
**A NOVA LINDB E OS PROBLEMAS DA ARGUMENTAÇÃO
CONSEQUENCIALISTA**

***THE LINDB REFORM AND PROBLEMS OF REASONING BY
CONSEQUENCES***

FAUSTO SANTOS DE MORAIS

Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Docente do PPGD IMED/RS. Advogado. E-mail:
faustosmorais@gmail.com

LUCAS ZOLET

Mestre em Direito (IMED/RS). Docente da FABE/RS. Advogado. E-mail:
lucas.zolet@bol.com.br

RESUMO

Este trabalho propõe o estudo acerca do problema trazido pela redação do artigo 20 da nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, sobretudo do dever de consideração das consequências práticas da decisão como possibilidade de utilização de argumentos consequencialistas. Defende-se que a nova disposição legal não decorrerá em efeitos significativos no contexto prático das decisões judiciais, especialmente em razão das complexidades trazidas no âmbito da prática argumentativa. A relevância deste trabalho, portanto, funda-se no debate trazido pela nova lei acerca da aplicação e interpretação das normas jurídicas, bem como de em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas com base em fundamentos práticos. Focado nesses elementos fundamentais, defende-se que o discurso jurídico contemporâneo pode ser alinhado ao raciocínio prático das decisões, mas que essa tarefa não deve decorrer em completo subjetivismo de modo a desconsiderar as formas democráticas do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação; Consequencialismo; Maccormick; LINDB.

ABSTRACT

This work proposes the study about the problem brought by the writing of article 20 of the new Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law - LINDB, especially of the duty to consider the practical consequences of the decision as possibility of using consequentialist arguments. It is argued that the new legal provision will not have significant effects in the practical context of judicial decisions, especially because of the complexities brought within the argumentative practice. The relevance of this work, therefore, is based on the debate brought by the new law on the application and interpretation of legal norms, as well as on the extent to which judicial decisions can be justified on the basis of practical grounds. Based on these fundamental elements, it is argued that the contemporary legal discourse can be aligned with the practical reasoning of judicial decisions, but that this task should not proceed in complete subjectivism, disregarding the democratic forms of Law.

KEYWORDS: Reasoning; Consequentialism; Maccormick; LINDB.

INTRODUÇÃO

A modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a introdução do artigo 20 pela Lei nº 13.655, de 25/04/2018, faz com que a atuação dos órgãos de controladoria devam se orientar para as consequências práticas da decisão. Assim, para além da consideração de valores jurídicos envolvidos como a impessoalidade, a transparência e a moralidade, devem os órgãos administrativos, as controladorias e o Poder Judiciário, engajarem-se num raciocínio consequencialista sobre os efeitos da decisão. Surge, portanto, a relevância do estudo acerca dos pressupostos fundamentais de uma argumentação consequencialista.

Para tanto, este trabalho desenvolvida mediante revisão bibliográfica defende a hipótese que a nova disposição trazida pela LINDB não provocará efeitos

significativos no contexto prático do dever de fundamentação das decisões judiciais. Isso, especialmente em razão das complexidades trazidas no âmbito da prática argumentativa, bem como nos problemas de vagueza e imponderabilidade na definição dos valores abstratos utilizados pelos julgadores na prática de fundamentação de casos controversos.

Os diferentes objetos do presente estudo estão inseridos nas categorias da interpretação jurídica, sobretudo porque os temas aqui tratados estão relacionados aos fundamentos gerais da argumentação jurídica, bem como ao próprio desenvolvimento do Direito em relação aos paradigmas da sociedade contemporânea.

Esta pesquisa se mostra relevante porque propõe discussões sobre o âmbito da aplicação das normas jurídicas, bem como sugere essa construção por meio de um modelo realista de argumentação e interpretação. Com base nessas características fundamentais, defende-se que o discurso contemporâneo do Direito pode ser alinhado ao raciocínio prático das decisões judiciais e que essas decisões podem ser consideradas aceitáveis dentro de um campo multidimensional das razões jurídicas. O problema trazido por essa aceitação, no entanto, trata-se de como lidar com as características de indeterminação e generalidade dos raciocínios práticos.

A pesquisa está estruturada em três partes compostas por objetivos específicos. Na primeira será apresentada uma introdução sobre as relações entre Direito e Sociedade. Ainda nessa parte serão considerados os fundamentos básicos da origem do Realismo norte-americano, sobretudo aos seus aspectos relacionados com uma perspectiva de direito vivo, construído na prática e que concede atenção aos fatos sociais e suas repercussões como consequências jurídicas.

Na segunda parte, será apresentada o ponto discutido sobre a nova LINDB e suas representações práticas. Entre outras questões, destaca-se a nova disposição que procura determinar às autoridades públicas o dever de avaliarem e fundamentarem as consequências de decisões relacionadas às políticas públicas, sobretudo ao incluir novos encargos e responsabilidades ao Estado.

Já a terceira parte traz uma abordagem circunscrita que procura apresentar elementos fundamentais da argumentação consequencialista e sua possível relação com a prática de fundamentação judicial trazida pela LINDB. Defende-se que um modelo de consequencialismo jurídico pode até permitir, ao menos parcialmente, uma

investigação avaliativa dos resultados práticos de uma decisão, porém dificilmente desenvolve uma base capaz de determinar racionalmente padrões jurídicos uniformes.

Configura-se, assim, uma compreensão científica preocupada em defender a possibilidade de que as novas disposições da LINDB podem ser em alguma medida relevantes para a atividade de argumentar no Direito. Todavia, para uma efetiva transformação do dever de fundamentar, entende-se necessário uma aproximação mínima a um modelo realista de interpretação que seja capaz de utilizar um conjunto de observações das realidades e das estruturas sociais.

Analisar os conteúdos externos ao ordenamento jurídico, portanto, é uma premissa de justiça constitucional, seja como respeito à historicidade da Constituição ou também como condição de legitimidade na utilização de princípios como padrões jurídicos fundamentáveis. Por meio desse entendimento, procura-se ampliar a responsabilidade e o papel de quem decide no tocante à necessidade de expor com clareza as suas razões.

O próprio processo argumentativo se mostra como uma condição indispensável para verificação observacional das condições da decisão judicial. Também se mostra como um ponto de inflexão na qualidade dos motivos e critérios utilizados para a construção semântica das definições jurisprudenciais, especialmente decisões que versem sobre regras constitucionalmente estabelecidas.

Equilibrar as disfuncionalidades da Política e do Direito significa, por meio dos motivos e critérios de decidir, reconhecer uma aproximação entre razões jurídicas e razões sociais. É incluir condições reais de sentido do Direito. Condições que operam fora da lógica institucionalizada dos poderes constituídos.

