MacCormick, é aquela realizada pelo julgador quando as normas jurídicas postas se esgotam e envolve duas diferentes etapas argumentativas, que interagem e se sobrepõem: a argumentação consequencialista, de natureza valorativa e subjetiva; e a argumentação acerca da compatibilidade da solução proposta com os valores da ordem normativa, destinada a verificar se há coesão e coerência com o sistema jurídico existente (MACCORMICK, 2009, p. 137).

2.4 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE POSNER COMO POSSÍVEL REFERENCIAL TEÓRICO PARA INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB

Tendo sido apresentadas as teorias da adjudicação judicial desenvolvidas por Posner (2009), por Sunstein e Vermeule (2003) e por MacCormick (2009), citadas pela doutrina como possíveis referenciais teóricos para interpretação e aplicação das exigências consequencialistas introduzidas pela Lei 13.665/2018 (LEAL, 2021, p. 05 e 22-23; ALVES, 2019, p. 135 e DIDIER JÚNIOR; OLIVEIRA, 2019, p. 152-154), resta averiguar qual dessas concepções teóricas oferece o

referencial mais adequado para interpretação da sistemática decisória instituída pela reforma da LINDB.

Adotando-se o texto do art. 20 da LINDB - que, conforme visto⁹³, parece instituir um consequencialismo fraco e residual (SCHUARTZ, 2008, p. 131 e TIMM, 2019) - como parâmetro para definição do referencial teórico a ser adotado, a teoria da argumentação de MacCormick, que atribui um caráter subsidiário à argumentação consequencialista, parece ser aquela que mais se aproxima da dinâmica decisória estabelecida pelo dispositivo legal.

Nesse sentido, é a posição de Francisco Maia Alves, segundo o qual:

O dispositivo parece sugerir que a avaliação das consequências se inicia após se encerrar a tentativa de extrair a norma válida para resolver o caso, isto é, após o esforço de interpretar o direito disponível. Ao final desse processo hermenêutico, se o único critério de decisão forem valores jurídicos abstratos ou conceitos indeterminados, isto é, quando o caso ainda permanecer na zona de indeterminação do direito, a autoridade deve se valer da análise consequencialista como critério de decisão.

Dessa forma, consequencialismo do art. 20 da LINDB parece estar de acordo com a teoria de Neil MacCormick, que prevê o uso da justificação de segunda ordem, incluindo a avaliação de consequências, para a solução de casos difíceis não abarcados pelo silogismo das regras jurídicas. (ALVES, 2019, p. 135-136)

A adoção da teoria da argumentação jurídica de MacCormick, como referencial teórico para interpretação da sistemática adjudicatória instituída pela Lei 13.665/2018, traria a vantagem adicional de atenuar a tensão, antes apontada, entre o pragmatismo jurídico instituído pela LINDB e os postulados hermenêuticos da integridade e da coerência, previstos no art. 926 do CPC (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 121).

Como visto, MacCormick integra, no âmbito da justificação de segunda ordem, considerações de ordem consequencialista e de coerência sistêmica e submete a admissibilidade das primeiras a sua conformidade com as demais proposições normativas existentes em determinado sistema jurídico (coesão) e com os princípios gerais que fundamentam a ordem normativa existente (coerência). Assim, a adoção da teoria da argumentação jurídica de MacCormick, como referencial teórico, possibilitaria a aplicação integrada e coerente das exigências contidas no art. 20 da LINDB e no art. 926 do CPC.

⁹³ Cf. tópico 1.3.2 supra.

Contudo, mais do que a literalidade do texto dos novos dispositivos legais, a definição do referencial teórico, para interpretação do consequencialismo decisório instituído pela Lei 13.665/2018, deve considerar os objetivos que nortearam a edição da reforma legislativa. Como exposto anteriormente, a reforma da LINDB veio à lume em um cenário de acentuada crise hermenêutica e é fruto de proposta legislativa, desenvolvida em âmbito acadêmico, por Sundfeld e Marques Neto (2013), a partir da premissa de que a atividade decisória brasileira é marcada pela insegurança jurídica e incerteza⁹⁴. Segundo a proposta de Sundfeld e Marques Neto, que resultou na edição da Lei 13.665/2018, o enfrentamento do problema demanda a adoção de paradigma no sentido de que as autoridades públicas têm o dever de medir consequências e considerar alternativas, em vista dos obstáculos e circunstâncias da vida prática, sem que lhes seja dado o direito de “tomar decisões desconectadas do mundo real” (MARQUES NETO, SUNDFELD, 2013, p. 279).

Nesse ponto específico, a teoria de argumentação jurídica de MacCormick, construída a partir de elementos tradicionais da teoria do direito e que contam com elevado nível de abstração (como os conceitos de coerência e coesão do sistema jurídico, de princípios gerais que fundamentam a ordem normativa e de lacunas legislativas), parece se distanciar do objetivo do legislador reformista, de incorporar e vincular as contingências da vida prática e do mundo real ao processo de tomada de decisão, notadamente quando comparada com as construções teóricas de Posner e de Sunstein e Vermeule, que atribuem centralidade à consideração de circunstâncias empíricas.

Ademais, dado o cenário de crise hermenêutica, reportado no tópico 1.1.2 supra, o critério proposto por MacCormick, para delimitar o emprego da chamada justificação de segunda ordem, no âmbito da qual o julgador conta com maior grau de discricionariedade decisória, provavelmente se mostraria pouco eficaz para debelar o cenário de crise e conter o subjetivismo decisório, tendo em vista a relativa facilidade com que pode ser contornado retoricamente.

Como exposto anteriormente, MacCormick condiciona o emprego da justificação de segunda ordem ao prévio esgotamento das normas jurídicas postas, sem que a solução para o caso submetido a julgamento tenha sido encontrada. Em outras palavras, somente no caso de lacuna legislativa é que o julgador estaria

⁹⁴ Conforme tópico 1.3 supra.

autorizado a selecionar as possíveis deliberações rivais com base em critérios de segunda ordem, de natureza consequencialista, avaliatória e subjetiva.

A própria nomenclatura adotada indica o caráter subsidiário que se pretendeu atribuir à chamada justificação de segunda ordem. Com isso, o espaço para o exercício de relativa discricionariedade judicial restaria bem delimitado às hipóteses de insuficiência do direito positivo, de forma que, ordinariamente, a decisão judicial estaria adstrita aos limites postos pelo texto legal. Para ultrapassar tais limites, o decisor atrairia para si o ônus argumentativo de demonstrar a presença de lacuna normativa.

Contudo, como demonstra Riccardo Guastini, “as lacunas normativas não são defeitos ‘objetivos’ do sistema jurídico [...]” e a “interpretação pode criá-las, assim como evitá-las”⁹⁵ (2015, p. 32). Em outras palavras, a (in)existência de solução expressa para determinada controvérsia no texto legal não constitui circunstância objetiva, a ser descoberta pelo intérprete⁹⁶, e sim é resultado de determinada interpretação⁹⁷, eleita pelo intérprete dentre várias possíveis⁹⁸. Nessa perspectiva, as lacunas não são descobertas interpretativamente, e sim construídas pelo intérprete.

Como explica Guastini:

⁹⁵ Tradução livre do original em espanhol: “las lagunas normativas no son defectos ‘objetivos’ del sistema jurídico: dependen de la interpretación. La interpretación puede crearlas así como evitarlas”. (GUASTINI, 2015, p. 32).

⁹⁶ Como sustenta o formalismo ou cognitivismo interpretativo, segundo o qual “o intérprete apenas revela o sentido inerente ao texto legal, pois o ato de interpretar é mero ato de conhecimento” (MARANHÃO, 2022, p. 32).

⁹⁷ Maranhão, com esteio na doutrina de Guastini, aponta que o termo interpretação não é unívoco e comporta pelo menos quatro ambiguidades: “(i) interpretação como atividade e interpretação como resultado dessa atividade; (ii) interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*; (iii) interpretação cognitiva e interpretação decisória; (iv) interpretação em sentido estrito e construção jurídica” (2022, p. 31-32).

⁹⁸ “Seguindo a linha kelseniana, Guastini assevera que invariavelmente um texto legal contém mais de uma norma, portanto, a interpretação cognitiva é a que identifica os diversos significados possíveis do marco interpretativo (ou ‘moldura’), vale dizer, do dispositivo normativo, sem escolher nenhum deles. É por ocasião da interpretação decisória que haverá a escolha de um dos significados identificados pela interpretação cognitiva, descartando-se os demais, também denominada de interpretação decisória standard. Dela difere a interpretação criativa, por meio da qual se atribui um significado novo ao texto, isto é, não compreendido dentro do marco normativo identificado pela interpretação cognitiva.

Portanto, se de um lado a interpretação jurídica refere-se a atribuição de significado a um texto, de outro, a construção jurídica engloba uma série de operações afetas à doutrina e, no que for possível, também à jurisprudência, como por exemplo, a criação de lacunas axiológicas, a dedução de normas implícitas do sistema normativo, a construção de hierarquias axiológicas ou de princípios implícitos ou de metanormas, concretização de princípios explícitos, ponderação de princípios em rota de colisão etc. (MARANHÃO, 2015, p. 31-32).

Na maioria dos casos, o que intuitivamente parece ser uma interpretação "criativa" consiste em obter do texto normas não expressas – chamadas "implícitas" – por meios pseudológicos, ou seja, por meio de raciocínio não dedutivo (por exemplo, por meio de argumento analógico, argumento a contrario, etc.). Tal operação não é, a rigor, um ato de "interpretação": é um verdadeiro ato nomopoiético, isto é, de criação normativa, cujo nome apropriado é (talvez) "construção jurídica". [...] Por "interpretação" ora nos referimos à atribuição de sentido a um texto (interpretação propriamente dita), ora ao que chamaremos – para usar uma expressão de Rudolf von Jhering – de "construção jurídica". A atividade de construção jurídica compreende uma vasta série de operações inferenciais características da doutrina (principalmente da doutrina, mas, claro, também da jurisprudência), das quais seria difícil fazer uma lista completa. No entanto, podem ser mencionados (pelo menos): (i) construção de lacunas (normativas e axiológicas); (ii) construção de hierarquias axiológicas; (iii) construção de exceções implícitas; E acima de tudo; (iv) construção de normas implícitas. Essas operações estão estritamente conectadas entre si e entre si. Por exemplo: a construção de exceções implícitas serve para criar lacunas normativas e axiológicas; a construção de normas implícitas serve para resolver lacunas axiológicas e normativas (bem como para concretizar princípios); a construção de hierarquias axiológicas serve para criar normas implícitas (e para resolver conflitos entre princípios); etc.⁹⁹ (2015, p. 20).

Segundo o autor, as lacunas normativas podem ser construídas por meio daquilo que chama de "argumento *a contrario* em função interpretativa"¹⁰⁰ e de "argumento da diferença ou da dissociação".

Na primeira hipótese, o intérprete adota interpretação literal do texto legal e exclui de sua incidência qualquer outra espécie de fato, além daquele expressamente previsto na norma interpretada, ainda que a ele assemelhado. Com

⁹⁹ Tradução livre para o original em espanhol: "En la mayor parte de los casos, lo que intuitivamente se presenta como una interpretación 'creativa' consiste en obtener del texto normas no expresadas –llamadas 'implícitas' – con medios pseudo-lógicos, es decir, mediante razonamientos no deductivos (por ejemplo, mediante el argumento analógico, el argumento a contrario, etc.). Tal operación no es, estrictamente hablando, un acto de 'interpretación': se trata de un verdadero acto nomopoiético, es decir de creación normativa, cuyo nombre apropiado es (tal vez) 'construcción jurídica'. [...]"

Con la palabra 'interpretación' nos referimos a veces a la atribución de significado a un texto (interpretación propiamente dicha), otras veces a eso que, a falta de algo mejor, llamaremos – utilizando una expresión de Rudolf von Jhering – 'construcción jurídica'.

La actividad de construcción jurídica incluye una vasta serie de operaciones inferenciales características de la doctrina (principalmente de la doctrina, pero, claro está, también de la jurisprudencia), de las que sería difícil realizar un elenco completo. Sin embargo, se pueden mencionar (al menos) las siguientes: (i) construcción de lagunas (normativas y axiológicas); (ii) construcción de jerarquías axiológicas; (iii) construcción de excepciones implícitas; y sobre todo; (iv) construcción de normas implícitas.

Dichas operaciones están estrictamente conectadas entre sí y cada una con las otras. Por ejemplo: la construcción de excepciones implícitas sirve para crear lagunas normativas y axiológicas; la construcción de normas implícitas sirve para resolver lagunas axiológicas y normativas (así como para concretar principios); la construcción de jerarquías axiológicas sirve para crear normas implícitas (y para resolver conflictos entre principios); etc." (GUASTINI, 2015, p. 20).

¹⁰⁰ O argumento *a contrario* em função interpretativa é assim conceituado por Guastini: "se puede interpretar la disposición al pie de la letra: la disposición no disse nada sobre los casos no-H, que permanecen por lo tanto simplemente carentes de cualquier regulación: la disposición se aplica "solo" a la clase de casos H en el sentido que calla sobre la clase complementaria. (2015, p. 30).

isso, cria-se lacuna normativa, a ser suprida pelo decisor, em relação a todos os casos que tratem de fatos assemelhados, mas não expressamente nominados no texto da lei (GUASTINI, 2015, p. 32).

Na segunda hipótese, por meio do argumento da diferença ou da dissociação, o intérprete promove dissociação da classe expressamente regulamentada pelo texto da lei, dividindo-a em uma classe principal e em subclasses, que são apontadas como “substancialmente diferentes” da classe principal. A partir dessa diferenciação, torna-se possível sustentar que a regulamentação legal não abrange as subclasses e cria-se lacuna normativa em relação aos fatos que correspondem a tais subclasses.

Além de lacunas normativas, Guastini (2015, p. 33) aponta a possibilidade de o intérprete construir lacunas axiológicas no texto legal. Nessa hipótese, a lacuna não decorre de uma omissão normativa propriamente dita, mas sim da existência de regulamentação que é considerada inadequada, a partir de uma perspectiva valorativa. Como enfatiza o autor, as “lacunas axiológicas dependem de juízos de valor do intérprete: é o intérprete que ‘constrói’ valorativamente ditas lacunas”¹⁰¹ (GUASTINI, 2015, p. 33).

As lacunas axiológicas podem ser criadas de duas maneiras: é possível que o intérprete considere que determinado pressuposto fático, não previsto pela norma, deveria ter sido regulamentado ou que determinado pressuposto fático, expressamente previsto pela norma, foi regulamentado de forma axiologicamente inadequada (GUASTINI, 2015, p. 33).

A título de exemplo da primeira espécie de lacuna axiológica, o autor cita norma hipotética que outorgue determinado direito a uma classe de sujeitos (p. ex. professores universitários), sem conceder o mesmo direito a outra classe, considerada substancialmente igual pelo intérprete (p. ex. professores de escolas secundárias). Assim, a inexistência de norma outorgando o mesmo direito à classe substancialmente igual constituiria lacuna axiológica a ser suprida interpretativamente.

O mesmo exemplo pode ser utilizado para ilustrar a dinâmica de construção da segunda espécie de lacuna axiológica. Se determinada norma hipotética outorga

¹⁰¹ Tradução livre do original em espanhol: “[...] lagunas axiológicas dependen de juicios de valor del intérprete: es el intérprete que ‘construye’ valorativamente dichas lagunas” (GUASTINI, 2015, p. 33).

determinado direito a uma classe de sujeitos (por ex. professores), no interior da qual o intérprete considera haver subclasses substancialmente diferentes (p. ex. professores universitários e professores de escolas secundárias), é possível apontar lacuna legislativa em razão da ausência de norma outorgando direitos distintos a cada uma das subclasses consideradas substancialmente distintas. Como resultado, uma exceção implícita é inserida no texto da norma legal, que deixa de ser aplicável “a todos os pressupostos fáticos literalmente previstos, mas apenas a uma de suas subclasses, enquanto a outra restará não regulamentada pelo direito” (GUASTINI, 2015, p. 33).

A construção de lacunas axiológicas possibilita ao intérprete/decisor contornar os limites estabelecidos pelo texto legal, com elevado grau de discricionariedade, por meio do emprego de argumentação baseada em valores ou princípios jurídicos. Como visto anteriormente, um dos objetivos centrais da reforma da LINDB foi justamente restringir as possibilidades do uso abusivo desse tipo de técnica retórica, ao qual se associa, em grande medida, o surgimento da crise hermenêutica retratada no tópico 1.2 supra.

Tem-se, assim que, mesmo em situações expressamente regulamentadas pelo direito positivo, sempre será possível ao intérprete criar lacunas, normativas ou axiológicas, no texto legal, para justificar o emprego de argumentos de segunda ordem e dispor de maior margem de discricionariedade decisória. Diante de tal possibilidade, o critério delimitador proposto por MacCormick provavelmente não constitui meio eficaz para debelar o cenário de crise hermenêutica antes evidenciado, causado justamente pelo abuso da retórica e da argumentação principiológica para contornar os limites estabelecidos pelo direito posto.

Certamente, as condicionantes propostas por Posner e por Sunstein e Vermeule ao exercício da discricionariedade adjudicatória também podem ser contornados retoricamente e não constituem solução definitiva para o problema. Em verdade, como alerta Mendonça (2017, p. 33), qualquer que seja o texto legal ou a teoria adjudicatória adotada¹⁰², é improvável que autoridades interpretativas venham a abdicar de poderes, por meio da própria interpretação, sem que antes ocorra

¹⁰² A esse respeito, Posner afirma que: “O pragmatismo nos ajuda a ver que o sonho de usar a teoria para guiar e restringir a ação política, inclusive judicial, é só isso – um sonho. Se a ação política for para ser restringida, isso tem que ser por fatores psicológicos, profissionais e institucionais em vez de por uma conversa que leve a um consenso moral e político” (2010, p. 43).

verdadeira mudança cultural, com a desconstrução da atual “cultura de empoderamento simbólico de tecnoburocracias, em especial aquelas ligadas ao mundo do direito” (MENDONÇA, 2017, p. 33).

