

O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick\*

*The new paradigm of decision based on art. 20 of the LINDB: analysis of the text according to the theories of Richard Posner and Neil MacCormick*

*Francisco Sérgio Maia Alves\*\**

## RESUMO

O presente trabalho visa analisar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018.

---

\* Artigo recebido em 25 de maio de 2019 e aprovado em 10 de julho de 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80832>.

\* Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: [fsergio.ma@gmail.com](mailto:fsergio.ma@gmail.com). Mestre em direito e políticas públicas pelo UniCeub — Centro Universitário de Brasília. Possui graduação em direito pela Universidade Federal da Paraíba e graduação em engenharia civil aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica. Auditor federal de controle externo e assessor de ministro no TCU.

Para tanto, será mostrado como os valores jurídicos foram excluídos e novamente reintroduzidos na prática jurídica e como essa reintrodução gerou preocupações quanto ao aumento da discricionariedade da aplicação do direito. O artigo apresentará as teorias pragmática e consequencialista, segundo a doutrina de dois de seus principais expoentes, Richard Posner e Neil MacCormick. No afã de cumprir o objetivo central do artigo, serão delimitados os conceitos de valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão, no contexto do art. 20 da LINDB, e, por fim, definido o espaço de aplicação do dispositivo.

#### PALAVRAS-CHAVE

Valores jurídicos abstratos — pós-positivismo — pragmatismo — consequencialismo — Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

#### ABSTRACT

This work aims to analyze art. 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB), or Law No. 13.655/2018. To do so, it will be shown how legal values were excluded and reintroduced in legal practice and how this reintroduction raised concerns regarding the increase of discretion in the application of the law. The article will present pragmatic and consequentialist theories, in line with the doctrine of two of its main exponents, Richard Posner and Neil MacCormick. In order to meet the key objective of the article, the concepts of abstract legal values and practical consequences of the decision will be described in the context of art. 20 of the LINDB, concluding with a definition of the area in which the law is applied.

#### KEYWORDS

Abstract legal values — post-positivism — pragmatism — consequentialism — Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law

## Introdução

Conforme consta em sua ementa, a Lei nº 13.655/2018 teve como propósito incluir no Decreto-Lei nº 4.657/1942, conhecido como Lei de Introdução às

Normas do Direito Brasileiro (LINDB), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A norma partiu do pressuposto de que a atuação das diversas instâncias, na decisão de casos envolvendo esse ramo do direito, eventualmente produzia decisões antagônicas, pouco fundamentadas, que invadiam a discricionariedade do administrador e lhe provocavam um temor recorrente de ser punido.

Como afirmado pelos defensores e alguns dos doutrinadores que participaram dos estudos que subsidiaram o projeto de lei,<sup>1-2</sup> a norma buscou, entre outros, remediar o que se convencionou chamar de “apagão das canetas”. A expressão pode ser definida como uma atitude de inércia do administrador público, provocando a inação e paralisia do Estado, tendo em vista o receio de responsabilização patrimonial e aplicação de sanção pelos órgãos de controle.

Segundo Eduardo Jordão, o projeto é antirromântico ou anti-idealista, de modo que seu grande objetivo é “introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação das normas de direito público”.<sup>3</sup>

Esse viés pragmático encontra-se no que José Vicente dos Santos Mendonça chama de novo estilo de direito administrativo. Para ele, esse ramo jurídico, assim como o antigo, possui quatro características básicas: “ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) sistematizador e sistemático, e (iv) descrente na centralidade do direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social”.<sup>4</sup>

O objetivo deste trabalho é analisar o modelo de pragmatismo introduzido pelo art. 20 da LINDB, em redação conferida pela Lei nº 13.655/2018, segundo o referencial de Richard Posner e Neil MacCormick, dois dos principais autores da teoria de adjudicação pragmática.