O presente estágio que a sociedade alcançou, bem como seus problemas e sua complexidade, exigem por parte do Direito o reconhecimento de tarefas essenciais. Entre outras, aquela de assumir o papel de revelar não só o imaginativo jurídico, mas produzir fundamentos concretos para efetivação dos ditames constitucionais nos cenários que estão socialmente formados. Logo, um modo realista de compreender os cânones de justiça não passa por simplesmente reconhecer o Direito como um fenômeno social, mas propor uma investigação capaz de encontrar os vínculos mais estruturantes entre Direito e sociedade.

2 A INTERFACE ENTRE DIREITO E SOCIEDADE

Olhar para o passado com objetivo de compreender o contexto atual das relações sociais é tão significativo quanto perceber a realidade de hoje para fins de projetar o mundo do futuro, sobretudo diante de suas complexidades socioeconômicas e das novas condições tecnológicas.

Assim, parte-se da compreensão que as relações sociais estão em transformação, especialmente diante de conflitos, tensões e divisões urbanas. (HABERMAS, 2001, p. 53). A expansão da urbanização, deterioração do meio ambiente, desigualdades sociais e os novos movimentos da tecnologia, são exemplos de como essas relações afetam o Direito e se mostram ainda mais significativas. Não é por outro motivo, por exemplo, que as propostas norteadoras da Sociologia¹ se mostram necessárias para guiar o estudo das relações sociais contemporâneas.

De todo modo, a pesquisa da vida social humana, dos seus grupos e sociedades, afirma-se como uma tarefa indispensável para compreender as atuais turbulências inseridas e provocadas pelas experiências sociais. Com isso, surge a necessidade de um olhar externo e abrangente sobre determinados comportamentos, orientado por uma perspectiva sociológica capaz de identificar as estruturas sociais e os valores simbólicos das ações humanas.

A consciência das diferenças culturais e suas implicações normativas, traduzida como um ideal de tolerância, faz parte de um conjunto exemplificativo de pontos positivos trazidos pela aplicação da perspectiva sociológica, sobretudo em diferentes áreas do conhecimento. Por exemplo, estudos realizados no âmbito das Teorias Gerais do Direito demonstram a existência de distintas realidades na criação e aplicação das normas (FERREIRA; GUANABARA; JORGE, 2011, p. 241). Logo, a própria validade do Direito pode ser percebida de diferentes formas dependendo da estrutura social pesquisada.

Esse cenário do Direito é considerado problematizador e surge de um novo contexto encontrado na organização normativa brasileira. Por exemplo, afirma-se que

¹ Anthony Giddens (GIDDENS, 2008, p. 02) afirma que a Sociologia procura responder duas questões, a primeira, como se desenvolveu o mundo? E a segunda, quais as mudanças sociais do futuro? Para o referido autor essas são as principais questões da Sociologia como ciência social.

o clássico modelo da hierarquia de normas já não representa adequadamente as relações jurídicas considerando seus movimentos contemporâneos. Segundo Tercio Ferraz Júnior, “o sistema jurídico escatológico/piramidal não mais existe na prática. Muito se fala em sistema em rede, ideia também já superada. Na realidade, o que há atualmente [...] é um rizoma, que consiste em um sistema voltado para si mesmo”. (NEF/FGV-SP, 2018, p.06).

Nada obstante essas definições, quanto mais os indivíduos compreenderem a interação de normas jurídicas como fatos sociais próximos a sua realidade, maior será a condição de protagonista do seu próprio futuro. Logo, exige-se a presença de uma perspectiva sociológica nos estudos do Direito como fundamento do conhecimento humano, bem como da capacidade de pensar de forma crítica, analisando a vida social de modo amplo, sobretudo dos seus valores culturais.

Por outro lado, afirma-se que a complexidade das relações entre Direito e sociedade protagonizaram o surgimento da Sociologia Jurídica como um propósito especial, isto é, cuidar tanto da realidade do Direito no seu contexto interno, como também decorrer em uma aplicação científica com enfoque sociológico ao fenômeno jurídico. (ROSA, 1996, p. 50).

Esse propósito especial surge do reconhecimento dessa disciplina como área do conhecimento. Essa área possui entre outras tarefas a de pesquisar os resultados sociais alcançados da regulamentação do comportamento humano por meio de normas jurídicas, bem como reconhecer que elementos valorativos do comportamento - morais e culturais – podem alterar o Direito. (SABADELL, 2002, p. 60).

Nessa linha de pensamento, se uma determinada perspectiva sociológica reconhece o Direito no seu caráter multidimensional (pluralidade de fatores que interagem gerando resultados sociais complexos), então essa propõe uma percepção capaz de contemplar múltiplas dimensões do mundo jurídico.² Logo, o papel dessa perspectiva não se trata tão somente de fazer críticas às normas jurídicas e às decisões judiciais, mas de promover um intercâmbio argumentativo entre Direito e sociedade.

² Exemplos de casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal que ganharam certa relevância e tratam de distintos argumentos, externos e internos: Caso ADI 3.510 – Pesquisa com células tronco embrionárias. Caso ADPF 54 – Fetos Anencéfalos. Caso ADI – 4277 – Casais Homoafetivos.

O próprio acesso da Sociologia ao saber jurídico, portanto, passa por alguns pontos de contato bastantes significativos. Por exemplo, (a) a criação de leis (Poder Legislativo, influências dos interesses sociais, relação entre Direito e sistemas sociais, relação entre Política e Direito); (b) os processos de aplicação e imposição de normas jurídicas (jurisprudência), a dogmática, argumentação jurídica; (c) investigação sobre padrões internos do Poder Judiciário, sua socialização e práticas linguísticas-processuais; e (d) relação entre norma jurídica e norma social. (KAUFMANN, 2002, p. 483).

Esses pontos abordam uma cadeia de novas reflexões principalmente sobre o papel do Direito na Democracia. Segundo Castanheira Neves (2012, p. 871), na contemporaneidade se originou um pensar sobre o sentido do Direito como debate crítico acerca das estruturas jurídicas tradicionais, bem como uma abordagem voltada ao pensamento de novas políticas para conceber o Direito como uma alternativa humana.

Referido posicionamento pode ser corroborado pela teoria de Amartya Sen (2011, p. 48) que aborda a compreensão de justiça como ideia de realização prática:

A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada no argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver.

É por evidente que o sentido do Direito não está inserido tão somente na ordem jurídica como um mero poder de autoridade ou instrumento técnico, mas está fundado na construção moral da sociedade, principalmente porque tem o dever de observar questões humanas. Essa crítica pode ser relacionada às novas práticas da sociedade, na sua complexidade contemporânea, e na dificuldade da função judicial quando da textura aberta das normas jurídicas.

Nota-se, diante desses argumentos, que o conhecimento do Direito é em parte originário da atenção às Ciências Sociais, sobretudo da Sociologia Jurídica que tem seu objeto no universo jurídico, mas também nos saberes e nas práticas sociais.

