

ano 19 - n. 75 | janeiro/março - 2019
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i75
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2019 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003- Trimestral ISSN: 1516-3210 Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba 1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum. CDD: 342 CDU: 342.9
------	---

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

Judicial duty to consider the practical consequences of the decision: interpreting art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law

Fredie Souza Didier*

Universidade Federal da Bahia (Brasil)
frediedidier@gmail.com

Rafael Alexandria Oliveira**

Universidade Federal da Bahia (Brasil)
rafael.alexandria@dsr.adv.br

Recebido/Received: 08.01.2019 / January 8th, 2019

Aprovado/Approved: 12.05.2019 / May 12th, 2019

Como citar este artigo/*How to cite this article*: DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa (2009) e Livre-Docência na Universidade de São Paulo (2012). *E-mail*: frediedidier@gmail.com.

** Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (Salvador-BA, Brasil). Advogado. *E-mail*: rafael.alexandria@dsr.adv.br.

Resumo: O presente artigo analisa o conteúdo normativo e dogmático do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que impõe ao juiz o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão quando baseada em valores jurídicos abstratos.

Palavras-chave: decisão judicial; princípios normativos; consequências práticas; pragmatismo jurídico; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil.

Abstract: This article analyzes the normative and dogmatic content of art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, which imposes on the judge the duty to consider the practical consequences of his decision when based on abstract legal values

Keywords: judicial decision; normative principles; practical consequences; legal pragmatism; Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law.

Sumário: **1** Introdução – **2** O propósito do art. 20 da LINDB – **3** Estrutura normativa – **4** O dever de considerar as consequências práticas da decisão – **5** Conclusão e balanço crítico – Referências

1 Introdução

O art. 20 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), acrescentado pela Lei n. 13.655/2018, imputa ao órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle, como os tribunais de contas) o dever de observar “as consequências práticas” da sua decisão.

Eis o texto do dispositivo:

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.

A relevância do art. 20 da LINDB, conforme veremos, está em que ele deixa claro que o julgador, em determinado cenário, *deve* considerar as consequências da sua decisão e, mais do que isso, *deve* expor o caminho que o seu raciocínio percorreu para chegar à percepção sobre tais consequências e para escolher, dentre as opções possíveis, a que lhe pareceu necessária e adequada ao caso.

É preciso identificar o propósito desse dispositivo, a sua estrutura normativa e o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão.

2 O propósito do art. 20 da LINDB

Carlos Ari Sunfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei n. 13.655/2018, destacava que se vive “hoje um ambiente de ‘geleia geral’

no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”.¹

De modo geral, as mudanças inseridas na LINDB pela referida lei buscam “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”.² Convém lembrar que uma das faces da segurança jurídica diz respeito à cognoscibilidade do direito: o direito só serve de mecanismo de orientação se o destinatário consegue compreendê-lo; por essa razão, o direito deve ser inteligível e assim o é, dentre outras coisas, por meio da determinação e da clareza das suas fontes normativas.³

O propósito do art. 20 da LINDB é garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas, já que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”.⁴

Como ressalta Fernando Leal, “em um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação *pode* contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos *quantitativos*. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago”.⁵

3 Estrutura normativa

O art. 20 é enunciado normativo inédito e de difícil compreensão. Ele incorpora termos muito difundidos nos estudos contemporâneos sobre a Teoria do

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

² SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 22.

³ É o que Humberto Ávila chama de “segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 334 e seguintes).

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça”. In: *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 225. O autor continua: “A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz” (*idem, ibidem*).

⁵ LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

Direito, de um modo geral, e da decisão judicial, de um modo especial: “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão”.

Desse dispositivo podem ser extraídas *duas normas*: um postulado hermenêutico e uma regra de densificação do dever de motivar as decisões.