Contudo, as teorias adjudicatórias de Posner e de Sunstein e Vermeule, sobretudo quando comparadas com a proposta de MacCormick, contam com a aparente vantagem de incorporar elementos empíricos e estranhos à teoria tradicional da argumentação jurídica ao processo decisório.

Na teoria adjudicatória de Posner, o empiricismo decorre da análise comparativa das consequências diretas e sistêmicas da decisão judicial, que, como visto, engloba a consideração de elementos jurídicos e extrajurídicos.

Na construção teórica de Sunstein e Vermeule, cujo traço distintivo fundamental é a avaliação das capacidades institucionais dos diferentes órgãos decisórios, que se dá mediante a ponderação das competências e limitações fáticas que condicionam a atuação de cada um desses atores institucionais no mundo real, o caráter empírico da análise é ainda mais nítido.

A incorporação de tais elementos empíricos ao processo adjudicatório, ao mesmo tempo em que aproxima as propostas teóricas de Posner e de Sunstein e Vermeule do objetivo de colocar o decisor em contato com as contingências da vida prática e do mundo real - que, como visto, norteou a proposta acadêmica que resultou na reforma da LINDB - aumenta o ônus argumentativo associado à adoção de deliberação adjudicatória que se afasta dos limites postos pelo texto legal.

Vale dizer, para satisfazer o ônus argumentativo decorrente da adoção das teorias adjudicatórias propostas por Posner e por Sunstein e Vermeule, não basta que a justificação decisória afirme que determinado princípio exige solução diversa daquela prevista em lei. Para tanto, o decisor deverá demonstrar que as condicionantes empíricas acima referenciadas (análise comparativa das consequências direta em relação às consequências sistêmicas ou das capacidades institucionais e efeitos dinâmicos da decisão) autorizam a adoção de tal solução, o que, por tornar mais oneroso, do ponto de vista retórico, o afastamento do sentido literal do texto legal, também parece ir ao encontro dos objetivos da proposta acadêmica que deu origem à legislação reformista.

Ou seja, embora os critérios delimitadores propostos por Posner e por Sunstein e Vermeule também possam ser objeto de críticas, como, por exemplo, pela complexidade que atraem ao processo decisório, a sua adoção, no mínimo,

agrega novas exigências à justificação decisória, estranhas ao discurso jurídico tradicional, e, justamente por essa particularidade, podem ser mais eficazes para atingir o objetivo de combater o abuso retórico dos princípios jurídicos, que norteou a reforma da LINDB.

Assim, o presente trabalho adere à posição defendida por Leal, no sentido de que a versão de pragmatismo jurídico desenvolvida por Posner seria “a mais apropriada para a compreensão do tipo de pragmatismo em que o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) parece investir” (2021, p. 05) e adota a teoria adjudicatória desenvolvida pelo autor norte-americano, com o acréscimo das considerações institucionais propostas por Sunstein e Vermeule, como referencial teórico para interpretação do consequencialismo decisório instituído pela reforma da LINDB.

3 DECISÃO JUDICIAL PRAGMÁTICA E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO

Como antes evidenciado, a exigência da consideração das consequências práticas da decisão não constitui solução automática para o cenário de crise hermenêutica retratado no tópico 1.2 supra e pode dar causa a novos e complexos problemas hermenêuticos. Vale dizer, assim como a argumentação baseada em princípios jurídicos, o consequencialismo pode ser instrumentalizado para acobertar, por meio de sofisticadas estratégias retóricas, subjetivismos e abusos decisórios (SCHUARTZ, 2009, p. 157-158).

Nessa perspectiva, o dever de fundamentação, enquanto garantia diretamente relacionada à contenção do exercício arbitrário do poder (LIEBMAN, 1983, p. 236), constitui importante ferramenta de controle da prognose e valoração das consequências associadas às alternativas de decisão vislumbradas pelo julgador.

Desta forma, tendo o legislador tornado a prospecção das consequências práticas da decisão uma exigência legal, é preciso estabelecer, por meio da investigação e discussão acadêmica, de que forma essa prospecção deve ser realizada e justificada na fundamentação decisória, sob pena de a nova legislação, ao revés de atingir o objetivo declarado de aumentar a segurança jurídica, aprofundar o cenário de crise hermenêutica.

Assim, este derradeiro capítulo busca situar a exigência contida no art. 20 da LINDB no complexo normativo que regulamenta a fundamentação da decisão judicial no direito brasileiro e especificar os diferentes aspectos do raciocínio prospectivo consequencialista, que devem ser expostos na justificação da decisão que emprega a consideração de suas consequências práticas como fundamento decisório.

3.1 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO

O desenvolvimento e a consolidação do dever de fundamentação¹⁰³ dos provimentos judiciais estão diretamente relacionados à modificação da fonte de legitimidade do exercício da jurisdição, que gradativamente deixa de decorrer da autoridade daquele que a exerce e passa a encontrar lastro na qualidade e solidez dos argumentos que embasam a decisão (NASCIMENTO, 2019, p. 120). Embora a exigência de motivar os julgamentos seja amplamente estabelecida nos dias de hoje e intrinsecamente vinculada ao exercício democrático da jurisdição, Rene David lembra que: "durante muito tempo concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado" (2002, p. 158)

Em que pese seu desenvolvimento não tenha ocorrido de forma uniforme, experimentando avanços e retrocessos ao longo da história e evoluindo de maneira diversa nos diferentes ordenamentos jurídicos (TARUFFO, 2015, p. 276), a análise histórica do desenvolvimento da exigência de fundamentação evidencia o movimento de transição da fonte de legitimidade da atividade jurisdicional e sua relação com a crescente exigência de justificação das decisões judiciais.

Nesse sentido, Liebman afirma que a história do processo pode ser compreendida como a história dos esforços empreendidos por legisladores e juristas para contenção do arbítrio e ressalta que tal mister somente pode ser plenamente alcançado com a exigência de exposição do *iter* lógico percorrido pelo julgador para construção da decisão, sujeitando-a, assim, ao controle quanto a observância dos postulados da legalidade e imparcialidade, inerentes ao Estado de Direito (LIEBMAN, 1983, p. 236)

¹⁰³ Optou-se pelo emprego do termo fundamentação, ao invés de motivação, para designação do ato de expor as razões jurídicas que embasam uma decisão, por entendermos que assiste razão à parcela da doutrina que sustenta ser esta a terminologia mais adequada e coerente com redação do art. 93, IX, da CF/88 e do art. 489, § 1º, do CPC/15 (Pereira, 2019b, p. RB 4-1). Além disso, como pontua Carlos Frederico Bastos Pereira, do ponto de vista da linguagem filosófica, o termo fundamento remete a uma escolha justificada ou explicável, enquanto motivo seria a causa de uma volição ou ação, mas desprovida de caráter racional (2019b, p. RB-4.1). A partir dessa premissa, Pereira conclui que: "o juiz estaria a decidir em determinado sentido tão somente quando encontrar um ou mais fundamentos para tanto. Não estaria autorizado, porém, quando estivesse apenas diante de um ou mais motivos" (2019b, p. RB-4.1).

No entanto, existe autorizada doutrina que atribui diferente significado aos termos motivação e fundamentação. Por todos, cita-se Cambi e Munaro, para os quais "motivação é a discussão dos motivos e a fundamentação é o resultado final; ou seja, a fundamentação é a análise final dos motivos apreciados no processo". (2019, p. 128).

Contudo, como pontua Taruffo, até o século XVII, a exposição das razões decisórias da sentença, além de não constituir um requisito de validade do ato, era tida como inoportuna, pois se considerava que poderia levar ao enfraquecimento da própria autoridade decisória, pela exposição de eventual *error expressus* e abertura da via recursal (2015, p. 279). Ou seja, ao contrário da concepção contemporânea, que relaciona a autoridade e legitimidade da decisão judicial ao grau e qualidade de sua justificação (ARENHART, 2021), a exposição das razões decisórias, para além de não ser considerada fonte de legitimidade da atividade jurisdicional, era considerada potencial causa de seu enfraquecimento.

A centralização e síntese do poder político na figura do soberano, tida como natural e decorrente de delegação divina no medievo e que se acentua no absolutismo, com a concentração do poder, antes fragmentado entre diferentes poderes senhoriais, na figura do monarca absoluto, explica a inexistência de relação entre a autoridade da decisão e sua fundamentação, vigente naquele momento histórico, pois: "nessa síntese de poderes a função emergente e característica é a de julgar: alguém é príncipe por ser juiz, juiz supremo" (GROSSI, 2014, p. 162) e que, como polo de poder absoluto, não precisa justificar suas decisões.

Somente com a alteração desse contexto político e ideológico é que vão se reunir as condições para que se passe a exigir que as autoridades, notadamente aquelas não eleitas diretamente pelo povo, apresentem as razões que motivam suas decisões e as sujeitem ao escrutínio público. Nesse sentido, tem-se que, como observa Taruffo, "a matriz de que surge a afirmação geral de obrigatoriedade da motivação é mais ideológica e política do que jurídica ou filosófica" (2020, p.281).

Com efeito, em que pese a existência de esparsos registros anteriores e que parte dos historiadores do direito sustente que já no direito romano seria possível identificar traços de um dever embrionário de fundamentação¹⁰⁴, o marco histórico fundamental do surgimento e consolidação de tal dever, como instrumento de controle democrático da atividade jurisdicional, é a legislação revolucionária francesa, fortemente influenciada pelo ideário iluminista (TARUFFO, 2020, p. 20).

¹⁰⁴ Sobretudo no período da *cognitio extra ordinem* ou de cognição extraordinária, terceira fase do direito processual romano, na qual foram instituídas formalidades de validade e eficácia da sentença, adotou-se a forma escrita e foi instituída a possibilidade de interposição de recurso em face da decisão considerada injusta, o que, a despeito da inexistência de exigência expressa, pressupõe a existência de fundamentação apta a ser impugnada pela parte recorrente (TUCCI, 1987, p. 32-33).

Segundo Barbosa Moreira, o dever de fundamentação foi consagrado pela Revolução Francesa, tendo sido instituído inicialmente pelo art. 15, Tít. V, da Lei de Organização Judiciária francesa de 1790 e, posteriormente, pelo art. 208 da Constituição francesa do ano III. (1980, p. 83). Gomes Filho afirma que a inserção de tal exigência no texto constitucional francês, evidencia a dignidade do dever de fundamentação “como instrumento de afirmação da soberania popular em face do Poder Judiciário” e consolida “a percepção sobre a natureza política – e não apenas técnica – do dever de justificar” (2014, p. 540). Taruffo, por sua vez, aponta que tais normas constituem fruto “autônomo e original da ideologia democrática da justiça que emerge no âmbito da própria revolução” e destaca que não foram precedidas de elaboração jurídico-política iniciada no regime anterior, no qual o instituto da motivação era totalmente estranho à praxe judiciária, a evidenciar sua matriz eminentemente ideológica e diretamente relacionada à situação política concreta que emerge com o início do período revolucionário (2020, p. 280).

A exigência de fundamentação começa a se generalizar nas legislações ocidentais na segunda metade do século XIII - podendo ser citados, como exemplo desse fenômeno, além da legislação revolucionária francesa, a *Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana de 1793 e a legislação instituída por reformas anteriores na península itálica, em Nápoles, em 1774 e no Principado de Trento, em 1788 - passando a constituir traço comum nas grandes codificações processuais do século XIX, para, posteriormente, ganhar status constitucional em diversos ordenamentos jurídicos (MOREIRA, 1980, p. 83-84).

Taruffo ressalta a relevância da atribuição de status constitucional ao dever de motivação e relaciona sua adoção generalizada, como verdadeira garantia fundamental, ao surgimento do conceito moderno de Estado:

A constitucionalização do dever de motivação é um fenômeno cuja amplitude (...) não pode ser de modo algum subvalorizada. Existem vários elementos que sustentam essa opinião. Por um lado, a história: é verdade que normas relativas ao dever de motivação existiram, lá e cá, nos séculos precedentes, mas somente com a filosofia iluminista do século XVIII e com as reformas revolucionárias que deram origem ao conceito moderno de Estado, que o dever de motivação virou a regra geral. Ademais, como mostram os exemplos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil, é com as constituições democráticas adotadas depois da queda dos regimes autoritários que se afirma o valor de garantia fundamental do dever de motivação. (2020, pág. 20).

No mesmo sentido, Barbosa Moreira também relaciona a constitucionalização do dever de motivação à sua inserção em um sistema articulado de garantias fundamentais, típico do Estado de Direito:

Dado relevante é a atribuição de dignidade constitucional, em mais de um país, ao dever, imposto aos juízes, de motivar as decisões. O fenômeno não esgota sua significação no acréscimo de estabilidade que assim se imprime à norma, colocada ao abrigo das vicissitudes legislativas em nível ordinário; sugere, ademais, visualização diversa da matéria, pela adequada valoração de seu enquadramento num sistema articulado de garantias fundamentais. [...]

Importa, aliás, registrar a ponderável tendência que se manifesta, mesmo onde não existe regra constitucional expressa, a procurar na sistemática da Lei Maior um suporte para o preceito da motivação obrigatória. Assim é que, na República Federal da Alemanha, doutrina autorizada enxerga na obrigatoriedade da fundamentação reflexo direto de princípios constitucionais, notadamente da garantia do *rechtliches Gehör* (direito de ser ouvido em Juízo) e da subordinação do juiz à lei, consagrada aquela no art. 103, 1.ª alínea, esta no art. 20, 3.ª alínea, da Grundgesetz. (MOREIRA, 1980, p. 83-84).

Trata-se, com efeito, de garantia diretamente ligada ao surgimento do Estado de Direito, enquanto reação aos excessos do absolutismo e ideologia de limitação do poder (GOMES FILHO, 2014, p. 20). Nas palavras de Barbosa Moreira, a sujeição à lei e a necessidade de justificação para qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas é o que “caracteriza o Estado de Direito como ‘*rechtsfertiger Staat*’, como ‘Estado que se justifica’” (1980, p. 89). No mesmo sentido, Leonard Ziesemer Schmitz (2015, p. 183) conceitua o Estado Democrático de Direito como o “Estado que se justifica, para encontrar nessa justificação sua legitimidade” e aponta que é justamente a fundamentação que constitui o fator de legitimidade das decisões e da própria atividade jurisdicional.

É precisamente o caráter de justificativa democrática do uso do poder que diferencia a exigência de fundamentação instituída pela legislação revolucionária francesa das esparsas manifestações anteriores do mesmo fenômeno.

Segundo Taruffo (2020, p. 287), predominava, até então, a concepção no sentido de que a motivação teria uma função eminentemente endoprocessual, voltada exclusivamente às partes do processo e destinada a evidenciar com maior clareza o sentido e significado da decisão e permitir a interposição de eventual recurso, possibilitando a impugnação das razões decisórias pela parte recorrente e sua adequada valoração pelo juízo recursal. Como ressalta o autor, a raiz cultural de tal concepção “não é a ideologia política do iluminismo democrático, mas o

racionalismo funcionalístico e burocrático do despotismo iluminado" (TARUFFO, 2020, p. 287). A partir dessa perspectiva, é possível compatibilizar limitações de diversas ordens com esta função meramente endoprocessual da fundamentação, seja em relação à publicidade da motivação ou mesmo em relação à extensão de tal dever (TARUFFO, 2020, p. 287).

Para além desta função endoprocessual, a revolução francesa inaugura e consolida a concepção que atribui, também e primordialmente, um caráter extraprocessual à exigência de exposição das razões decisórias. Segundo esta concepção da fundamentação, "a *ratio* fundamental do seu dever, consiste em tornar possível o controle externo, por parte da opinião pública e da sociedade em geral, da adequação e da legalidade da decisão". (TARUFFO, 2020, p. 286).

Ao contrário do que ocorre com a função meramente endoprocessual da motivação, o controle externo sobre o exercício do poder jurisdicional somente pode ser efetivamente realizado se exercido de forma ilimitada e incondicionada, não se compatibilizando, portanto, com limitações à total publicidade da motivação ou à extensão de tal dever (TARUFFO, 2020, p. 286).

Esta dimensão extraprocessual do dever de motivação é assim delineada por Barbosa Moreira:

O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da controlabilidade das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle endoprocessual que se precisa assegurar [...] A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como privilégio dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade da motivação obrigatória e pública. (MOREIRA, 1980, p. 91).

É principalmente nessa dimensão extraprocessual da fundamentação que o ato jurisdicional encontra sua legitimidade democrática, na medida em que evidencia que não se trata de fruto da vontade subjetiva do julgador e sim de resposta jurídica a um caso concreto, construída democraticamente por meio do processo e apresentada pelo Poder Judiciário à toda a sociedade, sujeitando-a ao controle, ao menos potencial, de qualquer intérprete (SCHMITZ, 2015, p. 213).

Como pontua Arenhart, a decisão cuja fundamentação é construída em processo público e norteado pela lógica própria do contraditório, sujeita a atuação judicial não só ao escrutínio do público em geral, mas, também, à crítica vigilante de uma audiência especializada, formada pelos operadores do Direito. Trata-se, assim, de uma fiscalização de dupla dimensão, que constitui relevante instrumento de controle democrático do exercício do poder (*accountability*), “provavelmente com efeitos muito mais sensíveis do que aqueles tradicionalmente ligados à fiscalização popular dos atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo” (ARENHART, 2021, p. 08).

Nessa perspectiva, Clayton Maranhão ressalta que:

A fundamentação das decisões judiciais é uma garantia dos direitos do cidadão contra o arbítrio de toda autoridade investida em cargo público de quaisquer dos poderes da República, sendo uma conquista democrática que não pode ser minimizada ou enfraquecida, sob pena de inevitável retrocesso histórico. (MARANHÃO, 2021).