(FERREIRA; GUANABARA; JORGE, 2011, p. 18). Pensar e considerar o Direito como fenômeno social, assim, é permitir uma perspectiva aberta da realidade jurídica, como algo não acabado e que só existe num processo contínuo de construção coletiva.

Se as realidades são tão significativas para o Direito cumprir suas funções sociais, então revela-se necessário destacar o enfoque funcional do Direito, ou seja, para que servem determinadas partes da estrutura jurídica, bem como que funções cumprem no contexto social. Essa visão corresponde a uma postura inspirada originalmente nas teorias do Realismo Americano, bem como traça uma linha argumentativa voltada ao Direito em ação ou um Direito verdadeiramente eficaz.

Inicialmente, ressalta-se que foi Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) quem traçou um pensamento originário acerca do chamado Realismo Americano. O referido autor sustentou que o Direito seria necessariamente político. Segundo José Guilherme Giacomuzzi, ao perceber diversas mudanças que estavam ocorrendo na sociedade americana, Holmes defendeu que os juízes não deveriam barrar determinados avanços sociais, porque “O concreto, o real, deveria ser simplesmente aceito, em oposição ao mundo abstrato e formal dos conceitos”. (GIACOMUZZI, 2005, p. 372). Logo, o Direito não deveria ser algo independente e desprendido da sociedade.

O pensamento de Holmes se mostrou relevante porque permitiu o avanço de doutrinas consideradas progressistas e que fundamentaram a base do Realismo Americano. Entre elas, destaca-se a filosofia sociológica de Nathan Roscoe Pound (1870-1964) que defendia uma abordagem mais pragmática do Direito e ficou conhecido pela metáfora “*Law in books and Law in action*”³

Com base nesses argumentos, as principais contribuições de Pound, para uma abordagem realista ou sociológica do Direito, versaram especialmente sobre a (1) necessidade de um sistema jurídico mais aberto à realidade e (2) a ideia de que o conhecimento dessa realidade é adquirido tão somente via participação efetiva na sociedade. Logo, para Pound (GIACOMUZZI, 2005, p. 378) a sociologia poderia estar

³ Pound traçou a expressão “*Law in books and Law in action*” em um artigo publicado na 34 American Law Review (1910). Nesse artigo, o autor aborda um caso concreto onde afirmou que a liberdade contratual se baseou em direitos iguais entre empregados e empregadores. Porém, essa igualdade foi vista por Pound como uma ficção. O autor, portanto, sugeriu que os juízes americanos haviam perdido o contato com a realidade prática (filosofia sociológica). Nesse contexto, surgiu a expressão “*Law in books and Law in action*” ou “Direito em livros e o Direito em ação”. (POUND, 1910, p. 15).

no centro das decisões jurídicas porque “[...] não deveria haver nítida distinção entre fato e Direito - Juízes lidam também com fatos, não somente com o Direito”.

Embora não tenha correspondido a um movimento coerente e sistemático, o Realismo tem como seu maior legado o desafiar do pensamento jurídico americano do início do século XX (uma visão ortodoxa que pensava o Direito em separado do discurso moral e político).⁴ Esse desafiar decorreu em uma aproximação do Direito para perto dos fatos sociais, seja no seu uso como conteúdo probatório ou como parte da construção argumentativa de uma decisão judicial.

Em termos contemporâneos, essa perspectiva desenvolvida pelo Realismo Americano abrange o chamado *law in action* que, como influenciado na sua origem, significa a ideia de um direito vivo, construído na prática, concedendo atenção aos fatos sociais e suas repercussões. Segundo Rebecca Sandefur (2016, p. 59) falar em *law in action* é apresentar um modo pelo qual as normas jurídicas podem ser compreendidas.

Por um lado, é verdade que o Direito possui uma relação interpretativa interna e particular, por outro, também permite relações com os objetos teóricos e empíricos focados na Sociologia. Segundo Max Travers (2016, p. 05), desde o reconhecimento da Sociologia como uma disciplina única, diversos pesquisadores desvendaram questões jurídicas significativas para suas análises da sociedade.⁵

Nessa linha de pensamento, *law in action* pode ser entendido como *law in change*: uma ciência jurídica consciente da relatividade de seus objetos, mas com interesse de considerar determinados fatos empíricos para fins de estudar as mudanças das normas jurídicas por meio das realidades sociais. (HALPERIN, 2011, p. 61).

⁴ *Classical legal thinkers* foi um pensamento jurídico que reuniu uma ideologia formalista não homogênea (1886-1937). Esse movimento incluiu a Suprema Corte americana e seus juízes. Correspondeu ao pensamento dominante do Direito norte-americano até a metade do século XX. Ver mais em: *The Lost World of Classical Legal Thought* de William M. Wiecek (WIECEK, 1998, p. 03)

⁵ Por exemplo, os trabalhos de Max Weber relacionados a modernização do Direito alemão atrelado aos aspectos da racionalidade formal como fundamentos para um processo adequado de decisão política-jurídica. Também Émile Durkheim que afirmou pelos diferentes tipos de normas como espécie de medida social capaz de indicar o nível de solidariedade da sociedade, percebendo especialmente a íntima relação entre normas jurídicas e outros fatos sociais. E, por fim, Karl Marx que, embora não concentrando sua teoria social diretamente ao Direito, observou que as normas jurídicas fazem parte de uma superestrutura institucional que supostamente ajudaria a proteger os interesses de classes dominantes. (TRAVERS; MANZO, 2016, p. 05).

Esse, portanto, é um aspecto que permite relacionar argumentação jurídica à perspectiva do *law in action*, ou seja, como parte da tentativa de compreender o fenômeno legal nas suas relações com a sociedade. Esse modelo argumentativo possui, primeiro, um olhar voltado para os agentes sociais nas suas interações com as consequências jurídicas, segundo, visualiza o estudo das experiências jurídicas da sociedade e suas consequências sociais. (SANDEFUR, 2016, p. 61).

Todavia, entende-se que defender o *law in action* não é simplesmente reduzir o Direito a uma perspectiva sociológica, mas é inevitavelmente considerar aspectos relevantes da realidade social. Em certos pressupostos, uma abordagem realista é considerada saudável, mas sempre e quando não decorrer em indeterminação radical do Direito. (ATIENZA, 2016, p. 22).

Nada obstante, segundo Atienza (2016, p. 25-26) o Direito como fator de transformação social pode ser somente utilizado de forma adequada quando considerar normas jurídicas em dupla natureza. Ou seja, não somente amparar como válidas as normas jurídicas formalmente estabelecidas, mas também normas eficazes como equiparadas aos interesses, os fins e os valores sociais.

Há nessa tese a compreensão que as decisões judiciais não estão completamente determinadas por normas previamente estabelecidas, mas sim também são frutos de elementos políticos, sociológicos e ideológicos. A dificuldade de utilização desses elementos está presente em problemas de interpretação tanto das normas positivadas quanto dos fatos constituídos em um contexto de desacordo.