3.1 Postulado hermenêutico

Postulado normativo é norma jurídica que regula a forma como as outras normas jurídicas devem ser aplicadas. Postulado hermenêutico é o postulado normativo que regula o modo como devem ser interpretadas as fontes normativas,⁶ como a lei, o contrato ou a decisão.

O *caput* do art. 20 da LINDB estabelece um postulado hermenêutico, uma diretriz interpretativa para o órgão julgador: ele deve considerar as *consequências práticas* da decisão a ser tomada.⁷

A consideração das consequências práticas deve acontecer sempre que o julgador pretender decidir com base em “valores jurídicos abstratos”. Sucede que, no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em *normas*. A referência a “valores” é dogmaticamente sem sentido.

É preciso apurar, então, a que normas jurídicas esse dispositivo, valendo-se de expressão equivocada, se está referindo.

Pensamos que a expressão “valores jurídicos abstratos” é utilizada para designar os *princípios normativos menos densificados*, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto. Assim pensamos em três motivos.

Primeiro, porque, a considerar o motivo pelo qual o dispositivo foi inserido na LINDB – exigir maior esforço argumentativo do julgador, como forma de garantir a segurança jurídica pela melhora da qualidade da fundamentação –, é exatamente no campo dos princípios menos densificados que os fatores de preocupação e de insegurança se mostram mais presentes.

Segundo, porque a diferença básica entre regras e princípios é que o princípio estabelece uma finalidade a ser alcançada sem necessariamente especificar a forma de alcançá-la, enquanto que a regra determina a consequência (faculdade,

⁶ Sobre os postulados normativos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135-144.

⁷ Os Enunciados nºs 3 e 4 do II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação da AJUFE, Campinas, 2018, têm a seguinte redação: 3. “O Poder Judiciário deve deferir tutelas que restabeleçam a juridicidade violada com o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões”. 4. “O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios”.

obrigação ou proibição) da ocorrência, no plano fenomenológico, de certo fato ou conjunto de fatos.

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se 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. Se a regra estiver enunciada em termos vagos, cabe ao julgador, na fundamentação decisória, demonstrar que o caso concreto se amolda àqueles termos vagos (art. 489, §1º, II, CPC). Nada impede que ele faça um exame das consequências práticas da sua opção interpretativa, mas o art. 20 da LINDB não *exige* que assim o faça. Nada impede, também, que faça controle de constitucionalidade *in concreto* dessa regra e, se for o caso, deixe de aplicá-la; é possível, inclusive, pensar na ponderação entre regras, como aponta o art. 489, §2º, do CPC.

Segundo Alexy, para solucionar um *conflito entre regras* é necessário que uma das regras integre uma hipótese de exceção à outra,⁸ ou então que uma delas seja invalidada e expurgada do ordenamento, em nome da subsistência da outra, verificando-se, pois, se a regra está dentro (como exceção) ou fora (por invalidação) do ordenamento. Dessa forma, constatada a contradição entre “juízos concretos de dever-ser”, se ela não pode ser sanada com a inserção de uma “cláusula de exceção” em uma das regras, então se deve decidir qual delas deve ser invalidada.⁹

Essa não é, contudo, a solução para a *colisão entre princípios*. Nesses casos, um princípio não é tomado como exceção ao outro e nenhum deles precisa ser invalidado.¹⁰ Na verdade, em uma “dimensão de pesos” (e não de validade), considera-se que, nas situações concretas, os princípios têm pesos distintos e que o princípio que mais pesar tem preferência em relação ao outro¹¹ – caso em que o conflito e sua solução se situam dentro do ordenamento.

⁸ O que corresponderia à invalidez parcial dessa regra, diz SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48 e 49.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92 e 93.

¹⁰ Muito embora o autor admita que princípios possam ser absolutamente incompatíveis em abstrato, impondo-se um deles seja expurgado da ordem jurídica, por invalidez (ex., segregação racial). Na verdade, a discussão em torno da invalidez determina o que deve estar dentro e fora do ordenamento. Entretanto, pressuposta a validade abstrata do princípio, é que se pode analisar sua colisão em concreto, no interior do ordenamento (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 110 ss.).

¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 93 e 94.

Humberto Ávila questiona essa diferenciação.¹² Ele entende que a ponderação não é exclusividade dos princípios: as regras também podem conviver abstratamente, mas colidir concretamente; as regras podem ter seu conteúdo preliminar de sentido superado por razões contrárias; as regras podem conter hipóteses normativas semanticamente abertas (conceitos indeterminados); as regras admitem formas argumentativas como a analogia. Em todas essas hipóteses, entende Ávila, é necessário lançar mão de ponderação.

Nas suas palavras, com as quais concordamos, “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso”.¹³

O art. 489, §2º, do CPC trata justamente da possibilidade de ponderação entre regras.

Terceiro, porque exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com *qualquer* conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira.

É inconcebível pensar que, ao se deparar com conceitos indeterminados como “erro grosseiro”, “verdade”, “interesse público”, dentre tantos outros, o julgador deve, obrigatoriamente, fazer um juízo preditivo das consequências práticas da sua opção por um ou por outro sentido. O pragmatismo prestigiado pelo art. 20 da LINDB também merece ser analisado sob esse viés consequencialista e pragmático. Lembremos que, de modo geral, para os conceitos vagos já existe a exigência de fundamentação de que trata o art. 489, §1º, II, do CPC.

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

Isso faz com que o art. 20 contenha uma possível redundância. Como constata Fernando Leal, “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver

¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 52 ss.

¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, cit.*, p. 58-59.

um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados”.¹⁴ Nesse aspecto, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam”.¹⁵

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

Não basta, por exemplo, que o magistrado invoque o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema – que muitas vezes podem ser reproduzidas em tantos outros casos semelhantes –, para deferir a determinado paciente tratamento em hospital particular às custas do Estado ou para determinar o seu internamento imediato em hospital público sem respeitar os critérios de regulação. É preciso que o magistrado considere e trate expressamente das consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar no orçamento e na execução de outros projetos ligados à saúde ou quanto aos reflexos que pode gerar em relação a outros pacientes do sistema de saúde que aguardam na fila da regulação uma oportunidade de atendimento.

Ao se deparar com princípios normativos, o julgador deve (i) buscar os possíveis sentidos do texto e sopesá-los considerando as consequências práticas decorrentes de cada um deles; e (ii) à luz das consequências possíveis, definir o sentido que será atribuído ao conceito indeterminado.

O art. 20 incide no momento da *valoração* dos sentidos do texto normativo de conteúdo aberto e no momento da *decisão*, ou da escolha, por um desses sentidos.

Para Carlos Ari Sunfeld, “o profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito”.¹⁶

¹⁴ LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, cit., p. 27.

¹⁵ LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, cit., p. 27-28.

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça. In: *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

Além disso, “a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos”.¹⁷

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.

Esse postulado não se aplica apenas à decisão judicial. Ele também se aplica às decisões administrativas e às decisões tomadas por órgãos de controle, como os tribunais de contas e as agências reguladoras.

Como ensinam Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis, “é assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle”.¹⁸

O art. 20 da LINDB vem somar-se a um conjunto de normas jurídicas expressas no Código de Processo Civil, que disciplinam a interpretação das fontes e aplicação das normas no Direito brasileiro.

O CPC contém outros postulados relevantes para a interpretação das fontes e para a aplicação das normas, que são a razoabilidade e a proporcionalidade (art. 8º¹⁹), a coerência e a integridade (art. 926²⁰), a ponderação e a boa-fé (art. 489, §§ 2º e 3º²¹). Trata-se de uma verdadeira constelação de postulados hermenêuticos.

A eles se soma o postulado do pragmatismo.

¹⁷ *Idem, ibidem.*

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 23.

¹⁹ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²⁰ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²¹ Art. 489. [...]