Trata-se, portanto, de relevante conquista democrática e importante instrumento de controle e contenção do subjetivismo e do exercício arbitrário do poder.

3.1.1 Ativismo Judicial e Fundamentação

Contemporaneamente, com a crescente expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário, a legitimação democrática da atuação jurisdicional, por meio da fundamentação, se reveste de renovada importância.

A partir do advento do Estado Social, com a mudança na concepção dos direitos fundamentais, antes vistos como direitos de defesa e limites negativos à intervenção estatal e que passam a ser compreendidos também como fonte de obrigações positivas, tornou-se possível demandar a atuação estatal para efetiva concretização de tais direitos. Com isso, o Poder Judiciário passa a ser chamado a intervir em uma vasta gama de situações para garantir o atendimento de tais obrigações, por vezes interferindo na esfera de atuação típica dos demais poderes.

O fenômeno é assim retratado por Schmitz:

Especialmente no período do pós-guerra e em diante no século XX, podemos dizer ter havido uma mudança significativa nas feições assumidas pelo Estado. De um Estado Liberal, cuja função primordial é a de ordenar e

não intervir na liberdade dos cidadãos, passou-se a um Estado Social, que tem por escopo promover direitos. Esse é o caráter do Brasil, em especial após a Constituição de 1988.

Pode-se dizer que o Estado assume uma função transformadora da sociedade, sem que os elementos básicos de sua existência (a atuação através das leis e em respeito à democracia) tenham sido alterados [...]

Em decorrência desse modelo diferente de Estado, que chamou para si mais atribuições frente aos cidadãos, formou-se na comunidade jurídica uma cultura que quis atribuir aos julgadores mais 'poderes', por conta da necessidade de concretização de direitos prestacionais. [...] Ocorre que [...] esse maior 'poder' é, na verdade, uma maior responsabilidade, e não uma maior liberdade. (2015, p. 181-182)

Como visto, a ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário, que se afasta da tripartição clássica de poderes, é alvo de frequentes críticas e questionamentos, notadamente sob o fundamento da aparente falta de legitimidade democrática para a realização de escolhas valorativas, tipicamente realizadas no âmbito de atuação dos poderes executivo e legislativo (ARENHART, 2021, p. 05).

No âmbito desses questionamentos, essa atuação ampliada frequentemente recebe a alcunha de ativismo judicial. O termo, segundo Luís Roberto Barroso, surge nos Estados Unidos, em um contexto de reação conservadora à atuação progressista da Suprema Corte sob a presidência de Earl Warren, com uma conotação negativa e associada à ideia de exercício impróprio do poder judicial (2013, p. 872-973).

Contudo, Barroso afirma que, depurada a crítica ideológica, o chamado ativismo judicial pode ser compreendido como a atuação jurisdicional, mais ampla e intensa, na concretização das promessas constitucionais, com maior interferência sobre a esfera de atuação típica dos demais poderes. Segundo o autor, essa ampliação dos limites da atuação jurisdicional nem sempre envolve verdadeiro conflito entre os poderes, decorrendo, por vezes, da mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2013, p. 872-874).

Para Marcos Nobre e José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 185-189), o termo ativismo judicial pressupõe uma concepção normativista que naturaliza a tripartição clássica dos poderes e compreende o Legislativo como espaço legítimo e adequado para exercício da política e o espaço jurisdicional como infenso à política, segundo os autores, por conta de uma incompreensão do código do direito e de sua lógica de funcionamento e transformação.

Segundo Arenhart, as críticas à atuação ativa do Poder Judiciário para concretização de direitos fundamentais podem ser situadas em duas diferentes

vertentes. A primeira delas, centrada na relação entre Direito e política e na aparente ausência de responsabilidade (*accountability*) e legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar nessa esfera. A segunda vertente de críticas questiona a capacidade institucional do Poder Judiciário e a adequação do ambiente processual para tomada de decisões com alta carga política (2021, p. 04-05).

O autor destaca que o questionamento quanto à suposta falta de legitimidade política e democrática do Poder Judiciário é, sem dúvida, o óbice levantado com maior frequência frente à atuação jurisdicional ativa na implementação de direitos fundamentais e na concretização de valores constitucionais (ARENHART, 2021, p. 06). Segundo essa crítica, por não se tratar de um poder eleito, faltaria ao Poder Judiciário a legitimidade para intervir e revisar as decisões políticas tomadas por aqueles que foram escolhidos pela população por meio do voto. Assim, a intervenção judicial na esfera de atuação típica dos demais poderes poderia comprometer o direito da população à escolha democrática dos rumos do Estado, por meio do processo eleitoral (ARENHART, 2021, p. 06).

Contudo, ainda segundo Arenhart, esse déficit de legitimidade democrática seria apenas aparente e decorrente de uma concepção simplificada de democracia, que a reduz apenas ao poder do voto, sem considerar que é a própria Constituição que confere ao Judiciário a função de julgar e dar concretude aos valores do Direito. (2021, p. 06) Como demonstra o autor, é a fundamentação da decisão judicial que permite a superação desse questionamento, por meio da demonstração de que a intervenção jurisdicional concretiza os valores constitucionais e, conseqüentemente, prestigia as escolhas dadas pela própria população e assentadas no texto constitucional.

Nas palavras do autor:

Se a fonte dessa legitimidade [...] é a demonstração de que a decisão judicial não é fruto de convicções íntimas ou de uma compreensão política do juiz, mas reflete a orientação do Direito a respeito da questão, é evidente que o foco dessa legitimação está no grau e na qualidade da justificação da decisão. É a demonstração de que as decisões tomadas – sobretudo quando afastam escolhas feitas pelo legislador ou pelo administrador – estão apoiadas em escolhas mais elevadas, feitas pelo povo e concretizadas na Constituição, que confere autoridade e legitimidade ao Poder Judiciário. Por outras palavras, é a demonstração de que as escolhas feitas pelo Judiciário são, *ultima ratio*, as escolhas dadas pela população (e sedimentadas no texto constitucional) que autoriza esse órgão a sobrepor-se às decisões políticas feitas no ambiente legislativo ou executivo. (ARENHART, 2021, p. 06).

Assim, tem-se que, em um Estado Democrático de Direito, a própria legitimidade democrática da decisão judicial decorre de sua fundamentação e da qualidade dos argumentos empregados pelo julgador para demonstrar que sua determinação dá concretude aos ditames legais. Ao contrário do que ocorre com os atos praticados pelos demais poderes, cuja legitimidade advém diretamente da vontade popular, manifestada pelo voto, a autoridade e legitimidade do Poder Judiciário decorre da solidez da fundamentação apresentada pela decisão, que deve evidenciar que sua conclusão não é fruto da vontade subjetiva do julgador, e sim da aplicação do texto legal e valores constitucionais.

3.2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Embora a garantia de fundamentação somente tenha recebido assento constitucional, no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Constituição da República de 1988, a "*obrigatoriedade da motivação tem fundas raízes na tradição luso-brasileira*" (MOREIRA, 1980, p. 85).

Já nas Ordenações Filipinas, editadas em 1603, durante o reinado de Felipe II da Espanha e que vigoraram no Brasil por quase 30 anos após a independência¹⁰⁵, existia exigência expressa de fundamentação das decisões judiciais, cominando pena de multa ao juiz que deixasse de observar tal dever:

E para as partes saberem se lhes convém appellar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes de mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da appellação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar ou absolver, a confirmar, ou revogar.

As finalidades expressamente declaradas pelo dispositivo legal, de permitir às partes a avaliação da conveniência da interposição de recurso e ao juízo recursal o entendimento das razões decisórias, evidenciam seu escopo eminentemente endoprocessual, consoante com a concepção corrente no período de sua vigência,

¹⁰⁵ O Decreto 20 de outubro de 1823 manteve em vigor, no direito brasileiro, as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até abril de 1821, tendo sua vigência perdurado até a edição do Regulamento 737, de 25.11.1850 (CONTE, 2014, p. 62).

ainda impregnado do racionalismo funcionalístico e burocrático do despotismo iluminado (TARUFFO, 2020, p. 287).

O regulamento 737, de 25 de novembro de 1850¹⁰⁶, que constitui o marco de “nascimento do direito processual genuinamente brasileiro” e o “primeiro código de processo elaborado no Brasil” (CONTE, 2014, p. 138), também trazia em seu texto exigência expressa de motivação das decisões judiciais, estabelecendo, em seu art. 232, que: “A sentença deve ser clara, summariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado(...)”.

Francesco Conte observa que mesmo após a Constituição de 1891 ter atribuído competência legislativa aos Estados-Membro para regulamentar o processo civil estadual “a exigência de motivação fora recepcionada e (...) adotada pelos principais códigos de processo civil estaduais”¹⁰⁷, por força da forte influência das Ordenações do Reino e do modelo instituído pelo Regulamento 737, de 1850 (2014, p. 139).

O Código de Processo Civil de 1939, editado após a competência para legislar sobre o processo civil ter sido atribuída à União, pela Constituição de 1937, manteve a exigência expressa de motivação, ao prescrever, em seu art. 118, parágrafo único, a indicação, pelo juiz, dos “fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento” e estabelecer, em seu art. 280, como parte indispensável da sentença, a exposição de seus “fundamentos de fato e de direito”.

O advento do Código de Processo Civil de 1973 não trouxe profundas alterações no tratamento dado à matéria, mantendo-se a exigência de

¹⁰⁶ Barbosa Moreira aponta que o Regulamento nº 737, de 1850, aplicável de início apenas ao processo comercial, teve sua incidência ampliada, após a Proclamação da República, também ao processo civil, pelo Decreto 763, de 19.9.1890, após ter sido evidenciada a superioridade de suas previsões sobre a regulamentação complicada e formalista do processo civil então em vigor. Segundo o autor, mesmo após a Constituição de 1891 outorgar aos Estados competência legislativa para regular a matéria, o regulamento 737 ainda teve sobrevida relativamente longa em Estados que não editaram prontamente seus códigos processuais e que mesmo aqueles que foram editados não se distanciaram muito do modelo do regulamento (MOREIRA, 2001, p. 12).

¹⁰⁷ Ilustrando a ampla adesão à exigência de fundamentação nesse período, Conte menciona os códigos estaduais do Distrito Federal (Decreto nº 16.752, de 31 de dezembro de 1924 - art. 273, caput), do Rio de Janeiro (Lei nº 1.580, de 20 de janeiro de 1919 - art. 1.355); de São Paulo (Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930 - art. 333); do Espírito Santo (Decreto nº 28, de 02 de dezembro de 1930 - art. 259); de Santa Catarina (Lei nº 1.640, de 03 de novembro de 1928 - art. 794); do Paraná (Lei nº 1.915, de 23 de fevereiro de 1920 - art. 231); do Rio Grande do Sul (Lei estadual nº 65, de 16 de janeiro de 1908 - art. 499); de Minas Gerais (Lei n. 830, de 7 de setembro de 1922 - art. 382334); da Bahia (Lei estadual nº 1.121, de 21 de agosto de 1915 - art. 308335); do Ceará (Lei nº. 1.952 de 30 de dezembro de 1921 - art. 330); do Maranhão (Lei nº 65, de 16 de janeiro de 1908 - art. 322) e de Pernambuco (Lei nº 1.672, de 09 de junho 1924 - art. 388) (2014, p. 139).

fundamentação, com pequenos acréscimos em relação à regulamentação prevista no Código de 1939. Em seu artigo 131, o Código de 1973 outorgava ao juiz a livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, e exigia a indicação, na sentença, dos “motivos que lhe formaram o convencimento”. O art. 458 indicava, dentre os requisitos essenciais da sentença, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” e o art. 165 exigia, das sentenças e acórdãos, a observância dos requisitos previstos no art. 458 e, das demais decisões, fundamentação, “ainda que de modo conciso”.

A fundamentação das decisões judiciais ganha status de garantia constitucional expressa^{108 109}, no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação da Constituição da República de 1988, que estabelece, em seu art. 93, IX, que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões [...]”.

Merecem destaque, na redação da previsão constitucional, a abrangência conferida à exigência, que, ao referir-se a todas as decisões, excluiu de sua incidência apenas os despachos de expediente, desprovidos de carga decisória, e a expressa cominação de nulidade para a hipótese de sua inobservância (GOMES FILHO, 2014, p. 61).

Ao tratar acerca da cominação constitucional de nulidade para decisão desprovida de fundamentação, Cambi e Munaro destacam que o texto constitucional usualmente não contém normas sancionadoras, adotando, como regra, uma redação principiológica e descritiva (2019, p. 129). Assim, a opção realizada pelo constituinte, de inserir na própria Constituição a pena de nulidade, revela a extrema gravidade atribuída ao vício (2019, p. 129).

¹⁰⁸ Como apontam Didier Jr.; Braga e Oliveira: “Ainda, porém, que não houvesse disposição constitucional expressa nesse sentido, o dever de motivar não deixaria de corresponder a um direito fundamental do jurisdicionado, eis que é consectário da garantia do devido processo legal e manifestação do Estado de Direito. A regra da motivação compõe o conteúdo mínimo do devido processo legal”. (2019, p. 383).

¹⁰⁹ A necessidade de conferir status constitucional expresso ao dever de fundamentação para garantir sua invulnerabilidade era apontada à época pela doutrina. Por todos, cita-se Barbosa Moreira: “[...] é nossa convicção que o princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais, por espelhar garantia inerente ao Estado de Direito, merece consagração expressa em eventual reformulação da Lei Maior. Sua significação [...] transcende de muito o nível da técnica processual. Está bem que o afirmam os Códigos; mas não é o bastante. [...] O único meio seguro de preservá-lo a invulnerabilidade é inseri-lo, *expressis verbis*, no texto constitucional, a exemplo do que tem feito outros países” (1980, p. 94).

Com efeito, a expressa previsão, pelo texto constitucional, da pena de nulidade ao provimento jurisdicional que carece de fundamentação constitui novidade tanto em nosso ordenamento como no direito constitucional comparado e evidencia “a gravidade dos vícios de motivação, pois a falta de motivos ou a fundamentação deficiente ou contraditória mutilam a própria integridade do ato judicial” (GOMES FILHO, 2014, p. 61).

Assim, diante da grave sanção prevista pelo art. 93, IX, da CF/88, constata-se que, na atual ordem constitucional, a fundamentação constitui verdadeira “condição de possibilidade da decisão judicial” (SCHMITZ, 2015, p. 300).

A esse respeito, é oportuno ressaltar que, ainda que não houvesse disposição constitucional expressa, o dever de fundamentação poderia ser extraído da garantia fundamental do processo justo¹¹⁰, contida no art. 5º, LIV, da CF/88 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) e do qual decorrem diversos direitos fundamentais processuais, que compõe seu conteúdo mínimo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 491).

Marinoni; Arenhart e Mitidiero ressaltam que, embora não seja possível definir em abstrato no que consiste o processo justo, exigido pelo art. 5º, LIV, da CF/88, pois se trata de cláusula geral, que emprega termo indeterminado em seu suporte fático, é possível identificar um perfil mínimo, sem o qual não se pode falar em processo que atenda tal exigência constitucional:

Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões (art. 6º, CPC). Em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 3º, CPC), em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas (art. 7º, CPC), em contraditório (arts. 9º, 10 e 489, § 1º, IV, CPC), com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados (art. 489, CPC), em procedimento público (arts. 11 e 189, CPC), com duração razoável (art.

¹¹⁰ Marinoni; Arenhart e Mitidiero pontuam que, embora o art. 5º, LIV, da CF/88 adote a locução “devido processo legal” (*due process of law*), e não processo justo, a expressão é criticável porque remete ao contexto cultural do Estado de Direito, no qual vigorava a concepção do processo unicamente como meio de contenção ao arbítrio estatal, superada pelo Estado Constitucional que tem por missão promover a tutela de direitos mediante a organização de um processo justo. Os autores também consideram equivocado o empregado da expressão “devido processo legal” equivocada no texto constitucional porque permite que se busque atribuir uma dimensão substancial ao princípio (*substantive due process of law*), que é desnecessária em nosso sistema constitucional, que conta com um “catálogo aberto de direitos fundamentais” e permite o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, ainda que não previstos expressamente no texto constitucional (2015a, p. 489).

4.º, CPC) e em, em sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e com formação de coisa julgada (art. 502, CPC). (2015a, p. 491).

Finalmente, o atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) promoveu avanço determinante no tratamento do tema, concretizando, em maior extensão, a garantia constitucional de fundamentação. Se, até então, o Código de Processo Civil de 1973, recepcionado pela Constituição de 1988, exigia um “padrão médio de fundamentação”, indicando a fundamentação dentre os requisitos essenciais da sentença, o Código de 2015 elevou radicalmente o *standard* de justificação das decisões judiciais e estabeleceu um inédito “padrão máximo de fundamentação” (MARANHÃO, 2016, pág. 117-118), como será demonstrado em tópico específico adiante.

3.2.1 O CPC/2015 e o padrão máximo de fundamentação

O CPC/2015 densifica a garantia constitucional de fundamentação ao estabelecer parâmetros mínimos de qualidade da justificação apresentada pelas decisões (ALVIM *et al.*, 2020, pág. RL 1.98). Para além de exigir a presença de fundamentação como um dos requisitos essenciais da sentença (repetindo, no ponto, exigência já contida no CPC/1939, em seu art. 280, e no CPC/1973, em seu art. 458¹¹¹), o CPC/2015 amplia a exigência e especifica, em seu art. 489, § 1º, hipóteses nas quais a sentença não pode ser considerada fundamentada.