Perguntas sobre tolerância religiosa, liberdade sexual, proteção dos animais, novas tecnologias, direito à morte, são questões polêmicas e presentes nos debates atuais. Conforme já referido, esses diferentes assuntos se mostram controversos porque envolvem não somente o que as pessoas pensam, mas a forma como as pessoas vivem.

O ponto de relevância dessa discussão, assim, trata-se da influência do Realismo como uma Teoria do Direito de visão interdisciplinar⁶ e que – mormente as suas possíveis críticas – ao menos defendeu com clareza uma aproximação da

⁶ Essa visão multidisciplinar acolheu *insights* oriundos da Sociologia, Economia e da Psiquiatria, entre outros ramos da ciência, em oposição ao formalismo e autonomia do Direito pregado pelo movimento jurídico majoritário da primeira metade do século XX nos Estados Unidos. (NETO; WEDY, 2016, p. 77).

realidade social, bem como que valores morais e políticos podem estar presentes em determinados debates jurídicos.

O presente trabalho, desse modo, considera as influências originais do Realismo como uma alternativa para a prática argumentativa que se desenvolve no contexto de uma sociedade em transformação. Essa visão considera o Direito e a Sociologia como instrumentos conjuntos para o cumprimento de fins sociais. Significa dar valor ao raciocínio prático das decisões judiciais e como de fato essas decisões podem ser consideradas aceitáveis dentro de um campo multidimensional das razões jurídicas.

Exatamente no âmbito dessa problemática, surge a nova redação da lei que introduz as normas do Direito brasileiro. Os quadrantes trazidos pela nova redação sugerem a necessidade de atenção aos argumentos produzidos pelas decisões judiciais, especialmente diante da esperada racionalização de valores abstratos. Essa atenção procura trazer segurança jurídica, mas também remete ao problema da utilização de argumentos consequencialistas em decisões judiciais.

3 A NOVA REDAÇÃO DA LINDB E O PROBLEMA DA CONSIDERAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-lei nº 4.657⁷, foi conhecida por trazer na sua redação original (em 04 de setembro de 1942) princípios estruturantes da interpretação jurídica, principalmente, para definição de casos que apresentassem conflitos entre normas voltadas para o Direito Privado e possíveis conflitos com normas jurídicas de outros países.

Ao contrário do que se pensava inicialmente, a LINDB trouxe já no seu contexto original não somente disposições relacionadas ao Direito Civil, mas aspectos gerais relativos à aplicabilidade das normas jurídicas como um todo, exceto algumas especificidades relacionadas ao Direito Penal e Processual Penal.

⁷ A LINDB é o Decreto-lei nº 4.657/42 alterado recentemente pela Lei nº 13.655/2018, que tinha nomenclatura de LICC (Lei de Introdução ao Código Civil). Atualmente a referida Lei é composta por 30 artigos e versa sobre normas e princípios que ultrapassam as fronteiras do Direito Civil, sendo, efetivamente, aplicáveis a todos os ramos do Direito brasileiro. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 77).

Segundo Farias e Rosenvald (2015, p. 78) a ideia presente na LINDB é estabelecer elementos para “[...] a elaboração, a vigência e a eficácia das leis, além da interpretação, integração e aplicação das próprias normas legais, [...]”. Revela, indubitavelmente, matéria de grande importância, que se espalha por todo o ordenamento jurídico”. Logo, a natureza e os objetivos da Lei são bastantes relevantes, especialmente porque essa se destinada a orientar e servir como direção efetiva para fins de aplicação das normas jurídicas no Brasil.

Todavia, algumas problemáticas surgem diante da sua nova redação (Lei nº 13.655/2018⁸) que acrescentou também elementos jurídicos ainda mais próprios de aplicação ao Direito Público. Essas alterações trazem novas implicações e consequências à atividade jurídico-administrativa do Estado brasileiro.

Nesse sentido, compreende-se que as alterações sofridas pela Lei indicam a preocupação legislativa acerca de questões públicas que se mostram relevantes ao enfrentamento de problemas jurídicos, por exemplo, atuação administrativa dos servidores, problemas de abuso de poder em operações contra corrupção, funcionamento e limites da competência da atividade das forças de segurança e do próprio Ministério Público.

Analisando a nova redação da LINDB, percebe-se uma aposta em instrumentos de gestão e controle. As novas disposições procuram trazer normas para o aprimoramento das ações públicas, sobretudo tornando mais claro os limites e ônus dos gestores públicos. De todo modo, defende-se que há a necessidade de aprimoramento da gestão pública e também uma mudança da própria organização econômica do Estado brasileiro.

É certo, portanto, que neste momento há também uma preocupação com o funcionamento concreto e efetivo da Administração Pública, em face da atuação do Poder Judiciário e dos Órgãos de Controle Administrativo. Significa dizer que a atual arquitetura normativa da LINDB defende a necessidade básica de um olhar com mais atenção as conexões entre Direito e Sociedade, bom como do próprio controle da eficácia da Administração Pública.

⁸ A alteração trazida pela Lei nº 13.655/2018 incluiu oito novos artigos, sendo também inseridos alguns parágrafos em artigos já existentes. (BRASIL, 2018).

Outrossim, os criadores da nova redação da LINDB defendem que as modificações procuram conectar a realidade dos fatos com a legislação formalmente positivada. Defendem que o mundo jurídico capturou formalmente o Estado, mas por sua vez não conseguiu estar adequado a realidade das transformações jurídicas e suas realidades práticas. (BRASIL, 2018a).

Por conseguinte, entende-se que na sua nova redação a Lei procura cuidar das dificuldades e obstáculos reais do gestor público diante de situações de decidir, principalmente, sobre o caráter de validade ou invalidade dos atos públicos. Logo, a nova LINDB se mostra como um critério de regularidade jurídica para análise da gestão pública.

A LINDB, por exemplo, determina as bases de interpretação do Direito exigindo a motivação qualificada das decisões considerando a realidade prática. Nessa nova perspectiva, procura-se introduzir obrigações para autoridades públicas, a fim de que interesses meramente corporativos não desequilibrem o interesse público (respeito a expectativa das pessoas). (BRASIL, 2018a).

Nesse sentido, o espírito da nova LINDB propõe que o interesse público deve ser concretizado, exemplo art. 29 e art. 30⁹. Porém, um dos problemas da aplicação da nova redação está na própria natureza das decisões no âmbito do Direito Público. Segundo Carlos Ari Sundfeld (BRASIL, 2018a), a visão atual do Direito Público é romantizada e retórica, muitos agentes se consideram legitimados a decidir com base em retórica, sobretudo para impor obrigações ao Estado.