§2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

3.2 Dever de motivação

O art. 20 vai além de ser um postulado hermenêutico. O dispositivo contém, no parágrafo único, regra que impõe ao julgador dever específico de motivação.

Não basta que o julgador considere as consequências práticas dos sentidos possíveis que podem ser atribuídos ao texto normativo de conteúdo aberto. Não é difícil encontrar casos, inclusive do STF, em que o consequencialismo protagoniza a tomada de decisão, revelando que esse juízo pragmático pode ser muito mais comum na atividade jurisdicional do que se pode pensar.

A relevância do art. 20 da LINDB está não apenas na parte em que ele *exige* que as consequências sejam consideradas como também na parte em que ele *exige* que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio trilhou para chegar até elas.

É preciso, então, que o julgador esclareça quais sentidos podem ser extraídos do texto normativo e quais são as consequências práticas a que cada um desses sentidos pode levar; é preciso também que o julgador justifique a solução dada à luz da proporcionalidade (necessidade e adequação) e das possíveis alternativas decisórias. O parágrafo único do art. 20 determina que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Nesse sentido, o parágrafo único do art. 20 densifica a regra contida no art. 93, IX, da Constituição, segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Depois de apurar o princípio normativo que regula o caso e seus possíveis sentidos, e depois de considerar as consequências práticas decorrentes da adoção desses possíveis sentidos, cabe ao julgador adotar a solução que, em comparação com as outras soluções possíveis para o caso, demonstre ser a medida *necessária* e *adequada* – ou, em outras palavras, a medida mais proporcional. Isso vale para qualquer solução a que se chegue: imposição de prestação (fazer, não fazer ou pagar quantia), tutela declaratória ou tutela constitutiva (como a invalidação de ato jurídico, por exemplo).

Para anular um contrato de parceria público-privada de gestão de um hospital público, com base no princípio da economicidade, por exemplo, o juiz precisa avaliar as consequências dessa decisão e verificar se a solução dada ao caso é necessária e adequada se comparada, por exemplo, à revisão do contrato, com manutenção da parceria.

Observe que o inciso II do §1º do art. 489 do CPC já impõe que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados deve ser acompanhado de explicação do motivo concreto de sua incidência no caso.

O que o art. 20 da LINDB faz é acrescentar mais uma regra específica de fundamentação decisória, ao exigir que a incidência do conceito jurídico indeterminado não apenas esteja demonstrada no caso concreto como também que fique claro que o julgador considerou as consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade.

3.3 O art. 20 da LINDB e o art. 489 do CPC

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)²² – 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.

4 O dever de considerar as consequências práticas da decisão

4.1 Introdução: o pragmatismo jurídico e seus riscos

A menção do art. 20 às “consequências práticas da decisão” é marcante porque remete ao *pragmatismo jurídico*, teoria controversa que trata sobre a forma como deve o julgador decidir,²³ e que pode ser entendido, objetivamente, como “qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”.²⁴

MacCormick rejeita o sistema de construção decisória puramente baseado em consequências, sob o fundamento de que ele exclui a possibilidade de justificação

²² Também enxergando essa aproximação entre os dois dispositivos, JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), novembro/2018, p. 35.

²³ Para ficar em apenas dois exemplos, temos, de um lado, Richard Posner, que se declara um juiz pragmático e é um dos principais teóricos do pragmatismo jurídico (POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *e-Book Kindle*) e, de outro, Ronald Dworkin, que critica o pragmatismo de forma veemente, tachando-o como uma “concepção cética do direito”, porque nega o valor da coerência da decisão judicial com decisões tomadas no passado (pelo legislador ou por outros juízes) e se apoia apenas “na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 119 e 185, respectivamente).

²⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *e-Book Kindle*, pos. 5997-6003.

racional da decisão, já que o futuro é desconhecido e cadeias de consequências podem se desenvolver ao infinito. Mas ele tampouco entende plausível um sistema que não considere as consequências como fator relevante no processo decisório. Sugere uma visão intermediária; para ele, alguns casos exigem que sejam consideradas as consequências como parte do processo decisório: são os casos problemáticos, assim entendidos aqueles capazes de ensejar interpretações distintas e que admitem respostas conflitantes, todas elas legalmente admissíveis.²⁵

Tal como ocorreu com a integridade e a coerência – conceitos que são fruto de construção doutrinária e que foram incorporadas no art. 926 do CPC como normas jurídicas –, o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o *status* de norma jurídica.

Do ponto de vista normativo, já vimos que o art. 20 da LINDB inseriu no sistema vigente o *postulado do pragmatismo*, por meio do qual o julgador tem o *dever* de considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão.

Isso confere à atividade decisória, de certa forma, um caráter *preditivo*: exige-se que o julgador antecipe os efeitos da decisão antes de tomá-la.²⁶

O risco desse tipo de atividade é que ela transforma a consequência prática no protagonista do processo decisório, permitindo, numa espécie de contramão lógica, que o sentido do texto normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador.²⁷ Isso pode conferir ao magistrado uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão.²⁸

²⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, e-Book Kindle, pos. 2469-2492.

²⁶ Uma espécie de *decisão de segunda ordem*, como ensinam Cass R. Sunstein e Edna Ullmann-Margalit: “By *second-order decisions* we refer to decisions about the appropriate strategy for reducing the problems associated with making a first-order decision. Second-order decisions thus involve the strategies that people use in order to avoid getting into an ordinary decision-making situation in the first instance. [...] In law, for example, some judges favor a second-order decision in favor of rules, on the ground that rules promote predictability and minimize the burdens of subsequent decisions” (SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848. Acesso em: 27 dez. 2018).

²⁷ “O julgador pragmático não se detém perante textos normativos, não aceita restrições no universo dos insumos disponíveis para a justificação das decisões e faz do direito positivo, da dogmática jurídica, bem como das teorias e estratégias gerais de aplicação do direito (p. ex., do formalismo), eles próprios, *objetos de sua escolha*, convertendo-os em ‘fontes de informação’ e em ferramentas cujo emprego apenas deverá justificar-se *instrumentalmente*, vale dizer, em função da sua maior ou menor contribuição para a produção pontual da consequência tratada como a melhor do ponto de vista social” (SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, e-Book Kindle, pos. 6377).

²⁸ Essa é, inclusive, a crítica que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 185).

Como ensinam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, “o juiz pragmático não se vê envolvido por qualquer dever de consistência com o passado. Quando os precedentes e as decisões legislativas forem honrados por um magistrado pragmático na solução de um caso concreto, será única e exclusivamente como um meio para se atingir finalidades sociais relevantes”.²⁹

Outro risco plausível é que as consequências consideradas pelo julgador não guardem relação com o caso concreto, ou guardem relação muito tênue e indireta.

4.2 Conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão

Para minimizar esses riscos e tentar chegar ao meio termo de que fala MacCormick, convém então estabelecer de modo objetivo qual o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. Vejamos.

a) Em primeiro lugar, a observância desse dever pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções.

b) Não se exige que o julgador considere *todas* as consequências possíveis.³⁰ Isso seria, aliás, inviável e inconveniente. As consequências a serem consideradas são aquelas postas no debate judicial, sobre as quais tenha havido efetivo contraditório (arts. 9º e 10, CPC).

Portanto, assim como não é dado exigir do julgador um exercício de futurologia, tampouco se pode admitir que as partes fiquem alheias às consequências consideradas para a determinação de sentido do princípio normativo: tais consequências devem ser previamente discutidas com as partes.

c) A observância desse dever impõe ao julgador declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório que as demonstre. Afinal, “a viabilidade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado”.³¹

²⁹ 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. 187.

³⁰ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, e-Book Kindle, pos. 744.

³¹ LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, cit., p. 28.