Nesse sentido, Clayton Maranhão explica que a exigência contida na codificação anterior, que estabelecia a presença obrigatória de fundamentação, dentre os requisitos essenciais da sentença, impunha um “padrão médio de justificação das decisões judiciais” (2016) e que, com as novas exigências instituídas pelo art. 489 do CPC/2015, esse padrão foi elevado a um nível máximo:

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com vigência a partir de 18 de março de 2016), figurou dentre as principais novidades um *standard* de fundamentação das decisões judiciais num nível máximo, conectado com a inserção de um sistema de precedentes no direito brasileiro. Esse padrão máximo de fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro pode ser inferido do art. 489 do Novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 (CPC/15), pois, além de manter os elementos formais então estatuídos

¹¹¹ Como pontua ALVIM *et al.*, a redação do atual CPC corrige erro terminológico contido na anterior codificação, ao utilizar o termo elementos da sentença, em vez de requisitos, que são extrínsecos (2020, pág. RL 1.98).

(relatório, fundamentação e dispositivo), ampliou as exigências, sob pena de nulidade. (2016, p. 102 – 103).

Ou seja, diante do padrão máximo de fundamentação estabelecido pelo atual CPC, não basta a presença de fundamentação formal para que a sentença atenda às exigências legais e possa ser considerada válida. É preciso, também, que essa fundamentação preencha os parâmetros de qualidade previstos no art. 489, não incorrendo em nenhum dos defeitos discriminados em seu § 1º.

Como destaca Pugliese (2022, p. 333), as diretrizes contidas no art.489, § 1º, do CPC, que indicam os requisitos mínimos de fundamentação, constituem uma das “pedras fundamentais do processo”, por consagrar seu caráter democrático e possibilitar o controle da decisão. Por este motivo, a interpretação do dispositivo deve ser pautada em critério formalista e partir da premissa de que “a fundamentação adequada não pode ser negociada, interpretada ou reduzida em nível abstrato”. Consequentemente, deve ser rejeitada qualquer interpretação que possibilite a redução de tais regras.

Assim, nos termos do art. 489, § 1º, do CPC, não pode ser considerada fundamentada a decisão judicial que:

- I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Os três primeiros incisos do art. 489, § 1º impõe ao julgador a apresentação de fundamentação específica e diretamente relacionada ao caso concreto submetido a julgamento, vedando-lhe a prolação de decisão genérica e desvinculada de suas particularidades, seja por fazer referência a ato normativo sem explicar sua relação com a causa (inciso I), empregar conceitos jurídicos indeterminados sem evidenciar a razão de sua incidência ao caso concreto (inciso II) ou empregar fundamentação que se prestaria a justificar qualquer outra decisão (inciso III).

Carlos Frederico Bastos Pereira relaciona as exigências contidas nos três primeiros incisos do § 1º, do art. 489 do CPC/15 com a vedação contida na primeira parte do artigo 20 da LINDB, que proíbe a prolação de decisões fundadas em “valores jurídicos abstratos”¹¹² sem a consideração de suas consequências práticas, na medida em que ambas as normas condicionam o emprego de valores, conceitos ou princípios jurídicos abstratos a sua vinculação às especificidades do caso concreto:

[...] uma adequada interpretação do texto da lei compreende a proibição de julgar conforme “valores jurídicos abstratos” como a proibição de que decisões tão somente invoquem normas jurídicas abstratas como critério de decisão, isto é, princípios.

Princípios, como se sabe, são normas jurídicas dotadas de um grau de abstração mais intenso em comparação às regras, cujo suporte fático é mais preciso e delimitado. (...).

Firmada essa primeira premissa, a segunda observação é que não há nenhuma vedação na Constituição ou na legislação infraconstitucional à utilização de uma norma jurídica abstrata como fundamento de uma determinada decisão. O problema não é a abstração da norma jurídica. Toda norma – seja ela uma regra, seja ela um princípio – possui um suporte fático abstrato, variando o grau dessa abstração. Concretas são as circunstâncias fáticas deduzidas e provadas que se enquadram nesse suporte. O problema reside na eventual falta de demonstração de que as circunstâncias fáticas concretas de um determinado caso, narrados na causa de pedir, incidem no suporte fático abstrato da norma.

E para esse problema já existem dispositivos normativos que proibem, na esfera jurisdicional, a aplicação de normas jurídicas abstratas, como os princípios, sem a devida fundamentação, com particularização das circunstâncias concretas do caso.

São as hipóteses de decisão judicial não fundamentada previstas nos incisos I a III, do art. 489, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que cumprem essa função, proibindo que decisões judiciais invoquem normas jurídicas abstratas, como os princípios jurídicos, sem realizar a devida particularização com as circunstâncias do caso concreto.

Conclui-se, assim, no tocante à esfera judicial, que a primeira norma veiculada pelo art. 20, caput, da LINDB coincide com as normas veiculadas pelos incisos I a III, do art. 489, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656). (2019a., p. 5-6).

O inciso IV, do § 1º, do art. 489, impõe a consideração e enfrentamento de todos os argumentos apresentados pelas partes que sejam capazes de infirmar a conclusão adotada pela decisão, prestigiando, assim, o direito fundamental ao contraditório, garantido pelo art. 5º, LV, da CF/88, que assegura “aos litigantes em processo judicial ou administrativo [...] o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹¹² Conforme demonstrado no tópico 1.3.1 supra a referência a valores jurídicos deve ser interpretada como uma referência a princípios jurídicos.

Com efeito, é íntima a relação entre as garantias de fundamentação das decisões judiciais e do contraditório, o que, por sua importância e relação com o tema da pesquisa, será objeto de análise específica em tópico apartado.

O enfrentamento fundamentado dos argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pela decisão, tal como exige o art. 489, § 1º, IV, do CPC/15, é essencial para que a fundamentação cumpra sua função endoprocessual, possibilitando a impugnação recursal das razões decisórias pela parte vencida e que o juízo recursal possa, diante de tais razões, decidir pela manutenção ou reforma da decisão recorrida. É nesse sentido que se afirma que: “a fundamentação é mais importante para o sucumbente do que para o vencedor” (SCHMITZ, 2015, p. 304).

Assim, ainda que o julgador possa se limitar a análise do fundamento determinante para acolher a tese vencedora, deixando de apreciar os demais argumentos apresentados pela parte vitoriosa, o mesmo não ocorre em relação aos argumentos apresentados pela parte vencida, que deverão ser integralmente apreciados. Consequentemente, se “a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2019, p. 423).

A esse respeito, Carlos Frederico Bastos Pereira, aponta que o art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, institui critério de controle intersubjetivo da decisão, a partir da fundamentação apresentada para o caso concreto e lastreado no paradigma da filosofia da linguagem¹¹³, superando o anterior critério de controle baseado no convencimento subjetivo do julgador e fundado no paradigma da filosofia da

¹¹³ “[...] a filosofia da linguagem é assim denominada porque a sua principal preocupação é com os enunciados linguisticamente formulados. A reflexão filosófica, portanto, gira em torno das condições intersubjetivas de validade desses enunciados, afinal, a consciência não tem acesso direto aos objetos, pois o sujeito apenas se refere às coisas do mundo através de enunciados linguísticos. A filosofia da linguagem rejeita a ideia de que o conhecimento está na essência dos objetos (característica típica da filosofia do ser) ou na consciência do sujeito (característica típica da filosofia da consciência). [...]”

A filosofia da linguagem é dividida em duas etapas: (i) primeiro, uma fase sintático/semântica, em que era concebida uma função descritiva da linguagem em relação ao mundo; (ii) segundo, uma fase pragmática, que concebia a função constitutiva da linguagem em relação ao mundo.

A partir dessa segunda etapa, tudo é constituído pela linguagem e nada pode ser compreendido fora da linguagem; e o Direito, como uma manifestação linguística que é, acaba se inserindo nesse novo paradigma”. (PEREIRA, 2019b, p. RB-1.2).

consciência¹¹⁴ (2019b, p. RB 5.4). A partir dessa premissa e da distinção entre os termos argumento e fundamento, o autor delimita a extensão da obrigação imposta ao julgador pelo dispositivo legal:

É crucial estabelecer a diferença entre o conceito de argumento e de fundamento, sobretudo, para os fins do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. O dispositivo não exige que o juiz se manifeste sobre qualquer argumento, mas sobre um argumento qualificado, ou seja, capaz de influir no resultado da demanda, alterando-o. [...] A distinção conceitual é, portanto, importante para compreender que o dispositivo não exige o enfrentamento de todo e qualquer argumento lançado pelas partes; mas, por sua vez, havendo um argumento de fato ou de direito lastreado na causa de pedir, que pode alterar o resultado final (ou seja, um fundamento), é essencial que o juiz ou Tribunal examine-o, seja para acolhê-lo, seja para afastá-lo. No entanto, dizer se uma questão é classificada como argumento ou fundamento também é matéria, que deve ser objeto de fundamentação pelo julgador, permitindo, inclusive, um controle intersubjetivo da qualificação de uma determinada proposição como argumento ou fundamento mediante o contraditório recursal. Essa é a interpretação mais adequada para dar máxima efetividade ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais, inclusive, conjugando harmoniosamente o termo argumento do art. 489, § 1º, IV, com o termo fundamento do art. 10, ambos do CPC/2015. Como é possível perceber, a legislação processual expandiu consideravelmente a possibilidade de controle intersubjetivo da decisão judicial, respeitando o processo como um espaço de debate entre as partes e o juiz, institucionalizando a participação democrática dos agentes jurídicos para influência na formação da decisão. (PEREIRA, 2019b, p. RB – 5.4).

A vedação à decisão-surpresa, contida no art. 10 do CPC/15, que proíbe que seja proferida decisão lastreada em fundamento sobre o qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, também possui relação direta com a exigência de análise fundamentada dos argumentos apresentados, contida no art. 489, § 1º, do CPC, na medida em que visa justamente garantir o poder de influência e argumentação às partes. Vale dizer, de pouco adiantaria exigir que os argumentos das partes fossem considerados pela decisão, se sua fundamentação pudesse ser construída a partir de bases a respeito das quais as partes não tenham tido a oportunidade de se manifestar.

Finalmente, os dois últimos incisos do § 1º, do art. 489 (V e VI), integram o regime jurídico de precedentes instituído pelo CPC/15 (MARANHÃO, 2016, p. 103-104), exigindo que a decisão demonstre a vinculação do caso concreto a precedente

¹¹⁴ “[...] a filosofia da consciência é assim denominada porque a sua principal preocupação é com o sujeito, resumindo-se a uma questão gnosiológica. A reflexão filosófica dessa etapa girava em torno da contraposição entre sujeito e objeto, mais especificamente nas capacidades cognitivas que o sujeito possui em conhecer os objetos à sua disposição. Para essa fase do pensamento filosófico, o conhecimento não reside na essência das coisas, não preexiste ao homem, mas dele depende”. (PEREIRA, 2019b, p. RB-1.2).

ou súmula mencionado em sua fundamentação e condicionando a inobservância de precedente, jurisprudência ou súmula invocado pela parte à demonstração de que existe distinção entre os fatos da causa sob julgamento e aqueles sobre os quais se construiu a *ratio decidendi* do precedente (*distinguish*) ou de que o entendimento foi superado (*overruling*) (DIDIER JR., 2019, p. 426).

Como observam Alvim *et al* (2020, p. RL 1.98), a exigência contida nos incisos V e VI, do § 1º, do art. 489, repete, no que tange às sumulas e aos precedentes, a regra contida nos incisos I, II e III e que exige que a aplicação das normas seja sempre realizada à luz das especificidades do caso concreto.

3.2.2 O art. 20 da LINDB e o dever de fundamentação

O rol de hipóteses de decisões judiciais desprovidas de fundamentação, contido no art. 489, § 1º, do CPC/2015, possui um caráter meramente exemplificativo (CAMBI; MUNARO, 2019, p. 129), sendo possível que a tais hipóteses de fundamentação deficiente se somem outras, seja por construção doutrinária e jurisprudencial ou por previsão legislativa situada em diferentes artigos do próprio CPC ou de outros diplomas legais.

Como visto, até a edição do CPC/2015, a legislação infraconstitucional não regulamentava, com maiores minúcias, no que consistia o dever de fundamentação, garantido pelo art. 93, I, da CF/1988. Nesse hiato, os contornos e exigências, decorrentes de tal dever, foram sendo gradativamente construídos pela praxe judiciária, submetida à crítica doutrinária e jurisprudencial, iniciando-se o processo de densificação da garantia constitucional, que, com o advento do atual CPC, atingiu um padrão máximo.

Como observa Pereira, o art. 93, I, da CF/1988 emprega termo jurídico indeterminado ao estabelecer que serão fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade, sem apresentar critérios que permitam definir no que exatamente consiste uma decisão fundamentada. Consequentemente, a aplicação da norma constitucional exige um processo de densificação para precisar seu alcance e as exigências que devem ser observadas pela decisão para que o dever de fundamentação seja atendido (2019b, p. RB 4.2).

Canotilho aponta que diante do caráter aberto de determinadas normas constitucionais, “torna-se necessário que, a diferentes níveis de realização ou

concretização [...] se aproxime a norma constitucional da realidade” (2007, p. 1222) e que essa aproximação da norma jurídica à realidade, que lhe confere verdadeira normatividade, ocorre por meio de sua transformação, por intermédio da densificação e concretização, em norma de decisão, aplicável a casos concretos (2007, p. 1221-1222). Esse processo de concretização e densificação das normas constitucionais é assim descrito pelo autor:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta – norma jurídica – que por sua vez será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução de casos jurídicos-constitucionais teremos o resultado final da concretização. (...)

Densificar uma norma significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos.

As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto. (CANOTILHO, 2007, p. 1201)

Considerando que o processo de densificação confere normatividade à norma constitucional que emprega termo indeterminado, tal como ocorre com a exigência de que sejam fundamentadas todas as decisões, contida no art. 93, IX, da CF/88, constata-se que, quanto mais detalhada e minuciosa for sua definição, em maior medida a garantia constitucional será concretizada.

Assim, “a densificação legislativa no âmbito infraconstitucional, incorporada pelo CPC/2015, não encerra as hipóteses de fundamentação, mas apenas ressalta a existência de tipicidade quanto a essas hipóteses” (PEREIRA, 2019b, RB 4.2), sem prejuízo de que a elas se agreguem novas hipóteses típicas ou atípicas, conferindo-se maior densidade e normatividade ao preceito constitucional.

Nesse sentido, o próprio CPC/2015, para além das disposições contidas no § 1º, do art. 489, contém vasta gama de dispositivos que orientam a interpretação jurisdicional do direito e ampliam a regulamentação do dever de fundamentação, dando maior concretude e densificação à garantia contida no art. 93, IX, da CF/88. São exemplos, nesse sentido, as disposições contidas no art 8º (razoabilidade e proporcionalidade), art. 10º (vedação à decisão-surpresa), art. 926 (integridade e coerência), além dos §§ 2º e 3 do próprio art. 489 (ponderação e boa-fé).

A esse respeito, Didier Júnior e Oliveira, a partir do conceito de postulado hermenêutico proposto por Humberto Ávila¹¹⁵, afirmam que o CPC/2015 traz em seu bojo uma “verdadeira constelação de postulados hermenêuticos”, a qual vem se somar o “postulado do pragmatismo”, introduzido em nosso sistema pelo art. 20 da LINDB (DIDIER JR.; OLIVEIRA, 2019, p. 150).

No mesmo sentido, Pereira, também enquadrando a exigência de prospecção consequencialista introduzida pelo art. 20 da LINDB ao conceito de postulado hermenêutico, afirma que:

[...] o argumento consequencialista não pode ser o único e exclusivo fundamento determinante para embasar a decisão judicial. Se não há preponderância do consequencialismo, mas apenas uma incidência em uma hipótese fática específica, mesmo nessa hipótese fática específica a argumentação consequencialista deve vir acompanhada de outras espécies de argumentos, sobretudo aqueles de caráter institucional, que contribuam para reconduzir a fundamentação ao ordenamento jurídico. Assim, o postulado que determina a necessidade de observar as consequências práticas da decisão judicial (art. 20 da LINDB) convive com outros postulados previstos no CPC/2015 (LGL\2015\1656), como a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º), a coerência e a integridade (art. 926). (2019a, p. 09).

A partir da concepção de uma constelação de postulados hermenêuticos coexistindo em nosso ordenamento jurídico, Didier Júnior e Oliveira sustentam que a exigência de prospecção consequencialista, contida no art. 20 da LINDB, deve ser interpretada como parte integrante das demais diretrizes legais, que especificam o dever de fundamentação e orientam a aplicação concreta do direito:

O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489) – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, parágrafo único, II, do CPC. (2019, p. 152)

Constata-se, portanto, que a exigência de prospecção consequencialista, instituída pelo art. 20 da LINDB, assim como o art. 489, § 1º, do CPC/2015, também densifica a garantia contida no art. 93, IX, da Constituição Federal (DIDIER JR,

¹¹⁵ Segundo Humberto Ávila, postulado normativo é a norma jurídica de segunda grau, distinta das regras e dos princípios, que regula a aplicação das demais normas jurídicas. Postulado hermenêutico é o postulado normativo que regula a interpretação das fontes normativas. (Ávila, 2018, p. 179).

OLIVEIRA, 2019), de forma que tais dispositivos legais devem ser interpretados de forma integrada e harmônica (JUSTEN FILHO, 2018, p. 37).

Consequentemente, a decisão fundamentada em princípios jurídicos abstratos e desprovida de considerações sobre suas consequências práticas, em inobservância à exigência contida no art. 20 da LINDB, não pode ser considerada como adequadamente fundamentada e está sujeita à pena de nulidade, prevista no art. 93, IX, da CF/88.

3.3 FUNDAMENTAÇÃO E CONTRADITÓRIO

Como assinalado anteriormente, as garantias constitucionais do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88) e da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88) estão intimamente relacionadas e integram o conteúdo mínimo do princípio do processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 491).