Em contramão a esse problema, a nova redação da LINDB procura impor aos agentes decisões baseadas em evidências empíricas. Contudo, seria preciso verificar antecipadamente por meio de métodos adequados quais são as consequências práticas que se quer buscar para ser possível medir a idoneidade da decisão tomada, bem como para atingir a finalidade pública do Direito.

Para Sundfeld isso permitiria analisar as circunstâncias práticas da decisão, sobretudo por meio da análise de evidências empíricas. (BRASIL, 2018a). Por

⁹ Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. (BRASIL, 2018).

exemplo, a LINDB propõe tornar mais claro os fundamentos centrais das decisões, ou seja, procura afastar espaços discricionários da autoridade. Para tanto, a nova redação incluiu o artigo nº 20 que dispõe: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. (BRASIL, 2018).

Essa alteração talvez seja um dos elementos centrais das polêmicas da nova redação da LINDB quando do enfrentamento judicial de casos controvertidos¹⁰. Afinal, em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas a partir das suas consequências? principalmente, à luz de critérios racionais de avaliação de hipóteses para solução de um caso concreto.

Ao propor a consideração das consequências práticas de uma decisão judicial, a nova redação da LINDB avança em espaço controverso da Teoria do Direito contemporânea, qual seja da possibilidade das decisões judiciais se utilizarem de argumentação consequencialista sem decorrer em mero ativismo judicial.

Em tempos de controvérsia da interpretação e aplicação das normas jurídicas, questiona-se também qual deve ser a metodologia adotada para responder adequadamente aos dilemas que surgem em meio à crise de efetividade do Estado. Essa é uma questão que está a procura por respostas, especialmente, considerando a crítica de que o próprio Supremo Tribunal Federal não se preocupa com uma justificação rigorosa diante da utilização de valores abstratos no âmbito da argumentação jurídica.

Esse conflito também consiste na dúvida de como alcançar condições capazes de responder aos problemas contemporâneos sem comprometer as estruturas democráticas. É com atenção ao fenômeno que Lenio Streck (2006, p. 03) faz o seguinte questionamento: “[...] como construir um discurso capaz de dar conta de tais perplexidades, sem cair em decisionismos e discricionariedades do intérprete (especialmente dos juízes)?”.

O citado questionamento traz como elemento central a configuração de um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais. Ou seja,

¹⁰ Nessa pesquisa, casos controvertidos são aqueles que envolvem problemas de interpretação. Segundo, Neil MacCormick (2005, p. 184) um caso pode ser considerado controvertido quando há fortes argumentos a favor de interpretações opostas, apresentadas por uma ou em favor de cada uma das partes.

procura-se uma alternativa em relação aos discursos decisionistas oriundos da perspectiva do individualismo¹¹ que decorreram nos chamados modelos normativistas. Esses modelos prescrevem o Direito na sua autonomia e validade formal, isto é, são modelos positivistas¹² que compreendem o Direito apenas como norma jurídica válida.

Aliás, a concepção normativista prescreve que a lei, como essência do Direito, deve impor a mesma razão normativa-jurídica assumida pela vontade do Estado. Portanto, a metodologia do normativismo promove a vontade racional da obediência à lei como razão de ser do Direito e blinda a interpretação por meio de proposições articuladas via uma estrutura lógica dedutiva-formal. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 188).

Principalmente em face das doutrinas normativistas, a prática de sistematizar o pensamento jurídico exauriu o seu conteúdo valorativo. Logo, os métodos científicos de descrição e não compreensão acerca da dimensão social (eficácia) do Direito ilustram, em certa medida, o próprio desconsiderar da dimensão ética como um elemento de legitimidade e validade da ordem jurídica.

Nota-se, de algum modo, os motivos originários das crises contemporâneas acerca do sentido social do Direito. Seja pela formalização da razão (ativismo) ou também pelo normativismo de autonomia alienada (decisionismo) que trata o Direito como uma espécie de instrumento-objeto de mera racionalização.

Para o enfrentamento desses problemas, defende-se a superação do modelo normativista de argumentação jurídica. Essa superação se deve principalmente porque esse representa uma concepção incompatível com o sentido do Direito na sua relação com a Democracia, bem como um afastamento entre as dimensões real e ideal do Direito¹³.

¹¹ O individualismo é a doutrina do liberalismo que atribui ao indivíduo um valor de fim em relação à sociedade. Também é responsável por inúmeras influências nos institutos do processo civil, por exemplo na tutela de direitos individuais e na dificuldade atual de lidar com ações coletivas. Nesse sentido, ver: (ABBAGNANO, 2007).

¹² O positivismo pode ser compreendido como (a) uma Teoria do Direito, (b) uma técnica interpretativa que se ampara na manifestação da vontade exclusiva do poder no Direito, (c) uma ideologia da devoção à lei, e (d) uma metafísica de vulgar empiria. (GIORGI, 2014, p. 120).

¹³ Para Robert Alexy (2014, p. 354) o Direito necessariamente compreende tanto uma dimensão real ou factual quanto uma dimensão ideal ou crítica.

O Direito nas suas relações democráticas não pode ser resumido à lei ou afastado da sua carga axiológica. O mundo jurídico, nas suas acepções contemporâneas, significa um empreendimento da representação histórica e moral da sociedade e dos interesses democráticos de desenvolvimento humano¹⁴.

É justamente nessa medida, de combate aos modelos ativistas e decisionistas de argumentação, que surge a nova redação da LINDB. Ou seja, propõe-se um modelo de interpretação realista e crítico como um método de compreender as normas e suas variáveis como elas realmente são, por exemplo, reconhecendo suas indeterminações. Esse modelo procura amparo na Constituição, porque essa constrói sua interpretação como uma realidade observável e “[...] sua interpretação transforma o espaço de realidade no qual atua a diferenciação social. A função do juiz constitucional consiste em reativar continuamente este processo de construção da realidade”. (GIORGI, 2015, p. 117).

Por outro lado, esse método realista e crítico não se trata de desconsiderar as normas jurídicas em sua dimensão positiva, muito menos de afastar sua relevância prática. Logo, é preciso considerar e reconhecer que tanto os aspectos formais das normas jurídicas como as condutas sociais em geral possuem influências consideráveis no âmbito do Direito. (HABA, 2002, p. 514).

Isso porque o Direito positivo também faz parte de um construído da realidade jurídica, ou seja, o exame de argumentação realista não é o mesmo que uma investigação propriamente sociológica sobre o Direito (descobrir pautas habituais de conduta e relação com certa esfera jurídica). Pelo contrário, é um exame que centra sua investigação em tipos de argumentos capazes de encarar o discurso jurídico com compreensão e manejá-lo em seu funcionamento prático.