Como dissemos, o pragmatismo exige um juízo preditivo – embora colaborativo, porque dele participam os sujeitos parciais –, isto é, exige que o julgador faça prognósticos sobre o que *pode* acontecer. “Decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são, tipicamente, decisões sob incerteza subjetiva e, nesse terreno, é difícil que possam mover-se [...] para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica”.³²

É preciso exigir alguma racionalidade dessa tarefa preditiva para que ela possa ser minimamente controlável.

O primeiro passo, já o vimos, é submetê-la ao contraditório prévio.

O segundo passo é exigir que o julgador informe as prognoses feitas. Não basta que indique a consequência; é preciso que explique racionalmente o caminho que trilhou para chegar até ela. A publicização do raciocínio de causa e efeito é importante para evitar argumentos generalizantes do tipo: decidir que o locatário hipossuficiente tem direito a locar um imóvel residencial sem oferecer garantia implicará aumento generalizado do preço da locação residencial e, com isso, queda de oferta de imóveis a preços acessíveis, em prejuízo dos próprios locatários hipossuficientes. Trata-se de argumento facilmente generalizável.³³

O terceiro passo é exigir que as prognoses tenham fundamento no lastro probatório constante dos autos. As consequências que importam ao pragmatismo são as consequências reais, não as hipotéticas.³⁴ Não há espaço para que o julgador cogite consequências que não estejam minimamente demonstradas nos autos como possíveis a partir daquele estado de fato. Pode adotar os meios atípicos de prova por amostragem ou de prova de probabilidade como forma de inferir que uma dada consequência é plausível, mas não pode prescindir de, ao menos, constatar os indícios a partir dos quais ela se revela.

d) A atribuição de sentido ao conceito indeterminado deve considerar o que já se construiu sobre o assunto. Não cabe ao julgador propor um sentido absolutamente inovador para determinado conceito vago e, a partir dele, extrair uma

³² SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, cit., pos. 6089.

³³ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, cit., pos. 6067. Esse é o chamado argumento do *efeito perverso*: “O argumento dos efeitos perversos usa uma tática *condicionalmente* consequencialista. A sua graça consiste em assumir, ‘para fins de argumentação’, a ordem de preferências daquele contra quem o argumento se dirige e mostrar que a decisão por estes escolhida, em vez de promover a realização do estado de coisas desejado, resulta no seu *oposto*. Há, de fato, algo de perverso nessa conspiração da realidade para a produção de consequências contrárias às pretendidas, normalmente na melhor das intenções, com a decisão tomada” (SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, cit., pos. 6059-6067).

³⁴ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, e-Book *Kindle*, pos. 116.

solução jurídica para o caso. A atividade interpretativa deve ser coerente com as decisões (legislação e precedentes) já tomadas e com o conhecimento já construído pela doutrina.³⁵ O julgador não pode, por exemplo, criar um novo sentido para *dignidade da pessoa humana*, sem observar o que a tradição jurídica já produziu sobre o tema. Pode até propor um novo sentido, mas não pode deixar de dialogar com a tradição.

Não se pode chegar a uma decisão que atenda ao pragmatismo, mas que seja incoerente. A coerência e a integridade conferem *consistência* ao sistema jurídico,³⁶ e a consistência é, também ela, um postulado que objetiva resguardar a segurança jurídica.³⁷

e) A observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito. O postulado do pragmatismo não se sobrepõe³⁸ aos outros postulados previstos no CPC – a saber: razoabilidade, proporcionalidade, integridade, coerência, ponderação e boa-fé. Eles *convivem* e não é possível que a aplicação de um afaste completamente o outro.