Nesse sentido, Barbosa Moreira, situando o dever de fundamentação no plano dos princípios fundamentais de ordem política e relacionando-o a ideia de verdadeira garantia fundamental, aponta, como uma de suas principais manifestações: “o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado” e pontua que : “é na motivação que se pode averiguar se e em que medida o juiz levou em conta ou negligenciou o material oferecido pelos litigantes” (1980, p. 87-88).

Com efeito, o exercício do contraditório, compreendido como o diálogo institucional travado de forma paritária e colaborativa entre as partes e o juiz no curso do processo, é verdadeira condição de existência de uma decisão democraticamente fundamentada (PEREIRA, 2019b, p. RB 3.1) e é apenas no ambiente dialógico do processo em que proferida a decisão e à luz dos argumentos e provas apresentados pelas partes que se pode aferir se a justificação apresentada atende a exigência constitucional de fundamentação (ALVIM et al., 2020, p. RB 1.98).

A própria extensão do dever de fundamentação é estabelecida à luz do conceito de contraditório (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 510), que funciona como “valor-fonte que delimita a extensão da fundamentação e identifica o que será objeto da decisão” (PEREIRA, 2019b, p. RB - 3.1). De maneira reflexa, a fundamentação “constitui verdadeiro banco de prova do direito ao contraditório das

partes” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 509), na qual o julgador deverá demonstrar que tal direito foi observado.

A conexão radical entre as duas garantias, refletida em diversos dispositivos do atual CPC (como, p. ex., a vedação à decisão-surpresa, contida no art. 10 e a exigência de enfrentamento analítico dos argumentos apresentados pelas partes, contida no art. 489, § 1º, IV) pressupõe uma “noção contemporânea do princípio do contraditório” (ALVIM et al, 2020, p. RB 1.98), que vai além do simples direito de conhecer e reagir às alegações apresentadas pela parte adversa, exigindo que seja garantida efetiva participação e influência aos litigantes na construção da decisão.

A ampliação da noção de contraditório ocorre com a mudança de paradigma do processo civil verificada com o advento do Estado Constitucional. No contexto do Estado Liberal, o direito ao contraditório era compreendido de forma restrita, a partir do binômio conhecimento-reação, que restringia a participação das partes ao campo das alegações de fato e respectiva prova. A partir dessa concepção restritiva do contraditório, apenas as partes eram consideradas destinatárias de tal direito, que não sujeitava o juiz, a quem cabia apenas velar por sua observância entre as partes (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 501-502).

Consequentemente, na vigência de tal concepção, a aferição da legitimidade da fundamentação decisória se dava a partir de um critério de controle intrínseco, limitado à análise da presença de exposição das razões que levaram ao dispositivo e da inexistência de contradição interna entre as razões decisórias, sem que a atividade desenvolvida pelos litigantes em juízo fosse relevante para tal aferição (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 501-502). Tal concepção, vigente no período do Estado Liberal, caracteriza o que Arenhart; Marinoni e Mitidiero chamam de contraditório em um sentido fraco. (2015a, p. 501-502).

A noção de contraditório é ressignificada com o advento do Estado Constitucional, no qual é superada a clássica bilateralidade de instância, com o reconhecimento da existência de um direito de influência às partes, oponível ao julgador, que passa a estar sujeito, ao lado dos litigantes, à observância do contraditório (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 501-502). A partir dessa ressignificação, o contraditório deixa de ter um escopo principal negativo (de defesa ou resistência à atuação alheia) e passa a ter um sentido positivo, de garantia de influência ativa no desenvolvimento do processo (OLIVEIRA, 2020, p. 20).

Assim, com a ampliação de seu escopo, o ideal de cabal participação é acrescido ao núcleo-duro do direito ao contraditório, ao lado do binômio conhecimento-reação, constituindo a compreensão de tal direito em uma acepção forte (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015a, p. 501).

A função do juiz também é ressignificada a partir dessa concepção forte do contraditório, a partir da qual exige-se do juiz que conduza o processo com uma postura dialogal e aberta “a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões” (OLIVEIRA, 2020, p. 20).

As duas diferentes acepções do contraditório são chamadas, por Didier Jr. (2019, p. 107), de dimensões formal e substancial do princípio. Para o autor, a dimensão formal corresponde ao contraditório em sentido fraco, ou seja, na “garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado [e] poder falar no processo”, constituindo “o conteúdo mínimo do princípio” e concretizando “a visão tradicional a respeito do tema” (DIDIER JR., 2019, p. 107).

Para além dessa dimensão formal, Didier Jr. (2019, p. 107) aponta a existência de uma dimensão substancial do princípio do contraditório, que garante às partes o exercício de efetivo poder de influência sobre a decisão e corresponde àquilo que Arenhart; Marinoni e Mitidiero (2015a, p. 511) chamam de acepção forte do direito ao contraditório.

A partir da acepção que atribui um sentido forte ao direito ao contraditório (dimensão substancial), o controle de legitimidade da fundamentação passa a ser exercido também a partir de uma perspectiva extrínseca, para a qual a coerência *interna corporis* não basta para que a decisão possa ser considerada adequadamente fundamentada, sendo imprescindível, para tanto, que remeta e dialogue, também, com elemento externos, notadamente com os argumentos e provas apresentados pelas partes (ALVIM et al, 2020, p. RB 1.98).

Assim, para que a decisão atenda à exigência contida no art. 93 IX, da CF/88, sua fundamentação deve evidenciar que o contraditório, em seu sentido forte (contraditório substancial), foi observado em todos os seus aspectos, permitindo-se às partes não apenas conhecer e reagir, mas efetivamente influenciar na conclusão decisória. Como ilustra Teresa Arruda Alvim, na fundamentação decisória, o juiz “como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as

alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento”. (2009, p. 531-532).

Para que o exercício do direito de influência possa ser plenamente exercido, é imprescindível que as partes sejam cientificadas dos pontos que integram o objeto litigioso, possibilitando o debate e a produção probatória a respeito e evitando que sejam surpreendidas com julgamento lastreado em fundamento a respeito do qual não tenham tido a oportunidade de se manifestar, em contrariedade à vedação contida no art. 10 do CPC, que consagra o contraditório em sua dimensão substancial (DIDIER JR, 2019, p. 109).

Pereira aponta que a identificação do objeto litigioso, sobretudo na fase de organização do processo, com a fixação dos pontos controvertidos e das questões de fato e de direito relevantes para o julgamento, constitui “momento fundamental de entrelaçamento entre o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LIV, CF) e o direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais” (2019b, p. RB-3.1). Como aponta o autor, para que o contraditório seja efetivamente observado, é crucial que a fundamentação da futura decisão reflita e guarde relação com essa fase pretérita do processo (2019b, p. RB – 3.1), que servirá para orientar as partes em sua atividade argumentativa e probatória.

Nessa perspectiva, o dever de colaboração (art. 6º do CPC/2015) também se relaciona com a construção de uma decisão democraticamente fundamentada e construída a partir do contraditório substancial, na medida em que pretende estabelecer um ambiente processual cooperativo, no qual se espera que o juiz estabeleça com as partes verdadeiro “diálogo para construir a decisão a partir dos fundamentos apresentados por elas” (SCHMITZ, 2015, p. 242).

A esse respeito, Daniel Mitidiero sustenta que a colaboração constitui, ao mesmo tempo, um modelo¹¹⁶ e um princípio de processo civil e, a partir dessa premissa, afirma que o processo, caracterizado pelo modelo cooperativo e que consagra o princípio da colaboração, deve ser marcado pela presença do diálogo paritário entre partes e juiz, como uma constante ao longo de todo o trâmite processual, desde a propositura da demanda até o trânsito em julgado (2023).

Por ter como marca distintiva o constante diálogo democrático entre os atores processuais, norteado pelo dever de cooperação, Didier Júnior aponta que o modelo cooperativo transcende os clássicos modelos adversarial e inquisitivo, constituindo: “o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático” (2019, p. 159).

Assim, no modelo cooperativo, “o juiz tem o seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão” (MITIDIERO, 2023, p. RB – 1.5), com o processo sendo estruturado a partir de um redimensionamento do princípio do contraditório, com o julgador deixando de ocupar o papel de mero espectador do embate entre as partes, para ser incluído no rol de sujeitos do diálogo processual (COSTA; CARNEIRO, 2019. p. 13).

Ao tratar acerca da particular relação estabelecida pelas partes com o juiz nesse modelo de processo, Didier Júnior (2019, p. 158) aponta que, embora a atividade cognitiva seja compartilhada por todos os atores processuais e a decisão judicial seja fruto da atividade processual em cooperação, marcada pelo diálogo

¹¹⁶ Daniel Mitidiero afirma que, a partir dos diferentes pressupostos sociais, lógico-argumentativos e éticos, seria possível distinguir três diferentes modelos de processo civil: processos isonômico, assimétrico e o cooperativo, cada um deles estabelecendo um esquema próprio de divisão do trabalho entre os atores processuais. Nessa perspectiva, o modelo cooperativo de processo: “parte da ideia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas – o que dá lugar a uma relação de cooperação. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes (arts. 7.º, 9.º, 10 e 489, § 1.º, IV, do CPC/2015). Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem o seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (arts. 9.º, 10, 139 e 489, § 1.º, IV, do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por deveres cooperativos – esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva têm que ser observadas por todos os seus participantes (art. 5.º do CPC/2015). A verdade provável é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (arts. 300 e 369 do CPC/2015), sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (arts. 369 e 370 do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la” (2023, p. RB – 1.5).

paritário, as partes não decidem com o juiz, pois a prolação da decisão judicial, enquanto ato de manifestação do poder, é exclusiva do órgão jurisdicional, que a exerce em posição de assimetria em relação às partes.

Especificamente em relação à fase de organização do processo, Mitidiero destaca que a preparação da instrução processual também deve refletir a comunidade de trabalho que marca o modelo cooperativo de processo, de forma que o dimensionamento do *thema decidendum* e a fixação do *thema probandum* devem ser polarizados pelo diálogo, constituindo “uma verdadeira comunhão cooperativa para seleção do objeto da prova” (2023, p. RB 2-3).

3.3.1 A necessária submissão da prospecção e valoração das consequências práticas da decisão ao crivo do contraditório

Em relação à problemática que é objeto da presente pesquisa, tem-se que, em vista das exigências que o princípio do contraditório substancial impõem à fundamentação da decisão judicial, não basta, para satisfação da exigência instituída pelo art. 20 da LINDB, que a decisão, ao final do processo, apresente inéditas considerações acerca de suas consequências práticas.

Como exposto anteriormente, a exigência contida no art. 20 da LINDB integra o conjunto de condições a serem atendidas pela decisão judicial para que ela possa ser considerada fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CF/88. Consequentemente, sempre que a decisão estiver embasada em princípios jurídicos, será obrigatória a adequada avaliação de suas consequências práticas, dentre os fundamentos decisórios, sob pena de nulidade por ausência de fundamentação.

Assim, por se tratar de fundamento decisório relevante, é imprescindível que a prognose consequencialista (em suas dimensões positiva e normativa), antes de integrar a decisão, seja qualificada dialogicamente no ambiente processual, por meio de sua submissão ao crivo do contraditório, permitindo que as partes opinem a respeito de todos os seus elementos, inclusive com a produção de provas, caso necessário, para esclarecer eventual controvérsia a respeito.

Pelo mesmo motivo, a eventual prognose das consequências práticas da decisão, por integrar a fundamentação decisória, está sujeita à regra da não-

surpresa (art. 10 do CPC), de forma que somente pode ser empregada caso às partes tenham tido a oportunidade de se manifestar previamente a respeito.

Desta forma, a eventual necessidade de prognose das consequências práticas da futura decisão deve integrar, de forma expressa e clara, a definição do objeto litigioso, quando do saneamento e organização do processo, possibilitando que as partes exerçam plenamente o contraditório a esse respeito, em todos os seus aspectos. Vale dizer, dentre outros elementos, as partes devem ter a oportunidade de se manifestar e influir na prospecção das possíveis consequências práticas decorrentes da adoção de cada uma das possíveis linhas decisórias; na análise dos fatos indiciários e das regras de experiência que dão suporte ao raciocínio presuntivo que vincula cada linha decisória a uma possível consequência prática; na definição do critério normativo que irá orientar a seleção de qual consequência prática deverá ser prestigiada e a identificação da consequência prática que atende, em maior grau, o critério normativo adotado.

Assim, tem-se que a fundamentação, para ser democraticamente construída, deve fiel observância ao contraditório em sua dimensão substancial (acepção forte) e, também, ao dever correlato da cooperação. Ao mesmo tempo, como visto anteriormente, na hipótese prevista pelo art. 20 da LINDB, a prognose consequencial deve obrigatoriamente integrar a fundamentação decisória, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF/88). Consequentemente, a prognose das consequências práticas da decisão, por constituir parte integrante da fundamentação decisória, esta sujeita às mesmas exigências e deve ser construída com rigorosa observância do contraditório e do dever de cooperação.

3.4 RACIOCÍNIO PROSPECTIVO E FUNDAMENTAÇÃO

O dever de fundamentação demanda especial atenção nas hipóteses nas quais a decisão é construída a partir de um raciocínio prospectivo probabilístico, voltado para o desdobramento futuro da intervenção judicial, tal como ocorre com as decisões fundamentadas a partir da prognose de suas consequências práticas, na forma exigida pelo art. 20 da LINDB.

Isto porque, a fundamentação das decisões judiciais é ordinariamente formulada a partir de um olhar retrospectivo, voltado para fatos ocorridos no passado e que resultaram no conflito de interesses a ser resolvido por intermédio da tutela

jurisdicional. O processo, nessa perspectiva, é concebido como uma ferramenta de reconstituição histórica e meio de permitir ao juiz, por intermédio de atividade mental cognitiva, conhecer, na maior medida possível, a realidade dos fatos relevantes para o deslinde da controvérsia submetida à sua apreciação.

Esse olhar retrospectivo da decisão judicial é frequentemente ilustrado pela doutrina por meio da aproximação das atividades do juiz e do historiador (TARUFFO, 2005, p. 336-337), na medida em que ambos enfrentam, na execução de seus ofícios, a tarefa de reconstituir, indiretamente, por meio da colheita de provas e evidências, um fato não repetível e ocorrido no passado.

Contudo, a exigência instituída pelo art. 20 da LINDB, de prospecção das consequências práticas da decisão, ultrapassa os limites desse enfoque retrospectivo clássico da fundamentação, exigindo que a justificação decisória seja formulada com um olhar voltado também para as decorrências futuras da intervenção judicial e para o estado de mundo que se pretende alcançar.

Trata-se de verdadeira mudança de paradigma na atividade decisória, na medida em que o juízo consequencialista passa a exigir do juiz o exercício de atividade mental de natureza epistemológica diversa¹¹⁷, de antecipação e planejamento em vista das consequências futuras da intervenção jurisdicional, e que não é tipicamente executada no âmbito processual.

Como apontam Pargendler e Salama, em trabalho anterior à reforma da LINDB, que trata da crescente incorporação de argumentos consequencialistas ao discurso jurídico no Brasil:

A verdadeira revolução no papel do jurista — cujas repercussões para o funcionamento do sistema jurídico ainda não foram suficientemente apreendidas — decorre justamente de seu papel como aplicador de princípios e implementador de políticas públicas. O fator diferenciador, relativamente ao tirocínio jurídico tradicional, que subjaz à aplicação de princípios e aos juízos de proporcionalidade, é justamente a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade ou incidência da norma no caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras.

Nas regras jurídicas tradicionais, os fatos referidos no suporte fático estão no passado. [...] Radicalmente diferente é a técnica utilizada na aplicação

¹¹⁷ “[...] podemos caracterizar la cognición en general como aquella parte de la actividad mental que busca captar cómo son las cosas, o cuál es la verdad respecto de cualquier asunto planteado. No toda actividad mental es cognitiva en este sentido, por ejemplo, al planear cómo hacer algo o al desear que algo ocurra, la meta de esas actividades mentales no es captar cómo son las cosas, sino transformarlas o hacer que se ajusten al modo como las concebimos o representamos”. (VARGAS, 2022. p. 283-284).

de princípios, na ponderação dos quais são necessariamente apreciados os efeitos futuros de um ou outro cenário para, então, optar-se pela incidência ou não da regra. (2013, p. 122-123).

Assim, é necessário compreender a estrutura do raciocínio empregado na prospecção consequencialista e como se dá a associação de determinadas consequências às diferentes alternativas decisórias, bem como de que forma isso deve ser demonstrado na fundamentação.

3.4.1 Estrutura de qualquer raciocínio prospectivo consequencialista: dimensões positiva e normativa

O raciocínio prospectivo, empregado na seleção de uma determinada linha de ação, a partir de suas prováveis consequências, pode ser decomposto em três componentes e duas diferentes dimensões (LEAL, 2019, p. 91).

Os componentes que integram a estrutura dessa espécie de raciocínio decisório são: a identificação das possíveis alternativas decisórias; a prospecção das consequências associadas à adoção de cada uma das alternativas decisórias; e o critério normativo empregado na valoração e ranqueamento das consequências associadas a cada alternativa decisória. (LEAL, 2019, p. 91).

As duas dimensões do raciocínio consequencialista são: uma inicial dimensão positiva ou descritiva, integrada pelos dois primeiros componentes acima enunciados (identificação das alternativas e associação das respectivas consequências) e uma posterior dimensão normativa, na qual ocorre o processo decisório propriamente dito, por meio da seleção da alternativa associada às consequências que melhor atendem ao critério normativo adotado (LEAL, 2019, p. 90-91).

Como explica Leal, na primeira etapa de análise, dimensão positiva/descritiva, são estabelecidas “prognoses sobre o que pode ocorrer caso o tomador de decisão opte por qualquer um dos possíveis caminhos decisórios” (2019, p. 91) e, na posterior dimensão normativa, os efeitos esperados, associados a cada possível caminho decisório, são valorados e ranqueados, a partir de determinado critério normativo, adotando-se o curso de ação vinculado às consequências que promovem, em maior medida, esse critério valorativo.