Ademais, para uma acertada concepção realista do Direito, Enrique Haba (2002, p. 515) defende que o exame argumentativo mais adequado deve apreender o Direito e o discurso jurídico tendo em vista como eles funcionam na prática. Além disso, uma perspectiva realista seria responsável por impor uma investigação dos

¹⁴ Importa salientar a necessidade de integração entre o esforço argumentativo e uma determinada tradição jurídica como um dever de responsabilidade do intérprete, ou, como refere Morais (2018) uma argumentação jurídica voltada à pretensão de correção como um enraizamento ontológico existencial do Direito.

pontos positivos e negativos de uma atividade ou valor jurídico, especialmente a fim de averiguar as consequências práticas das decisões públicas.

Desse modo, conclui-se que a redação do artigo nº 20 da LINDB inova e insere um desafio considerável para o tema da argumentação jurídica. Isso porque a consideração das consequências práticas das decisões envolve em significativo grau a utilização de argumentos consequencialistas. Porém, esse tipo de argumentação pode demandar críticas por fazer parte de um conjunto próprio de razões substantivas que, por sua vez, demandam considerável indeterminação e generalidade.

Assim, com o objetivo de desenvolver uma melhor compreensão da dimensão do problema trazido pela LINDB no seu artigo nº 20, procura-se, na próxima etapa da pesquisa, investigar pressupostos teóricos dos argumentos consequencialistas, sobretudo, amparado na teoria de Neil MacCormick.

A opção pela produção teórica de MacCormick se dá em função da preocupação do autor com os aspectos práticos da teoria do Direito, também porque suas perspectivas teóricas não excluem a moral e suas decorrências da aplicação jurídica. Essa doutrina, portanto, permite compreender elementos de validade na sua relação com diferentes concepções argumentativas, bem como melhor entender a natureza e os limites do poder dos julgadores no âmbito de regimes democráticos.

4 COMPREENDENDO ELEMENTOS CENTRAIS DA ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA

A utilização de argumentos consequencialistas certamente é um desafio, sobretudo, para a jurisdição constitucional. É um desafio porque conforme mencionado anteriormente a problemática destes argumentos versa sobre em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas por meio das suas consequências.

Argumentação consequencialista não se trata simplesmente de um único tipo de argumento. Significa dizer que essa concepção de argumentação envolve um conjunto complexo de diferentes tipos interpretativos que decorrem em uma prática chamada de consequencialismo jurídico.

Em primeiro lugar, defende-se que argumentos consequencialistas podem envolver uma justificação deliberativa e universalizada¹⁵ acerca de propósitos essenciais ao Direito, por exemplo, fundamentos plurais da comunidade, baseados em valores de justiça formal, política pública, bem comum, conveniência jurídica e razoabilidade. (MACCORMICK, 2012, p. 252). Logo, argumentar por meio de consequências é fazer com que uma determinada decisão tenha sentido no mundo.

Uma argumentação consequencialista, por exemplo baseada em critérios avaliativos acerca dos fundamentos plurais da comunidade, pode concluir que é dever e responsabilidade do Estado o fornecimento de medicamentos. Esse dever pode ser argumentado a partir de uma política de interesse público de acesso à saúde e, portanto, a responsabilidade do Poder Público pode ser fomentada judicialmente, por exemplo, em casos de doenças graves e medicamentos de alto custo.

Em segundo lugar, uma concepção de fundamentos consequencialistas pode compor parte de uma justificação por razões substantivas¹⁶. (ATIENZA, 2006, p. 135). Assim, um argumento que seja baseado em razões teleológicas pode defender uma necessária alteração do estado de coisas para fins de construir consequências positivas para a sociedade, por exemplo, quando uma decisão reconhece a efetividade de políticas públicas de acesso à educação.

Todavia, para MacCormick (2005, p. 401) uma argumentação consequencialista precisa estar também justificada não apenas no âmbito de casos individualmente considerados, deve complementar os elementos da justificação externa observando, principalmente, proposições jurídicas capazes de abranger os elementos da coesão e coerência com o sistema jurídico¹⁷.

¹⁵ O requisito de universalidade envolve aspectos da ideia de justiça formal, quer dizer que um caso presente deve ser decidido por meio dos mesmos critérios utilizados em casos passados, bem como seu precedente seja utilizado para fins de justificação das decisões em casos futuros. (MACCORMICK, 2012, p. 76).

¹⁶ O conjunto das razões teleológicas e deontológicas, aquelas que tem valor prático independente da autoridade jurídica, pode ser considerado um conjunto de razões substantivas. (SUMMERS, 1978, p. 716).

¹⁷ A coesão significa a ausência de contradição lógica entre normas jurídicas. Portanto, para a uma decisão ser coesa, ela não pode estar em contradição com alguma outra norma válida e obrigatória do sistema jurídico. Todavia, salienta-se que em uma situação fática extrema a falta de coesão pode ser justificada e interpretada evitando eventuais contradições formais entre as normas. (MACCORMICK, 2012, p. 106). Já o elemento da coerência trata da compatibilidade axiológica entre as normas como um todo justificável em vista de um princípio ou valor comum da sociedade. Aliás, para MacCormick (2005, p. 756), valores podem ser objetivamente entendidos como estados de coisas de (a) promoção social legítima, valiosa ou obrigatória; e (b) na condição de propósitos, objetivos ou fins da coletividade.

Nessa linha de pensamento, ressalta-se que a argumentação de uma decisão por meio das suas consequências deve observar uma visão intermediária de justificação. Desta forma, afirma-se que uma justificação judicial deve rejeitar pelo menos dois tipos extremados de consequencialismo jurídico.

O primeiro é aquele que considera um julgamento tão somente baseado na totalidade das consequências consideradas no seu maior benefício líquido, quer dizer, baseia-se em um único critério de valor para fins de consideração do cálculo de custo e benefício. Já o segundo tipo de justificação a ser rejeitado é aquele que desconsidera a relação consequencialista nas decisões judiciais, ou seja, se preocupa apenas com a natureza e a qualidade da decisão, ignorando a extensão que os efeitos da decisão podem provocar e suas consequências práticas. (MACCORMICK, 2005, p. 350).

Assim, os juízes podem considerar suas decisões em termo das suas consequências, conforme determina a LINDB, mas devem fazer com respeito também às demais normas jurídicas constituídas. Nesse contexto, a argumentação consequencialista deve estar justificada não apenas nos efeitos diretos com o caso individual, deve observar proposições capazes de abranger o requisito da universalidade, bem como ser garantida por um status normativo. (MACCORMICK, 2005, p. 353).

Argumentar por consequências, para MacCormick (2012, p. 105), também é uma prática intrinsecamente avaliativa, comparativa e subjetiva, de diferentes e possíveis hipóteses da decisão. Ou melhor, trata-se de saber se a consequência da decisão, que deve ser tolerada pelo Direito, é aceitável também da perspectiva das relações sociais.