O pragmatismo, portanto, está limitado, dentre outras coisas, pela integridade, que assegura unidade ao Direito. O julgador *não é livre* para construir uma solução de acordo com o que reputar ser a consequência mais apropriada ao caso; a solução do caso deve estar *necessariamente dentro* do Direito, isto é, não pode violar norma jurídica. O juiz não pode, por exemplo, invocando o princípio da força obrigatória dos contratos, impor que um dos contratantes devolva ao outro a quantia que dele recebeu como pagamento para que cometesse ato ilícito (art. 883, Código Civil) – ainda que a devolução da quantia seja a melhor consequência possível para o caso concreto.³⁹

f) A observância desse dever não se pode dar à custa de uma postergação excessiva da solução para o caso concreto.

³⁵ Humberto Ávila trata da *determinação de sentido* como método predisposto pela segurança jurídica para controle semântico-argumentativo da atividade do intérprete: “O intérprete deverá reconstruir os sentidos mínimos das expressões utilizadas pela Constituição, com vistas a verificar se os termos utilizados não possuem conceitos que já foram objeto de processos argumentativos de objetivação. [...] Nesse sentido, a atividade interpretativa não é livre, pois parte de conceitos que já foram elevadamente determinados pelo uso argumentativo anterior, de tal sorte que a utilização de determinadas expressões indica um processo de incorporação conceitual do qual o intérprete não pode se afastar” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 341-343).

³⁶ Isso parece ser capaz de arrefecer as críticas que Dworkin faz ao pragmatismo jurídico.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.

³⁸ No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), novembro/2018, p. 38.

³⁹ O parágrafo único do art. 883 do Código Civil permite que o valor pago reverta “em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

Como afirmam Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal “as estratégias pragmáticas comprometidas com a escolha das alternativas de decisão que promovem sempre as melhores consequências implicam maiores custos de decisão e, *a fortiori*, também de erro, que posturas menos ambiciosas. Esse é um impacto sistêmico que não deve ser descartado”.⁴⁰ É preciso, então, “considerar as consequências relacionadas à busca pelas melhores consequências”, uma vez que “nem sempre as melhores consequências podem ser diretamente alcançadas”.⁴¹

A razoável duração do processo é finalidade tutelada pelo texto constitucional (art. 5º, LXXVIII, CF). O processo não pode ter o seu curso natural afetado pela busca desmedida de possíveis consequências das também possíveis soluções para o caso. Não havendo provas ou indícios a partir dos quais possa o julgador inferir determinadas consequências, cabe a ele julgar conforme as regras sobre ônus da prova.

g) A observância desse dever impõe a declinação dos critérios utilizados para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas.⁴²

Uma vez constatadas, a partir da prova dos autos, as consequências que podem ser extraídas das possíveis soluções para o problema jurídico, é preciso avaliar qual dessas consequências deve ser eleita como a melhor. Sucede que isso exige uma discussão anterior: a de saber *qual o critério* que deve presidir a escolha da consequência.⁴³

O parágrafo único do art. 20 diz que a escolha entre as medidas possíveis deve ser feita segundo o critério da proporcionalidade. Richard Posner afirma que o critério último do pragmatismo é a razoabilidade.⁴⁴ O julgador deve esclarecer

⁴⁰ 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. 201. Os autores alertam que a referência aos “custos” da decisão não se restringe ao aspecto econômico-financeiro; ela abrange todo tipo de dificuldade, inclusive a postergação temporal do processo (*Idem*, p. 200-201).

⁴¹ 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. 200.

⁴² LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, ob. cit., p. 29. Essa também é a preocupação de José Vicente Santos de Mendonça (MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 33).

⁴³ A verdade é que, “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, Fernando. “Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, *cit.*, p. 28-29).

⁴⁴ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *e-Book Kindle*, pos. 744. Diz o autor: “There is no algorithm for striking the right balance between rule-of-law and case-specific consequences [...]. In fact, there isn't too much more to say to the would-be pragmatic judge than make the most reasonable decision you can, all things considered” (*idem*, pos. 803).

qual o critério adotado no trabalho de consideração das consequências,⁴⁵ deixando claro o que o leva a optar por promover uma e evitar outra.

h) Por fim, a inobservância do dever de considerar as consequências práticas implica a nulidade da decisão por falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF e dos arts. 11 e 489, §1º, do CPC. É a ausência ou a deficiência da fundamentação que revela o descumprimento.