Ivo Gico Júnior (2020, p. 11) associa a dimensão positiva da análise consequencialista a um critério de verdade (o que é) e a dimensão normativa a um critério de valor (o que deve-ser):

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigado averiguado por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação - o que chamamos de análise positiva - e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica nem de prova ou falsificação e, portanto, não é científico - o que chamarei de análise normativa. [...]

Essa postura está fortemente vinculada à proposição que ficou famosa como a Guilhotina de Hume, segundo a qual não é possível deduzir o dever-ser apenas do ser, i.e., que proposições puramente factuais só podem acarretar ou implicar outras proposições puramente factuais e jamais julgamentos de valor. Em outras palavras, fatos não levam a proposições éticas e vice-versa. Essa posição implica assumir que há uma distinção clara entre o mundo dos fatos e o dos valores [...]

Por outro lado, é importante ressaltar que a distinção entre ser e dever-ser não tão pacífica quando a Guilhotina de Hume nos faz crer: O contexto cultural, a ideologia, a visão política e a história do pesquisador podem influenciar de várias formas o objeto de estudo e a metodologia aplicada, o que pode alterar os resultados da própria pesquisa. Além disso, enquanto é relativamente simples perceber a diferença entre proposições de ser versus dever-ser o exercício cognitivo de aceitar certa proposição como *ser* pressupõe um consenso social prévia sobre os critérios capazes de estabelecer o que é. (2020, p. 12).

Como aponta Ivo Gico Júnior, a associação entre as possíveis alternativas decisórias e potenciais consequências, realizada no âmbito da primeira dimensão do raciocínio consequencialista, por estar situada no mundo dos fatos (o que é), pode ter suas premissas submetidas à aferição empírica de falseabilidade. O mesmo não ocorre na dimensão normativa, situada no mundo dos valores (dever-ser), na qual se exige apenas coerência interna dos critérios empregados no ordenamento das consequências previstas, por meio da eleição daquela que realiza o critério normativo adotado na maior medida possível (SCHUARTZ, 2008, p. 131-132).

A estrutura básica do raciocínio prospectivo consequencialista, formada pelos três componentes e duas dimensões apresentadas acima, se repete nos diferentes contextos decisórios: dos mais complexos, como a seleção entre diferentes políticas públicas, aos mais banais, como a escolha do meio de transporte a ser utilizado em determinado deslocamento cotidiano.

Ilustrativamente, a escolha relativa ao meio de transporte a ser utilizado para realizar determinado deslocamento é precedida pela identificação das alternativas possíveis (p. ex. meio de transporte público ou privado), com a subsequente vinculação de determinadas consequências a adoção de cada alternativa disponível

(p. ex. tempo de deslocamento, segurança e conforto). Por fim, a escolha é realizada com base em determinado critério normativo, que irá estabelecer a espécie de consequência(s) a ser(em) privilegiada(s) pelo decisor (p. ex. rapidez, economia ou conforto).

A estrutura do raciocínio é a mesma em contextos decisórios mais complexos, como o de seleção de determinada política pública, nos quais as mesmas etapas são percorridas: as alternativas são inicialmente identificadas (p. ex. a construção de um parque ou a realização de melhorias na iluminação pública); são prospectadas as prováveis consequências associadas a cada alternativa (p. ex. incremento das opções de lazer ou melhora na segurança pública; despesas necessárias para realização de cada uma das obras; satisfação da população com sua realização) e; na posterior dimensão normativa do raciocínio decisório, é selecionada a alternativa que produzirá as melhores consequências, de acordo com o critério normativo adotado.

Nota-se, portanto, que, embora os fatores a serem considerados variem de acordo com cada contexto decisório, a estrutura do raciocínio consequencialista se repete, independentemente da maior ou menor complexidade da decisão a ser tomada. O mesmo ocorre quando a escolha consequencialista é realizada no contexto da adjudicação judicial: o julgador, em um primeiro momento, identifica as possíveis alternativas de decisão; em seguida, antecipa as possíveis consequências de cada uma delas; e, finalmente, profere a decisão, adotando aquela que melhor atende ao critério normativo adotado.

As diferentes teorias normativas consequencialistas, como p. ex. o utilitarismo ou a análise econômica do direito, compartilham a estrutura de análise e justificação de escolhas decomposta acima e a análise realizada no âmbito da dimensão positiva do raciocínio consequencialista será a mesma, independentemente da teoria normativa adotada.

Somente na dimensão normativa do raciocínio consequencialista, na qual cada teoria normativa emprega o critério que a caracteriza, é que o traço distintivo de cada abordagem teórica pode ser notado. O utilitarismo, por exemplo, adota, nessa análise, abordagem normativa baseada em algum critério de utilidade, enquanto a análise econômica do direito emprega alguma noção de eficiência como

critério valorativo (LEAL, 2021, p. 21-22). O pragmatismo jurídico, por sua vez, não se compromete com um único critério normativo fundamental¹¹⁸ e realiza a análise normativa em vista de critérios múltiplos e contextualizados (MAGALHÃES, 2017, p. 186), sintetizados naquilo que Posner (2010, p. 50) denomina de critério da razoabilidade.

Nessa perspectiva, tem-se que o pragmatismo jurídico, ao menos na versão adotada como referencial teórico no presente trabalho, se caracteriza, sobretudo, no momento da aplicação do direito¹¹⁹, quando da seleção da alternativa decisória, pautada pelo critério da razoabilidade (POSNER, 2010, p. 50), com a consideração de todas as circunstâncias envolvidas e em uma análise ampla das consequências diretas e sistêmicas da decisão (MAGALHÃES, 2015, p. 186).

Nesse sentido, é possível traçar um paralelo entre as dimensões positiva e normativa do raciocínio consequencialista com a distinção, proposta por Guastini¹²⁰, entre interpretação cognitiva e interpretação decisória, segundo o qual:

¹¹⁸ “O juiz pragmatista sempre estará jungido à análise das consequências de suas decisões, sob pena de perder a pecha. Isso não significa, contudo, que esteja comprometido com o consequencialismo econômico ou com qualquer outro critério de comparação entre as consequências prognosticamente advindas das alternativas. A independência quanto aos critérios também é inerente ao juízo pragmático, em decorrência de outro elemento já analisado: o antifundacionalismo.

Alçar a repercussão econômica a critério definidor da escolha do julgador é uma simplificação que descaracteriza o pragmatismo, aproximando-o do utilitarismo. A utilidade-satisfação, maximização da riqueza, eficientismo ou, mesmo por oposição, o formalismo positivista, não devem ser promovidos a dogmas.

Sem que se pretenda reduzir o pragmatismo à máxima de que cada caso é um caso, é importante admitir que, sim, cada caso é um caso, mas não há qualquer aleatoriedade nisso.

Cada caso é um caso, porque não há fundações prévias insofismáveis, porque o contexto é complexo e impõe a consideração de todas as circunstâncias envolvidas e porque as consequências podem variar (MAGALHÃES, 2017, p. 186).

¹¹⁹ Na perspectiva semiótica, o critério pragmático de classificação das normas jurídicas pode ser empregado, ao lado dos critérios sintático e semântico, para solução de problemas atinentes à interpretação (FERRAZ JUNIOR, 2007, p. 123), mas tal âmbito de análise não integra o objeto do presente estudo, voltado especificamente para a problemática envolvendo a aplicação do direito por meio da perspectiva consequencialista instituída pela LINDB.

¹²⁰ Como ensina Maranhão: “Riccardo Guastini, em toda a sua obra, professa reiteradamente que o termo “interpretação” comporta pelo menos quatro ambiguidades: (i) interpretação como atividade e interpretação como resultado dessa atividade; (ii) interpretação *in abstracto* e interpretação *in concreto*; (iii) interpretação cognitiva e interpretação decisória; (iv) interpretação em sentido estrito e construção jurídica. Seguindo a linha kelseniana, Guastini assevera que invariavelmente um texto legal contém mais de uma norma, portanto, a interpretação cognitiva é a que identifica os diversos significados possíveis do marco interpretativo (ou “moldura”), vale dizer, do dispositivo normativo, sem escolher nenhum deles. É por ocasião da interpretação decisória que haverá a escolha de um dos significados identificados pela interpretação cognitiva, descartando-se os demais, também denominada de interpretação decisória standard. Dela difere a interpretação criativa, por meio da qual se atribui um significado novo ao texto, isto é, não compreendido dentro do marco normativo identificado pela interpretação cognitiva”. (2022, p. 31-32)

(i) A interpretação cognitiva consiste em identificar, num texto normativo, os vários significados possíveis (tendo em conta as regras da linguagem, as diversas técnicas interpretativas em uso, as teses dogmáticas difundidas na doutrina, etc.) sem escolher nenhum.

(ii) A interpretação decisória consiste em escolher um significado específico, que se pretende “correto”, descartando o resto. Evidentemente, a interpretação cognitiva é (como o nome sugere) um ato de conhecimento, enquanto a interpretação decisória é um ato de vontade e, portanto, um ato discricionário.

É claro que a interpretação doutrinária pode ser (meramente) cognitiva, mas a interpretação judicial não pode ser (também) decisiva.

A interpretação cognitiva – “A disposição D pode ser interpretada nos sentidos S1, ou S2, ou S3” – consiste em elencar os vários significados que podem ser plausivelmente atribuídos a um texto normativo dependendo se um ou outro método interpretativo é usado, dependendo se é adotada uma ou outra tese dogmática; Ou, sob outro ponto de vista, consiste em elencar os diversos significados que se espera atribuir a um texto normativo. A interpretação decisória logicamente (não psicologicamente) pressupõe interpretação cognitiva. A interpretação cognitiva lança luz, se assim podemos dizer, sobre a indeterminação do sistema jurídico, isto é, a equivocidade dos textos normativos; a interpretação decisória o resolve.¹²¹ (GUASTINI, 2015, p. 17).

A interpretação cognitiva, por meio da qual o intérprete identifica os possíveis sentidos do texto normativo, pode ser situada na dimensão positiva da análise decisória consequencialista, quando o decisor identifica as possíveis alternativas de decisão para o caso submetido a julgamento.

A interpretação decisória, por sua vez, será realizada no âmbito da dimensão normativa, na qual será atribuído determinado sentido ao texto normativo – que pode estar ou não dentre aqueles identificados por meio da interpretação

¹²¹ Tradução livre do original em espanhol: “(i) La interpretación cognitiva consiste en identificar, en un texto normativo, los diversos posibles significados (teniendo en cuenta las reglas de la lengua, las diversas técnicas interpretativas en uso, las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etc.) sin escoger ninguno.

(ii) La interpretación decisoria consiste en escoger un significado determinado, que se pretende “correcto”, descartando los restantes. Evidentemente, la interpretación cognitiva es (como el nombre sugiere) acto de conocimiento, mientras que la interpretación decisoria es acto de voluntad, y entonces acto discrecional.

Por supuesto, puede ser (meramente) cognitiva la interpretación doctrinal, pero no puede no ser (también) decisoria la interpretación judicial.

La interpretación cognitiva – “La disposición D puede ser interpretada en los sentidos S1, o S2, o S3” – consiste en enumerar los diversos significados que plausiblemente se pueden atribuir a un texto normativo según se emplee uno u otro método interpretativo, según se adopte una u otra tesis dogmática; o bien, desde otro punto de vista, consiste en enumerar los diversos significados que previsiblemente serán atribuidos a un texto normativo. La interpretación decisoria presupone lógicamente (no psicológicamente) la interpretación cognitiva. La interpretación cognitiva arroja luz, si se nos permite decirlo así, sobre la indeterminación del sistema jurídico, es decir la equivocidad de los textos normativos; la interpretación decisoria la resuelve”. (GUASTINI, 2015, p. 17).

cognitiva¹²² – e a decisão será proferida, de acordo com o critério normativo adotado pelo intérprete.

A partir da dicotomia do raciocínio decisório consequencialista em duas diferentes dimensões, Leal (2017, p. 28-29) aponta que a sistemática decisória consequencialista, instituída pelo art. 20 da LINDB, envolve duas espécies de incerteza, cada uma delas situada em uma destas dimensões. Na dimensão normativa, a incerteza diz respeito ao critério de valoração a ser adotado pelo decisor para valorar as consequências prospectadas, pois, como ressalta o autor:

No caso do artigo 20, não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira” (LEAL, 2017, p. 28-29).

A segunda espécie de incerteza diz respeito à dimensão positiva da análise e está relacionado à confiabilidade e controle da prognose das consequências associadas à cada alternativa decisória. É possível que haja, inclusive, incerteza radical e insuperável quanto a esse aspecto da análise, diante de alternativas decisórias cujos efeitos não possam ser antecipados de forma minimamente confiável. Como adverte Leal (2018), em “problemas de tomada de decisão sob condições de incerteza radical ou ignorância sobre o futuro, a busca pela melhor resposta ganha, em uma medida relevante, uma dimensão de aposta”.

As duas espécies de incerteza apontadas por Leal devem ser endereçadas e dirimidas, na maior medida possível, na fundamentação da decisão, que deverá indicar, de forma expressa e clara, o critério normativo adotado para valorar as diferentes consequências prospectadas e o raciocínio utilizado para associar tais consequências às diferentes alternativas decisórias.

Nesse sentido, Ivo Gico Júnior enfatiza o valor epistemológico e pragmático da estruturação do raciocínio consequencialista em dois âmbitos de análise claramente diferenciados, por possibilitar a delimitação de eventual discordância em determinado ponto descritivo ou normativo da estrutura consequencialista. (GICO JÚNIOR, 2020, p. 13). Assim, a decomposição do raciocínio consequencialista, ao

¹²² Guastini (2015, p. 18) aponta que a interpretação decisória se subdivide em interpretação decisória *standard* e interpretação criativa. Na interpretação decisória *standard*, o decisor atribui ao texto normativo um dos sentidos identificados pela interpretação cognitiva. Na interpretação criativa, o intérprete inova e atribui ao texto normativo um sentido novo, não identificado (ou identificável) por meio da interpretação cognitiva.

possibilitar o exame específico de cada um dos componentes de sua estrutura e a identificação dos pontos de consenso e dissenso, agrega eficiência e clareza ao debate, que pode ser direcionado, com exclusividade, aos pontos específicos de discordância.

O ganho de clareza, decorrente da expressa dicotomia entre as dimensões positiva e normativa de análise, é especialmente relevante nos debates jurídicos, nos quais, por fatores culturais, é usual que a argumentação oscile, de forma indistinta, entre as duas dimensões e seja caracterizada pelo emprego de “um misto desorganizado de argumentos deontológicos com inserções consequencialistas” (FUX; BODART, 2021, p. 03-04).

A esse respeito, Ivo Gico Júnior pontua que:

Temos observado que, com frequência, os juristas estão de tal modo acostumados a pensar em termos normativos e a discutir questões em termos valorativos, que seus argumentos em debates públicos ou privados sobre questões relativamente simples flutuam com extrema facilidade entre um campo e outro, a ponto de - muitas vezes - se tomar um argumento normativo como positivo e vice-versa.

Nesse sentido, a aceitação e a compreensão plena da distinção entre análise positiva e normativa representam um pequeno desafio ao jurista sem treinamento rigoroso. (GICO JÚNIOR, 2020, p. 13).

Assim, cabe ao julgador, ao aplicar a sistemática decisória instituída pela reforma da LINDB, considerar a existência de duas diferentes dimensões de análise consequencialista e buscar evitar que argumentos normativos sejam adotados como positivos e vice-versa.

A esse respeito, Didier Jr. e Oliveira ressaltam que o art. 20 da LINBD, para além de impor ao julgador o dever de considerar as consequências de sua decisão, exige que seja exposto, também, o “caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso”. (2019, p. 144). Para tanto, o raciocínio decisório deve ser estruturado de acordo com a dicotomia acima apresentada e exposto, na fundamentação decisória, com a apresentação de cada uma de suas dimensões e componentes, de forma individualizada e clara.

A dimensão positiva do raciocínio deve ser evidenciada, por meio da apresentação das possíveis alternativas decisórias vislumbradas pelo julgador e das consequências associadas a cada uma destas alternativas decisórias, bem como das razões que levaram ao estabelecimento de tais relações de causa e efeito.

Na dimensão normativa, é essencial que o(s) critério(s) normativo(s) adotado(s) seja(m) expressamente enunciado(s), por meio da apresentação das razões que levaram o julgador a valorar as consequências práticas, associadas à alternativa decisória adotada, como melhores e mais desejáveis do que aquelas associadas às demais alternativas de decisão, identificadas na etapa inicial da análise.

A fundamentação decisória que apresenta, de forma expressa, cada um dos elementos que integram a estrutura do raciocínio consequencialista, além de possibilitar o controle democrático da decisão e dar cumprimento à garantia constitucional prevista no art. 93, IX, da Constituição, qualifica o debate recursal, por permitir a impugnação e o reexame específico de cada um de seus componentes.

3.4.2 Raciocínio prospectivo e presunções judiciais

Como visto, o julgador, para desincumbir-se do ônus argumentativo que lhe foi imposto pelo art. 20 da LINDB, deverá identificar as alternativas decisórias possíveis, a partir das circunstâncias do caso concreto e dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, e, em seguida, realizar uma prognose das prováveis consequências práticas de cada uma dessas possíveis decisões.

A esse respeito, Leal aponta que:

A relação entre alternativas e consequências envolve considerações sobre os diferentes cursos de ação que se apresentam para o tomador de decisão e informações sobre a realidade (ou os "estados do mundo") em que as ações podem ser empreendidas. Essa interação é a base para se determinarem os resultados ou efeitos de cada um dos diferentes cursos decisórios. (2019, p. 91)

Trata-se, portanto, de raciocínio inferencial, que resultará em uma prognose probabilística no sentido de que a adoção de determinada linha decisória provavelmente resultará em determinada(s) consequência(s).