Se utilizar argumentos consequencialistas significa uma tentativa de identificar se é razoável que uma decisão estabeleça como válida uma determinada prática social. Uma razão consequencialista pode ter com fundamento uma base externa, por exemplo sociológica, para fins de responder acerca das consequências de uma decisão. Porém, diante do dever de justificação, os juízes devem construir suas deliberações fazendo uma avaliação das consequências jurídicas em relação aos princípios considerados relevantes e respectivamente associados a um ramo do Direito. (MACCORMICK, 2005, p. 388).

Assim, um caso pode exigir uma argumentação comparativa para validar uma hipótese x ou y. Um juiz poderia preterir pela hipótese x em face da proteção de princípios associados, por exemplo, ao ramo do Direito Administrativo. Outro juiz poderia decidir pela hipótese y em relação de critérios múltiplos de consonância com os princípios do Direito Constitucional. Nesses moldes, uma decisão poderia lançar diferentes hipóteses para fins de justificar a adoção de uma consequência em especial. Logo, o que importa não é a possibilidade de uma resposta correta, mas sim a satisfação, na maior medida possível, da prática de justificação e argumentação das decisões judiciais.

Distingue-se, portanto, (a) resultado concretamente considerado e (b) consequências de uma decisão, porque o que importa para os argumentos consequencialistas, como implicação lógica final da justificação, é verificar hipoteticamente uma eventual mudança do estado de coisas compatível com uma pluralidade de valores afins ao Direito. (ATIENZA, 2006, p. 134).

A justificação baseada em argumentos externos é uma tentativa de estabelecer um procedimento racional para as decisões. Esse procedimento prescreve o dever de incluir uma análise da universalidade, coesão e coerência, bem como integra uma avaliação consequencialista dos valores relevantes para a sociedade.

Em resumo, uma argumentação consequencialista pode envolver (1) justificações deliberativas e universalizadas acerca de propósitos essenciais ao Direito, como os fundamentos plurais da comunidade, justiça formal, política pública, bem comum, conveniência jurídica, razoabilidade e proporcionalidade. Também pode fazer parte dos critérios os (2) conjuntos de justificações ou razões substantivas: argumentos deontológicos e teleológicos. Além desses, pode haver uma (3) argumentação interrogativa e comparativa da validade da decisão no âmbito das relações sociais, por exemplo, argumentos relacionados às bases externas conhecidas como histórica, sociológica e antropológica.

Por fim, um conjunto consequencialista pode contar ainda com (4) considerações de consequências em relação aos princípios que orientam cada ramo do Direito individualmente considerado. Todos esses critérios argumentativos,

portanto, formam uma rede de argumentos da qual decorre a estrutura de argumentação consequencialista.

Diante da complexidade das estruturas consequencialistas de argumentação jurídica, entende-se que existem variados graus de indeterminação interpretativa, bem como a possível utilização de diversos valores abstratos no âmbito da prática de decidir. Logo, a racionalização consequencialista dos fundamentos se mostram condutas bastantes complexas para serem utilizadas com uniformidade no meio prático do Direito.

A hipótese defendida nessa pesquisa, assim, trata de considerar que ao enfrentar um caso que demande a utilização desses argumentos, primeiro, o julgador pode traçar um quadro de interpretações jurídicas possíveis de acordo com a doutrina, jurisprudência majoritária e direito positivo. Essa etapa procura no máximo encontrar respostas jurídicas possíveis, principalmente reconhecendo o valor de uma consciência jurídico-linguística vigente na prática do Direito. (HABA, 2002, p. 518).

Segundo, o julgador pode reconstruir em termos gerais os preceitos jurídicos encontrados no quadro de interpretações possíveis, fazendo ampla apresentação de seus principais elementos (indeterminações, pré-compreensões, alternativas ideológicas). Esse ponto permitirá encontrar um marco de como determinados casos são enfrentados pelo Judiciário, principalmente quando de questões que trazem interpretações baseadas em valores abstratos (dignidade humana, soberania, razoabilidade, etc). (HABA, 2002, p. 520).

Essa metodologia defendida permitirá no máximo a (a) identificação de quais são as soluções práticas que cada interpretação jurídica possibilita, bem como (b) determinar os objetivos práticos dos preceitos anteriormente traçados. Logo, mesmo com um determinado rigor teórico dificilmente uma decisão conseguirá afastar os espaços de incerteza do Direito, porque mesmo diante de uma razoável quantidade de fundamentação ainda sim existirão estágios imperfeitos e controvertidos da aplicação jurídica.

É justamente nesse ponto que a discussão sobre a aplicação do artigo nº 20 da LINDB se mostra significativo. Conforme observado no decorrer dessa pesquisa, a teoria da argumentação consequencialista procura entre outras funções permitir que

o Poder Judiciário estabilize problemas jurídicos por meio de uma interpretação racional, sobretudo, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas.

Todavia, em função da complexidade e indeterminação de diversos elementos, decisões práticas tomadas no curso da argumentação consequencialista dificilmente irão conseguir traçar respostas definitivas aos problemas da sociedade, no máximo irão constituir um estágio possível de justificação racional, onde a argumentação da decisão deverá priorizar alternativas relevantes, por exemplo, a proteção dos direitos fundamentais.

Logo, não se vislumbra que a aplicação da nova disposição trazida pela LINDB será homogênea, bem como trará relevantes modificações na prática argumentativa do Direito brasileiro, especialmente porque perante fundamentos constitucionais não há prevalência de força normativa da LINDB e correspondente vinculação dos agentes públicos. Além disso, há significativa dificuldade no convencimento das autoridades públicas no seu dever de fundamentação adequada das decisões.

Sabe-se, com base nas disposições normativas da LINDB, da possibilidade de tomada de decisão por meio da consideração das consequências práticas da decisão. Contudo, resta saber qual o volume certo, necessário ou suficiente de considerações a serem levadas em conta pelos julgadores no âmbito das suas decisões. Em decorrência disso, espera-se que o consequencialismo não seja apenas um novo traje para vestir um velho hábito: arbitrariedade.

CONCLUSÃO

As relações entre Direito e sociedade sofrem grande impacto diante das transformações contemporâneas. Novos conhecimentos, novos eventos e novas impressões produzem um processo complexo de interações sociais que decorrem em inúmeras consequências jurídicas.

Tutelar o desenvolvimento humano também faz parte das responsabilidades do Direito como próprio meio de satisfazer novas aspirações sociais. No âmbito de um

regime democrático, a preocupação com as mudanças das concepções das realidades é tarefa indispensável do mundo prático do Direito.

Defende-se, assim, que concepções realistas do Direito permitem uma devida aproximação entre as realidades sociais e as realidades jurídicas. Essas realidades não podem fazer parte de mundos diferentes sob o risco de fazer do sentido do Direito uma mera tarefa de autoridade.