Observe que não há como controlar o atendimento ao postulado inserido no *caput* do art. 20 da LINDB senão pela análise da fundamentação da decisão. É irrelevante que o julgador tenha considerado *intimamente* as consequências práticas das soluções para o problema jurídico, se essa análise não tiver sido explicitada na fundamentação do pronunciamento.

É por meio da fundamentação que se pode controlar a sua atividade e a ausência ou deficiência na fundamentação pode ensejar a oposição de embargos de declaração (art. 1.022, II, parágrafo único, II, CPC) e a anulação da decisão não ou mal fundamentada.

5 Conclusão e balanço crítico

É preciso interpretar o art. 20 da LINDB de modo a dar-lhe utilidade e torná-lo apto a produzir normas em conformidade com a Constituição Federal. A sua adequada compreensão é fundamental para a também adequada construção dogmática desse conjunto de normas de aplicação de outras normas jurídicas (conjunto de metanormas).

O propósito desse art. 20 é nobre, mas não deixa de ser curioso que ele pretenda coibir o uso retórico de normas mais abstratas e assim o faça pelo uso de termos também muito abstratos,⁴⁶ como “valores jurídicos abstratos”, “consequências práticas”, “necessidade e a adequação da medida” e “possíveis alternativas”.

Pior do que isso, o dispositivo confere *status* normativo a concepção teórica – o pragmatismo jurídico – sem que haja uma tradição doutrinária que ilumine a sua compreensão ou jurisprudência que a concretize. O consenso será construído a partir de agora.

Não bastassem essas dificuldades, ainda existem problemas estruturais – como, dentre muitas outras coisas, a agenda de trabalho dos julgadores, que impõe restrições de tempo e de material para que decidam casos mais complexos –,⁴⁷ que

⁴⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *e-Book Kindle*, pos. 2699-2760.

⁴⁶ Essa é também a crítica feita por Edilson Vitorelli, em palestra sobre o tema (Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=61x6K670uFI&feature=youtu.be>. Acesso em: 27 dez. 2018).

⁴⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*, cit., pos. 6112.

podem servir de obstáculo à plena aplicação do dispositivo, assentada em padrões mínimos de racionalidade e voltada ao efetivo incremento de qualidade da atividade jurisdicional.

Tudo isso faz surgir o risco de o art. 20 funcionar, ao menos por ora, como *fonte de insegurança*, o que não deixa de ser um *paradoxo normativo*.

José Vicente Santos de Mendonça projeta três futuros possíveis para o art. 20 – na verdade, diz ele, *dois futuros e meio*, porque o terceiro fica a meio caminho entre o primeiro e o segundo:⁴⁸ a) o primeiro, menos provável, é o futuro em que o art. 20 será plenamente aplicado e as autoridades julgadoras observarão detidamente os seus termos; b) o segundo, mais provável, é o futuro em que o art. 20 será insinceramente cumprido, apenas com mudança da “gramática da decisão”, para incorporar uma “retórica de consequências”; c) o terceiro, um meio caminho, de mudança paulatina de cultura, em que, pelo art. 20, “o juiz que buscar ‘consequências práticas’ para fundamentar seu decisionismo estará sendo educado e constrangido por uma nova gramática”.

Ainda assim, o dispositivo não parece ser inconstitucional e, bem aplicado, sobretudo a partir da sua combinação com outros postulados hermenêuticos, pode ser bom e interessante. Se realmente contribuir para a mudança de cultura no trato dos princípios normativos, já terá cumprido bem o seu propósito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

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.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

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

⁴⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005, *e-Book Kindle*.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003, *e-Book Kindle*.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, *e-Book Kindle*.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial. Restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order decisions*. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=193848. Acesso em: 27 dez. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça”. In: *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

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