Considerando que apenas aquilo que já ocorreu pode ser diretamente provado, o estabelecimento de tais relações de causa e efeito para a prospecção da provável ocorrência de fato futuro (consequência prática da decisão) terá que ser construído a partir de raciocínio presuntivo.

No clássico conceito de Pontes de Miranda “Presumir, prae, sumere, é por ter sido alguma coisa, antes de ser provada, de ser percebida. Antes de sentir, de se perceber, põe-se a existência da coisa” (1998, p. 322), a evidenciar a relação do

instituto com a prospecção do fato futuro, cuja ocorrência ainda não foi verificada e, consequentemente, não pode ser diretamente provada, por meio da reconstituição probatória retrospectiva.

O traço característico da presunção é o de se tratar de juízo probabilístico¹²³ e, como tal, sujeito a diferentes níveis de certeza acerca do acerto da dedução inferencial e da efetiva ocorrência (atual ou futura) do fato presumido (ARENHART; MARINONI, 2015b, p. 159-160). Assim, a presunção estará sempre marcada, em alguma medida, pelo signo da incerteza.

A despeito da inerente incerteza que decorre de seu caráter probabilístico, a presunção é uma ferramenta imprescindível para possibilitar a resolução de situações nas quais a produção de provas da ocorrência do fato direto é muito difícil ou mesmo impossível. Como pontuam Arenhart e Marinoni: "esse poderoso instrumento é importante aliado do processo para a prova de fatos de difícil verificação – como os fatos futuros (...)" (2015b, p. 158).

O raciocínio judicial presuntivo é construído a partir da prova de fatos indiretos (indícios) que indicam a ocorrência do fato relevante (fato direto). Assim, a "noção de presunção parte da ideia de que o conhecimento de certo fato pode ser induzido pela verificação de outro, ao qual, normalmente, o primeiro está associado" (ARENHART; MARINONI, 2015b, p. 157). Esta associação entre o fato indireto (indício) e o fato a ser provado é estabelecida por dedução lógica, baseada nas chamadas regras de experiência, previstas no art. 375 do CPC/2015, segundo o qual: "O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial."

As regras de experiência são assim conceituadas por Didier Junior, Braga e Oliveira:

Regras (ou máximas da experiência) são noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando,

¹²³ Segundo conceito de Taruffo "[...] a probabilidade é uma função da justificativa que se atribui a um enunciado, com base nos elementos cognoscitivos disponíveis. No âmbito do processo, em que as informações disponíveis são oferecidas pelas provas, pode ocorrer que essas forneçam um determinado grau de confirmação ao enunciado que concerne a um fato relevante para a decisão." Poder-se-á, então, dizer que esse enunciado é «provavelmente verdadeiro», com a condição de que se queira dizer com essa expressão que as provas produzidas no processo fornecem razões suficientes para que se considere confirmada a hipótese de que aquele enunciado seja verdadeiro". (2012, p. 113).

mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro. As máximas de experiência possuem as características da generalidade e abstração. (2019, p. 79).

Barbosa Moreira cita vasta gama de exemplos de regras dessa natureza, apontando que, sob esse rótulo, incluem-se desde verdades científicas estabelecidas, até meros preconceitos, desprovidos de base empírica e com reduzido grau de credibilidade:

Sob a etiqueta de 'regras de experiência', na verdade, costumam reunir-se proposições muito diversas. Tamanha é a diversidade, que se torna difícil estabelecer uma tipologia abrangente. Costumam ser enfiadas pêle-mêle nesse escaninho desde proposições que têm sólido fundamento científico (o calor dilata os corpos metálicos; a água corre naturalmente do plano superior para o inferior; a gestação do ser humano dura em média 267 dias) ou que expressam um dos chamados princípios fundamentais da razão especulativa (nada pode ser e não ser ao mesmo tempo; tudo que acontece tem uma causa), até simples juízos mais ou menos generalizados em certos meios, com apoio no denominado 'senso comum', ou a rigor em meros preconceitos sem base empírica (as pessoas desta ou daquela nacionalidade ou etnia têm maior propensão para envolver-se em negócios ilícitos; as testemunhas do sexo masculino merecem mais crédito que as do sexo feminino). Ao longo desse amplo espectro acham lugar verdades matemáticas (a soma dos ângulos internos do triângulo é igual a 180°), sentenças relativas às artes (o movimento impressionista teve início na segunda metade do século XIX), a atividades profissionais (os militares em serviço vestem uniforme), a costumes negociais (ninguém exige recibo do pagamento da passagem de ônibus), sociais (o uso da gravata é obrigatório para os homens em cerimônias oficiais) religiosos (os muçulmanos não comem carne suína), culturais (a linguagem empregada em ocasiões informais é menos atenta que a de trabalhos acadêmicos às regras gramaticais), ou observáveis no quotidiano 'ordinário' (a frequência às praias da Zona Sul do Rio de Janeiro aumenta muito nas manhãs ensolaradas dos domingos de verão). (MOREIRA, 2006, p. 210-218).

O raciocínio presuntivo é, portanto, guiado e condicionado pelas regras de experiência, que funcionam como verdadeiras linhas mestras na construção da presunção (ARENHART; MARINONI, p. 2015, p. 230). Consequentemente, a confiabilidade da presunção está diretamente relacionada com a solidez da regra de experiência com base na qual ela foi construída. Ou seja, o nível de incerteza, que a presunção inevitavelmente trará consigo em alguma medida, irá variar a depender da solidez da prova do indício e da confiabilidade da regra de experiência que embasa o raciocínio presuntivo e que indica que os fatos direto e indireto estão relacionados.

Por esse motivo, Arenhart; Marinoni e Mitidiero apontam a necessidade de que a consistência das regras de experiência utilizadas pelo julgador seja submetida ao controle das partes e ressaltam que isso somente é possível mediante a

observância do dever de fundamentação, com a clara exposição, na justificação decisória, da regra de experiência utilizada na construção da presunção:

Não é difícil perceber que, se as regras de experiência guiam o raciocínio presuntivo, é preciso controlá-las. Diante disso, impõe-se imediatamente a conclusão de que as regras de experiência, sejam quais forem, devem ser precisamente relatadas e motivadas na decisão, para que seja possível controlar o poder do juiz, basicamente, a consistência de sua base empírica e sua eventual arbitrariedade. (2015b, p. 330).

Didier Jr. Braga e Oliveira lançam advertência semelhante, ressaltando que a justificação decisória é especialmente relevante quando emprega prova indiciária para concluir pela ocorrência do fato principal e que, nessa hipótese, é importante que: “o magistrado exponha o caminho trilhado para chegar à conclusão acerca do fato principal, baseando-o nos elementos indiciários, a fim de que se possa controlar essa sua atividade” (2019, p. 390). Na exposição do caminho trilhado pelo raciocínio inferencial, a fundamentação decisória deve evidenciar que a inferência foi formulada a partir de critérios objetivamente aceitos e que possam ser expostos à verificação crítica, bem como que a máxima de experiência empregada conta com fundamento cognoscitivo sólido (TARUFFO, 2012, p. 276).

Nesse sentido, também atrelado à necessidade de controle do emprego das regras de experiência, é o enunciado 517 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão judicial que empregar regras de experiência comum, sem indicar os motivos pelos quais a conclusão adotada decorre daquilo que ordinariamente acontece, considera-se não fundamentada” (2015).

Como visto, a legitimidade democrática da decisão está diretamente relacionada à capacidade de sua fundamentação demonstrar, no âmbito da dupla dimensão de fiscalização a que está sujeita a atividade jurisdicional (exercida por todos os jurisdicionados e pelos operadores especializados do direito), o caminho trilhado para apreciação dos argumentos apresentados pelas partes e para valoração da prova produzida, evidenciando que a análise foi norteadada pelo Direito, e não pela vontade subjetiva do julgador.

Diante do caráter probabilístico da presunção, que traz consigo um inevitável grau de incerteza, essa demonstração se torna especialmente relevante quando a decisão é construída a partir do raciocínio presuntivo. Por conta da característica incerteza que acompanha o raciocínio dessa natureza, o emprego de presunção,

sem as devidas cautelas, pode constituir flanco argumentativo na fundamentação e comprometer a própria legitimidade da decisão judicial.

Nesse contexto, qualquer salto inferencial que torne obscuro o caminho trilhado entre a constatação do fato indireto e a conclusão que presume a ocorrência, pretérita ou futura, do fato direto, compromete a legitimidade e autoridade da decisão. Com efeito, se presunções são construídas a partir de regras de experiência cuja solidez não possa ser convincentemente demonstrada, acentua-se a incerteza inerente ao raciocínio presuntivo probabilístico. Com isso, a fundamentação, para além de não conferir a devida legitimidade à decisão, pode suscitar questionamentos acerca da possível influência da vontade pessoal ou de preconceções subjetivas e desprovidas de base empírica na conclusão decisória.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma da LINBD, instituída pela Lei 13.665/2018, representa o ponto culminante da crescente inclinação do direito brasileiro, em especial no âmbito do direito público, em direção ao pragmatismo jurídico. A dinâmica decisória consequencialista, introduzida pelo atual art. 20 da LINDB, que exige que o juiz considere as consequências práticas da decisão proferida com base em “valores jurídicos abstratos”, consolida e incorpora essa tendência ao direito positivo brasileiro.

A emersão da tendência pragmática é associada a um cenário de crise hermenêutica e de insegurança jurídica, que se instala após a entusiasmada recepção das teorias pós-positivistas, sobretudo das obras de Dworkin e Alexy, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a partir da década de 80. Conforme panorama doutrinário, traçado no tópico 1.2, juristas de diversas correntes compartilham o diagnóstico, no sentido de que a festiva incorporação do novo paradigma teórico à cultura jurídica nacional deu causa a abusos e excessos decisórios subjetivistas, possibilitados por meio da instrumentalização da retórica principiológica e seu elevado grau de abstração.

Nesse contexto, a crescente inclinação rumo ao pragmatismo jurídico, que culmina na reforma da LINDB, surge como um movimento de reação e tentativa de contenção desses excessos. A partir dessa perspectiva, e considerando que a crise hermenêutica não é um fenômeno restrito ao direito público, o trabalho se filia à posição no sentido de que a exigência consequencialista, prevista no art. 20 da LINDB, embora introduzida por meio de norma expressamente destinada a disciplinar a “criação e aplicação do direito público”¹²⁴, é aplicável a todos os ramos do direito.

A redação do art. 20 da LINDB não prima pela clareza e precisão conceitual, demandando interpretação que o adeque à classificação contemporânea das normas jurídicas, notadamente no que tange à referência à “decisão baseada em valores jurídicos abstratos”. Considerando que os valores jurídicos são desprovidos de conteúdo deontológico, parece-nos correta a interpretação no sentido de que a

¹²⁴ Conforme ementa da Lei 13.655/2018.

exigência de consideração das consequências práticas é atraída pelo emprego de princípios jurídicos, e não de valores, na fundamentação da decisão. Assim, o trabalho adota a posição no sentido de que, à luz do art. 20 da LINDB, o julgador, ao se deparar com caso concreto, no qual, por força da incidência de determinado princípio jurídico, houver mais de uma solução dogmaticamente possível, deverá considerar as consequências práticas das diferentes alternativas decisórias.

A mudança legislativa, embora possa contribuir para mudança na cultura do exercício do poder adjudicatório, não é suficiente para, por si só, debelar o cenário de crise hermenêutica. Pelo contrário, o consequencialismo, assim como a argumentação baseada nos princípios jurídicos, pode ser instrumentalizado retoricamente para acobertar subjetivismos decisórios. Assim, se a alteração legislativa não for acompanhada do necessário aprofundamento teórico em torno da nova sistemática decisória, é possível que a reforma da LINDB provoque efeito inverso ao almejado, agravando o cenário de incerteza e insegurança jurídica.

No intuito de contribuir com esse aprofundamento, o presente trabalho buscou precisar o referencial teórico mais adequado para interpretação e aplicação do art. 20 da LINDB. Nesse sentido, a constatação de que a reforma legislativa foi influenciada pela atual tendência pragmatista é insuficiente para bem situar teoricamente a nova sistemática decisória. Como demonstrado, embora o pragmatismo seja usualmente associado às ideias centrais do antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, inexiste consenso ou definição exata em torno do termo. Tampouco existe identidade entre as teses centrais do pragmatismo filosófico e do pragmatismo jurídico.

A existência de múltiplas, e por vezes conflitantes, concepções abrangidas pelo conceito de pragmatismo, acentua a necessidade de se buscar clareza quanto ao referencial teórico a ser adotado na interpretação da LINDB, até mesmo para evitar o emprego de versões menos sofisticadas de pragmatismo, que podem conduzir a uma concepção instrumentalista do direito e ao exercício do poder jurisdicional de modo particularista e desvinculado dos limites estabelecidos pelo direito posto.

Assim, na busca pela definição do referencial mais adequado para interpretação do art. 20 da LINDB, foram analisados, em tópicos específicos do trabalho, algumas das concepções teóricas apontadas pela doutrina como aderentes aos objetivos que nortearam a reforma da LINDB. Ao final dessa análise, aderiu-se a

posição doutrinária que aponta que a versão de pragmatismo jurídico desenvolvida pelo juiz norte-americano Richard Posner, com o acréscimo das considerações institucionais propostas por Sunstein e Vermeule, constitui a teoria adjudicatória mais adequada para interpretação e aplicação da dinâmica decisória instituída pelo art. 20 da LINDB.

À luz desse referencial teórico, a consideração das consequências práticas da decisão baseada em princípios jurídicos, exigida pelo art. 20 da LINDB, deve ser compreendida como uma análise que abrange tanto as consequências diretas da decisão, como, também, suas consequências sistêmicas. As duas espécies de consequência, diretas e sistêmicas, propostas por Posner para orientar o processo decisório pragmático, tem sua ocorrência verificada no mundo empírico – e não teórico - e, portanto, não podem deixar de ser consideradas “consequências práticas”.

Consequentemente, o emprego de fundamentação baseada em princípios jurídicos, para justificar conclusão decisória que ultrapassa os limites postos pelo texto legal, demandará a demonstração de que as consequências diretas são relevantes e graves a ponto de justificar os efeitos sistêmicos adversos associados à inobservância do direito positivo.

Ao mesmo tempo, caberá ao decisor ponderar se, na espécie de conflito submetido a julgamento, o judiciário é o órgão que detém as capacidades institucionais mais adequadas para prospectar e afastar eventuais consequências socialmente indesejáveis, decorrentes da aplicação da lei, e quais serão os efeitos dinâmicos da assunção de tal papel institucional.

Embora se trate de conclusão contraintuitiva¹²⁵, é possível que a adoção do referencial teórico proposto resulte em padrão mais restritivo à discricionariedade judicial do que aquele que seria resultante da adoção de teoria adjudicatória ortodoxa, para interpretação da dinâmica decisória instituída pela reforma da LINDB.

Como visto, o pragmatismo jurídico de Posner (2010, p. 64) pressupõe que a confrontação das consequências práticas com as graves consequências sistêmicas decorrentes da inobservância do direito posto, na maior parte dos casos,

¹²⁵ A conclusão é contraintuitiva porque a restrição da discricionariedade judicial não parece constituir o resultado esperado da adoção de referencial teórico que expressamente admite a possibilidade de que o julgador possa, em determinadas hipóteses, “desconsiderar a lei para alcançar algum objetivo prático imediato” (POSNER, 2010, p. 64).

recomendará que a decisão se atenha aos limites postos pelo texto legal ou pelos precedentes.

A transposição e adaptação da construção teórica de Posner ao contexto cultural e jurídico da *civil law* brasileira¹²⁶ pode tornar essa presunção ainda mais acentuada, dada a maior expectativa social de observância de tais limites no contexto do sistema jurídico brasileiro, fortemente influenciado pelo sistema germânico-romano. Vale dizer, se a expectativa social de observância do direito posto é mais acentuada em uma sociedade que adota o sistema germânico-romano, é possível presumir que as consequências sistêmicas, decorrentes da inobservância, também serão mais intensas em tal sociedade.

Como Posner adverte, em razão do valor social associado à proteção das expectativas e à preservação da linguagem comum como um meio eficaz de comunicação legal, se “as consequências não são catastróficas ou absurdas, normalmente é mais sensato seguir o significado manifesto de uma lei [...]” (POSNER, 2010, 64).

Como evidenciado, a partir da doutrina de Guastini (2015), mesmo nas teorias interpretativas ortodoxas, as consequências indesejadas, decorrentes da aplicação do direito posto, podem ser evitadas pelo intérprete, por meio da construção interpretativa de lacunas ou normas implícitas no texto legal, mediante a argumentação de que suas disposições contrariam algum princípio jurídico e, como adverte Streck, mesmo “na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo” (2011, p. 539).

Em verdade, a maior parte das teorias da adjudicatórias contemporâneas admite, ainda que não em bases explicitamente consequencialistas, a derrotabilidade da norma legal cuja aplicação literal possa produzir consequências catastróficas ou absurdas, mas sem fornecer um instrumental teórico construído especificamente para comparar e avaliar diferentes espécies de consequências.

¹²⁶ Como apontado no tópico 2.1 supra, o emprego das proposições teóricas de Posner, para o estudo e análise dos institutos jurídicos brasileiros, deve sempre levar em conta a necessidade de sua adaptação e conformação ao contexto cultural e jurídico nacional, pois, como o próprio Posner expressamente adverte, sua teoria foi desenvolvida com foco centrado nas instituições da *common law* norte-americana, de forma que a sua interpretação e aplicação no âmbito de outros sistemas jurídicos deve sempre considerar que os “sistemas políticos e judiciais, insistem os pragmáticos, são relativos a culturas nacionais”. (POSNER, 2010, p. 17-18).