Desse modo, reconhece-se que a LINDB inova com base em fatores pragmáticos da possibilidade da utilização de argumentos consequencialistas em decisões judiciais que envolvem elementos abstratos. Todavia, entende-se que na prática argumentativa do Direito – plano constitucional dos direitos fundamentais - esses argumentos já podem ser utilizados sem apresentarem qualquer tipo de sistematização argumentativa por parte do Poder Judiciário.

Também não foi possível encontrar uma linha teórica e coerente em relação ao desenvolvimento de um grau de segurança jurídica com o simples advento da redação do artigo nº 20 da LINDB. Seja ou pela condição recente da sua disposição ou pela impossibilidade de desenvolver condições pragmáticas de racionalização de elementos abstratos e indeterminados.

Por outro lado, a LINDB também acaba por positivizar um dispositivo que abre espaço discricionário na tarefa de fundamentação judicial. Argumentos consequencialistas podem determinar questões relevantes para o enfrentamento de casos controversos, mas nem sempre suas fundamentações práticas podem ser corroboradas pelas práticas sociais. Logo, especula-se que algumas decisões judiciais podem avançar para um espaço de argumentação moral sem qualquer linha demarcatória do Direito.

Embora se reconheça a relevância trazida pela LINDB, entende-se que essa alteração dificilmente conseguirá estabelecer uma sistematização majoritária da argumentação jurídica. Ou seja, o cenário da prática argumentativa judiciária não será significativamente impactada no que se refere a uma maior racionalidade e coerência de modelos que procurem expor com maior clareza e determinação dos seus fundamentos.

Essa insuficiência também se deve ao fato de que os juízes desenvolvem e utilizam concepções abstratas principalmente fundadas na Constituição. Essa postura

sugere um afastamento da consideração rigorosa de um dispositivo menor na escala hierárquica das normas jurídicas brasileiras. O Supremo Tribunal Federal acaba criando uma consciência jurídica que repercute pelas instancias inferiores, sobretudo validando a utilização de conceitos abstratos no meio prático da atividade judicial.

Outra crítica conclusiva está presente na própria origem do problema da utilização de argumentos consequencialistas. Ou seja, sugere-se a utilização desse conjunto argumentativo para o enfrentamento de casos controversos que supostamente não poderiam ser resolvidos apenas com as disposições legais já positivadas. Todavia, especula-se que muitos desses casos apresentam problemas amplos demais para possibilitarem decisões comparativas das consequências práticas.

Nessa linha de pensamento, entende-se que a busca por uma fundamentação prática apenas permitirá o surgimento de um número ilimitado de presunções que possivelmente se utilizarão de razões hipotéticas de decidir. Mesmo que se adote um modelo de argumentação consequencialista distinto do apresentado nessa pesquisa, são consideráveis as chances de qualquer modelo teórico não atender às expectativas racionais de fundamentação de uma decisão produzida no âmbito de um caso controvertido.

Essa conclusão se deve pelo fato de que é inerente que a atividade jurídica de justificação judicial apresente relativo espaço de discricionariedade, especialmente a depender das condições das consciências jurídicas e do momento político vivido por determinada comunidade. Ressalta-se, no entanto, que o Poder Judiciário é também um realizador de expectativas quanto à efetividade de direitos fundamentais e, assim, possui o dever de enfrentamento de solucionar problemas que muitas vezes poderiam ser tarefas originais dos Poderes Executivo e Legislativo.

Consequentemente, conclui-se que é imperioso o advento de novas posições como as trazidas pela LINDB, mas a legislação não pode por si mesma fazer mudanças significativas na prática do Direito. É preciso caminhar para um cenário democraticamente mais sustentável, esse cenário sugere uma consciência de Direito menos subjetivo, ou seja, uma consideração do todo íntegro e coerente do mundo jurídico, que não desconsidere razões institucionais e compromissos democráticos inegociáveis.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 5 Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ATIENZA, Manuel. **Curso de argumentación jurídica**. Madri: Editorial Trotta, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Icone, 1995.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de Setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm > Acesso em: 21 setembro 2018.

_____. Fundação Getúlio Vargas (2018a). **Nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro deve modificar a aplicação de regras para instituições públicas**. Disponível em: < [https://direitosp.fgv.br/noticia/nova-lei-de-introducao-normas-de-direito-brasileiro-deve-modificar-aplicacao-de-regras-para->](https://direitosp.fgv.br/noticia/nova-lei-de-introducao-normas-de-direito-brasileiro-deve-modificar-aplicacao-de-regras-para-). Acesso em: 21 set. 2018.

CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito: ou as condições da emergência do direito como direito. In: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Digesta**. Vol. 2. Coimbra: Portugal, 2010.

FARIAS; Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, Volume 1, 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo. **Curso de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos usa**. In Revista de Direito Administrativo, nº 239, pp. 359-388, Rio de Janeiro, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIORGI. Rafael de. O desafio do juiz constitucional. Tradução de Ricardo Menna Barreto. **Revista Campo Jurídico**, V3. Nº 2. 2015. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/76>. Acesso em: 19/09/2018.

GIORGI, Rafael de. **Seminário Teoria da Decisão Judicial**: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília: CJF, 2014.

HABA, Enrique P. *Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)*. Doxa: **Cuadernos de Filosofía del Derecho** (2002). Nº 25, pp. 503-531. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-25---2002/>>. Acesso em: 03 out. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HALPERIN, Jean-Louis. *Law in books and law in action: the problem of legal change*. **Maine Law Review**, 2011. Disponível em: <<https://digitalcommons.minelaw.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr>>. Acesso em: 15 setembro 2018.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried. (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2 .ed. rev. atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEF/FGV-SP. **Nova lei de introdução às normas do direito brasileiro (lindb)**: objetivando os princípios estruturantes do direito. Relatório de pesquisa pelos pesquisadores do NEF/FGV Direito SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-pesquisa-nef-fgv.pdf>>. Acesso em: 03 outubro 2018.

NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico – a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século xx. In **Revista da AJURIS**, pp. 75-123, v. 43, nº 140, Porto Alegre, jun. 2016.

POUND, Nathan Roscoe. *Law in books and law in action*. In **American Law Review**, nº 44, pp. 12-36, 1910.

SANDEFUR, Rebecca L. *When is law in action?* – **Ohio State Law Journal Furthermore**, Vol. 77, 2016. Disponível em:

<<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2016/03/Vol.-77-59-64-Sandefur-Response.pdf>>. Acesso em: 13 setembro 2018.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**: o fenômeno jurídico como fato social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann; Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUMMERS, Robert S. *Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification*. (1978). **Cornell Law Faculty Publications**. Vol. 63, nº 5, p. 716. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2402&context=facpub>>. Acesso em: 24 set. 2018.

TRAVERS, Max; MANZO, John F. **Law in action: ethnomethodological and conversation analytic to law**. New York: Routledge, 2016.

WIECEK, William M. **The lost world of classical legal thought: law and ideology in america, 1886–1937**. New York: Oxford University Press, 1998.