É nessa perspectiva que se afirma que a restrição à discricionariedade, decorrente da adoção do pragmatismo jurídico de Posner, com os acréscimos propostos por Sunstein e Vermeule, como referencial teórico, é provavelmente mais acentuada do que aquela que seria resultante da adoção de teorias adjudicatórias mais tradicionais e ortodoxas.

Ao condicionar o afastamento da solução silogística à demonstração de que as consequências práticas a serem evitadas são mais graves do que as consequências sistêmicas decorrentes da inobservância da lei, o pragmatismo jurídico de Posner impõe ônus argumentativo adicional à decisão que se afasta do texto legal e que não encontra paralelo nas teorias adjudicatórias ortodoxas.

Note-se, também, que esse ônus argumentativo adicional, imposto pela adoção do pragmatismo jurídico de Posner, não poderá ser adequadamente satisfeito nas hipóteses de incerteza radical ou ignorância, nas quais não é possível antecipar, de forma minimamente confiável, os efeitos das diferentes alternativas decisórias. Assim, em tais hipóteses, a alternativa decisória recomendada será aquela prevista em lei ou no contrato, diante da impossibilidade de se demonstrar que as consequências práticas a serem evitadas são mais graves do que as consequências sistêmicas decorrentes da inobservância do direito posto.

Tem-se, assim, que o referencial teórico proposto é compatível com a espécie de pragmatismo jurídico que a reforma da LINDB pretendeu instituir, na medida em que aproxima o decisor dos obstáculos e circunstâncias da vida prática e sua adoção resultaria na atribuição de um caráter excepcional à admissibilidade da fundamentação baseada em princípios jurídicos para justificar decisão que se afasta dos limites postos pelo texto legal. A potencial contenção de posturas decisórias consequencialistas em contextos de incerteza radical ou ignorância também aproxima o pragmatismo jurídico de Posner das finalidades da reforma legislativa, notadamente o de conter o subjetivismo decisório e prestigiar a segurança jurídica.

Finalmente, o trabalho buscou situar a exigência de consideração das consequências práticas da decisão, instituída pelo art. 20 da LINDB, no complexo de normas jurídicas que regulamentam e densificam a garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais e definir de que forma o raciocínio que prospecta e valora as consequências decisórias deve ser exposto na fundamentação, para que a decisão possa ser considerada devidamente fundamentada.

Como demonstrado, o dever de fundamentação, tal como compreendido na contemporaneidade, é uma construção erigida ao longo de séculos de evolução e sedimentação doutrinária e legislativa, norteadas pelo objetivo de conter o arbítrio e o subjetivismo no exercício do poder.

Trata-se, assim, de instituto construído para vincular a decisão judicial aos postulados da legalidade e da imparcialidade, que constitui, na atualidade, verdadeira garantia política, inerente ao Estado Democrático de Direito e ao exercício democrático do poder jurisdicional. A ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário, decorrente de sua atuação na concretização de direitos fundamentais, tornou ainda mais relevante a legitimação democrática da atuação jurisdicional, que decorre da fiel observância do dever de fundamentação.

Recentemente, o atual Código de Processo Civil promoveu avanço determinante no tratamento do tema, ao instituir, em seu art. 489, parâmetros mínimos de qualidade, que devem ser preenchidos pela fundamentação, para que a decisão possa ser considerada devidamente fundamentada. Com isso, restou estabelecido um padrão máximo de fundamentação das decisões judiciais, dando-se concretude à garantia prevista no art. 93, IX, da CF/1988, em intensidade inédita em nosso direito.

A exigência de consideração das consequências práticas da decisão, instituída pelo art. 20 da LINDB, por sua vez, foi norteadada pelo declarado intuito de conferir maior objetividade e previsibilidade à aplicação do direito e, com isso, afastar a insegurança jurídica verificada com a crescente aplicação dos princípios jurídicos, dotados de elevado grau de abstração e indeterminação.

Ao estabelecer mais um parâmetro de qualidade a ser observado pela fundamentação decisória, o art. 20 da LINDB também densifica a garantia prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal e deve ser interpretado, de forma coerente e harmônica, com as demais normas que regulamentam o dever constitucional de fundamentação, como se fosse mais um parágrafo do art. 489 do CPC.

Desta premissa decorre uma importante conclusão: se o art. 20 da LINDB integra o conjunto de dispositivos normativos que densificam a garantia constitucional da fundamentação (art. 93, IX, da CF/88), compondo o quadro de exigências legais que devem ser observadas por uma decisão para que ela possa ser considerada fundamentada, tem-se que a decisão embasada em princípios jurídicos (hipótese de incidência da exigência contida no art. 20 da LINDB) e que

não apresenta, em sua fundamentação, a prospecção de suas consequências práticas, não pode ser considerada como adequadamente fundamentada, estando sujeita à sanção de nulidade, prevista no art. 93, IX, da CF/88.

Nesse ponto, evidencia-se o entrelaçamento dos temas abordados no presente trabalho. A exigência de consideração das consequências práticas densifica a garantia constitucional de fundamentação e, para ser realizada, demanda o emprego de raciocínio presuntivo. O dever de exposição de todos os elementos do raciocínio presuntivo decorre da garantia de fundamentação e é necessário para que seja possível o controle da consistência da inferência dedutiva realizada pelo julgador. Por fim, a efetividade de tal controle pressupõe o pleno exercício do contraditório pelas partes, por meio do conhecimento e possibilidade de influência acerca de todas as premissas utilizadas na formação da presunção que prospecta as consequências práticas da decisão.

A esse respeito, é oportuno lembrar que o dever de contraditório não se esgota com a possibilidade de manifestação (dimensão formal ou sentido fraco), sendo imprescindível que as partes tenham a oportunidade de efetivamente influenciar na construção da decisão, de forma que todas as premissas do raciocínio consequencialista e as regras de experiência a serem empregadas na prospecção das consequências práticas devem ser submetidas à discussão no ambiente dialógico do processo e expostas à potencial influência das partes.

Nota-se, portanto, que tanto o clássico dever de fundamentação, como a recente exigência de prospecção decisória consequencialista, têm por escopo afastar o subjetivismo e o potencial arbítrio na aplicação do direito e promover a imparcialidade e a segurança jurídica. Não por acaso, ambos os institutos são apontados como potenciais soluções para dirimir os problemas decorrentes do chamado ativismo judicial.

Tratam-se, assim, de duas frentes de enfrentamento do mesmo problema, de forma que a adoção de juízo decisório consequencialista não justifica menor rigor na fundamentação da decisão. Pelo contrário, se o que se pretende é promover a segurança jurídica e a legitimidade democrática da decisão, tem-se que todos os componentes e dimensões que integram a estrutura do raciocínio consequencialista devem ser expostos e justificados, de forma expressa e clara, na decisão que o emprega como razão decisória.

Vale dizer, se, como pontua Liebman (1983, p. 236), a história do processo pode ser compreendida como a história da contenção do arbítrio, a exigência de consideração das consequências práticas da decisão, instituída pela LINDB, deve ser encarada como mais um capítulo dessa história, que se soma e deve ser interpretado, de forma coerente e harmônica, com os capítulos que o precederam, dentre os quais aquele que exige a devida fundamentação de toda e qualquer decisão judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. **Ratio Juris**, v. 16, n. 14, p. 433-449, Oxford, dez.-2003.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set-dez. 2019.

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ALVIM, Teresa Arruda. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação da sentença e do acórdão. **Revista de Processo**. vol. 168, p. 531-542 fev - 2009.

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. Modern moral philosophy. **Philosophy**, vol. 33, n. 124, 1958. Disponível em <https://sites.pitt.edu/~mthomps/ readings/mmp.pdf>. Acesso em 19 abr. 2024.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Brittes. A motivação das decisões penais: notas sobre os elementos e os limites normativos previstos no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hanze; SCHWIND, Rafael Wallbach (orgs.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. O papel do Judiciário na implementação de direitos fundamentais: homenagem ao Ministro Luiz Edson Fachin. In: ARRUDA, Desdêmona T. B. Toledo; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone; SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Ministro Luiz Edson Fachin: cinco anos de Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Interesse Público** [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 18, n. 97, maio/jun. 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Deuses pragmáticos, mortais formalistas**. 2006. 220 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.

ARGUELHES, Diego Werneck.; LEAL, Fernando. Dois problemas de operacionalização do argumento de “capacidades institucionais”. **REI – Revista Estudos Institucionais**. v. 2, n. 38, p. 192-213, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck.; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 38, p. 06-50, jan-jun. 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck.; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 173-174.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan-mar. 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. **Processo Civil Pragmático**. 2013. 278 f. Tese (Doutorado em Direito) – Unidade de Ensino, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/31921> Acesso em 16 mai. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3. p. 864-939, set/dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e o novo modelo**. 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

BOTERO-BERNAL, Andrés. El positivismo jurídico en la historia: las escuelas del positivismo jurídico en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX. In: FABRA ZAMORA, Jorge Luis Núñez; NÚÑES VAQUERO, Álvaro (coord). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 63-170.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consenquencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez., 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 423 de 5 de outubro de 2021. Diário da Justiça Eletrônico n. 259/2021, Brasília, DF, 6 out 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em 24 dez. 2023

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Habeas Corpus nº 82424. Relator: Maurício Corrêa, Brasília, DF, 17 setembro 2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ellwanger&sort=score&sortBy=desc> Acesso em 30 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 10 set. 2020,. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoPosseFux.pdf>. Acesso em 15 dez. 2023.

CAMBI, Eduardo; MUNARO, Marcos Vinícius Tombini. Dever de fundamentação das decisões judiciais (exegese do artigo 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Volume 20. n. 2. maio a agosto de 2019.

CAMILO JUNIOR, Ruy Pereira. Nem Xamãs nem Pitonisas: Consequencialismo e Rigor Técnico - Um Comentário ao Artigo 20, da LINDB, acrescido pela Lei n. 13.665/18. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2018. v. 2, p. 86-92.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2007.

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição**. 2014. 936 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9631>. Acesso em 05 out. 2023.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da; CARNEIRO, Thiago Lima. O modelo de processo cooperativo e o papel do juiz no Estado Democrático de Direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 29, n. 1, p. 10-26, jan-jun. 2019.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEWEY, John. Logical method and Law. **Cornel Law Review**, vol. 10, 1924. Disponível em <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em 23 fev 2024.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord). Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. In: ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS, 6., 2015, Curitiba. **[Enunciados]**. Disponível em <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 17 de nov de 2023.

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento**. 21 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 14 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**, v. 18, n. 36, p. 114-131, dez. 2015

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, vol. 9, no. 2, 1980, pp. 191–226. JSTOR. Disponível em www.jstor.org/stable/724129. Acesso em 16 set 2023.

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

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

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

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília v. 48, n. 189, jan/mar. 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA NETO, ARTHUR MARIA. Teoria da argumentação em Humberto Ávila: uma análise crítica. **Revista Direito Tributário Atual**, ano 37, n. 41, p. 499-552, 2019.

FUX, Luiz; BODART; Bruno. **Processo civil e análise econômica**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

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

GICO JÚNIOR, Ivo. **Análise econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Foco, 2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GUASTINI, Riccardo. Interpretación y construcción jurídica. **Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho**. México, n. 43, p. 11-48, 2015.

HAACK, Susan. Trial and error: the Supreme Court's philosophy of science. **American journal of public health**. vol. 95 Suppl 1 (2005). Disponível em: https://ajph.aphapublications.org/doi/10.2105/AJPH.2004.044529?url_ver=Z39.88-2003&rft_id=ori%3Arid%3Acrossref.org&rft_dat=cr_pub++0pubmed. Acesso em 14 fev. 2024.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HOMERO. **Odisseia**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, p. 63–92, 2018.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle O direito administrativo na atualidade (1917-2017). In: Wald, A.; Justen Filho, M.; Pereira, C. A. G. (orgs.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito**. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 350-362.

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

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Fernando. Juízes pragmáticos são necessariamente juízes ativistas?. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 17, n. 1, p. e4456, maio 2021.

LEAL, Fernando. Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno. **Jota**, 01 out. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno>. Acesso em: 14 fev. 2024.

LEAL, Fernando. Consenquencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer. In: PINHEIRO, Armando Castelar, PORTO, Antônio J. Maristrello e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 85-113.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p. 25-30.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, vol. 29. São Paulo, jan-mar.1983, p. 79-81.

LOVEJOY, Arthur Onken. **The thirteen pragmatisms and other essays**. Baltimore: The John Hopkins Press, 1963.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MAGALHÃES, Andréa. **Precisamos falar sobre a crise: a jurisprudência de crise sob uma perspectiva pragmática**. 2017. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. Justificação externa da decisão judicial e standard probatório. **Revista Judiciária do Paraná**, Curitiba, n. 21, maio 2021.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. O dever constitucional da fundamentação da sentença e o novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015: estudo de caso a respeito dos precedentes judiciais em matéria constitucional e o padrão máximo de fundamentação no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Volume 17. n. 2. julho a dezembro de 2016.

MARANHÃO, Clayton de Albuquerque. STJ entre cognitivismo e ceticismo interpretativo: obsolescência da súmula 400 do STF. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Volume 17. n. 2. julho a dezembro de 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergiu e MITIDIERO. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques; SUNDFELD, Carlos Ari;. Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações públicas e seu controle**. São Paulo: Malheiros, 2013

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

MENDONÇA, José Vicente de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente de (Orgs.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV, 2017

MENDONÇA, José Vicente Santos. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan-abr. 2014

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, t. 5.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil brasileiro entre dois mundos. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, Anotações sobre o título 'Da Prova' do Novo Código Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Orgs). **Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **As dimensões paradigmáticas da fundamentação das decisões judiciais: filosofia, história, direito e de como a**

(in)compreensível resistência ao dever de fundamentar é uma questão de **paradigma**. 2019. 479 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2019. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/9234>. Acesso em 08 ago. 2023.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Judicialização da política? Sobre a naturalização da separação dos poderes (I). In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 1977-199

NONCONFORMISM. In: Encyclopedia Britannica. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/Nonconformist>. Acesso em 10 fev. 2024.

OLIVEIRA, Lucas Soares de. Contraditório. **Revista de Processo**. vol. 302, p. 17-38, abr - 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº. 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio-ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Órgão Especial – Administrativo. Acórdão 10167101. Relator: Desembargador Luiz Fernando Tomasi Keppen. Curitiba, 07 mar. 2024.

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

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 99 - 120, nov. 2019a.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil**. São Paulo: Thomson Reuter Brasil, 2019b.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Interpretação jurídica: do dogma da completude ao sistema aberto In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello(coord.) **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018.

POGREBISNCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard Allen. *Curriculum Vitae*. Disponível em <https://www.law.uchicago.edu/sites/default/files/2023-04/PosnerR-2023-04-CV.pdf>. Acesso em 28.02.2024.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard Allen. Legal Pragmatism. *Metaphilosophy*, Oxford, v. 35, n. 1/2, p. 147-159, jan. 2004.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

POSNER, Richard Allen. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication, **63 New York University Annual Survey of American Law**, v. 63, pp. 09-13, 2007b.

POSNER, Richard Allen. Wealth Maximization Revisited, **2 Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy** 85, 1985.

PUGLIESE, William Soares. **A ratio da jurisprudência: coerência, integridade, estabilidade e uniformidade**. 2016. 310 f. Tese (Doutorado em Direito) – Unidade de Ensino, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/xmlui/bitstream/handle/1884/43756/R%20-%20T%20-%20WILLIAM%20SOARES%20PUGLIESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 26 mar. 2024.

PUGLIESE, William Soares. Formalismo valorativo e a fundamentação das decisões no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. vol. 328. ano 47. p. 89-104. São Paulo: Ed. RT, junho 2022.

REALE, GIOVANNI; ANTISERI, DARIO. **História da filosofia: Antiguidade e Idade Média**. São Paulo: Paulus, 1990.

ROSSATTI, Gabriel Guedes. R.W. Emerson or the americans' philosophical method. *Cognitio-Estudos: Revista Eletrônica de Filosofia*, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 124-130, jul-dez. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 1 (2012), n. 1, p. 435-483, 2012.

SALAMA, Bruno. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Caderno Direito GV**, Número 22 - mar/2008. Disponível em <https://repositorio.fgv.br/items/125da566-a251-4ead-921f-a81fd424434c>. Acesso em 24.01.2024.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan. 2009.

SCHAUER, Frederick. Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and life. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista de Processo**. vol. 798, p. 23-50, abr - 2002.

SILVEIRA, André Bueno da. **Análise econômica do direito e teoria dos jogos: consequencialismo nas decisões judiciais e a nova interpretação das consequências**. São Paulo: JusPodivm, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**. vol.4, n. 7, p. 343-367, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-229.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper**. n. 57, 1998.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 101, n. 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically. **The University of Chicago Law Review**. Summer, 1999.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2005.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Consequencialismo no artigo 20 da LINDB: levando as consequências decisórias a sério. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ISSA, Rafael Hanze; SCHWIND, Rafael Wallbach (orgs.). **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, v. II, 2019.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. Linguagem no direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito>. Acesso em 03.02.2023.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Edipro, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Resolução 426**, de 07 de março de 2024. Cria Varas Empresariais Regionais para processar e julgar as ações relacionadas ao Direito Empresarial, às recuperações empresariais e falências e as decorrentes da Lei de Arbitragem. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4702750>. Acesso em 21.03.2024.

TUCCI, José Rogério Lauria. **Motivação da sentença no processo civil**. 1987. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987. Acesso em: 18 set. 2023.

VARGAS, Miguel Ángel Fernández. Algunos Temas Clásicos de La Epistemología. In LARIGUET, Guillermo; LAGIER, Daniel González. **Filosofía: una introducción para juristas**. Madrid: Trotta, 2022. p. 283-284.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil – Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (orgs.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 79–112, mai-ago 2020.

ZOLO, Danilo. The Rule of Law: a critical reappraisal. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **The Rule of Law: history, theory and criticism**. Dordrecht: Springer, 2007.