---

<sup>1</sup> A norma se baseou em estudos e anteprojeto elaborados pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, no âmbito da Sociedade Brasileira de Direito Público e da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

<sup>2</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico*, 25 maio 2018. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniaao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto](http://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniaao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

<sup>3</sup> JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB — acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

<sup>4</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan. 2014. p. 189. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18916>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

Para a consecução dos objetivos deste trabalho, será explorado o conceito de valor jurídico e examinada sua relação com a ideia do direito. Na sequência, será mostrado como os valores jurídicos foram excluídos e posteriormente reintroduzidos no direito, nos movimentos denominados de positivismo e pós-positivismo. Completando a parte teórica do artigo, serão apresentadas as teorias pragmática e consequencialista de Richard Posner e Neil MacCormick.

O trabalho segue para a sua parte principal que é a determinação do sentido do art. 20 da LINDB. Nesse afã, serão delimitados os conceitos de valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão, no contexto da norma, e, por fim, será definido o espaço de aplicação do dispositivo.

Para cumprir o propósito deste trabalho, será adotado o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral do objeto de estudo, ou seja, o texto do art. 20 da LINDB, a partir do referencial teórico do pragmatismo e consequencialismo jurídicos, para se chegar a uma verdade nova, que é o sentido e alcance do dispositivo.

Trata-se, portanto, de um estudo que se insere no espaço da dogmática jurídica na medida em que busca promover uma análise sistemática de uma norma posta pelo direito positivo brasileiro, segundo princípios e conceitos predeterminados pela ciência jurídica.

Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada basicamente a pesquisa bibliográfica, em razão da parca produção jurisprudencial envolvendo a aplicação do dispositivo, por conta do pouco tempo decorrido desde sua aprovação.

## 1. Os valores jurídicos no direito

Valor jurídico é o interesse ou o bem que uma norma jurídica pretende tutelar ou proteger.<sup>5</sup> Trata-se da finalidade almejada pela disposição normativa, o interesse ou bem jurídico que ela busca promover.

Toda norma jurídica carrega um valor jurídico. Afinal, a intervenção do Estado nas relações sociais mediante a criação de uma norma jurídica somente se justifica quando se busca promover um interesse da comunidade. A lei, portanto, é a positivação de um fim reconhecido pela autoridade legitimada para sua elaboração.

Gustav Radbruch assinala que o direito, como obra humana, somente pode ser compreendido a partir de sua finalidade ou valor. Para o autor, o

---

<sup>5</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1459.

direito é uma manifestação cultural, uma realidade referida a valores, cujo sentido é estar a serviço do valor da justiça.<sup>6</sup>

A associação do direito a um valor também pode ser encontrada na filosofia de São Tomás de Aquino, que define a lei “como uma ordenação da razão para o *bem comum*, promulgada pelo chefe que governa a comunidade”.<sup>7</sup> Immanuel Kant relaciona o direito ao valor da liberdade, ao conceituá-lo como “o conjunto das condições por meio das quais o arbítrio de um pode entrar em acordo com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal da liberdade”.<sup>8</sup>

Miguel Reale, em sua conhecida teoria tridimensional do direito, também relaciona o direito à concretização de um valor. Em suas palavras:

Onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente, um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou uma norma, que representa uma relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ou ao valor.<sup>9</sup>

Para o autor, o direito é a concretização da ideia de justiça na pluralidade de seu dever histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores.<sup>10</sup>

Com base nas ideias desses pensadores, o direito seria destinado a assegurar determinados valores, tais como o bem comum, a liberdade e a justiça. A doutrina costuma elencar ainda como finalidades do direito assegurar a paz social, a segurança jurídica, a prosperidade e a felicidade do homem; enfim, são muitos os valores jurídicos almejados pela legislação.

Se os valores jurídicos representam a finalidade por trás das normas jurídicas, eles podem ser usados como seus vetores interpretativos, especialmente quando se busca solucionar problemas concretos mediante o uso da analogia.

Apesar de a remissão a valores jurídicos na solução de controvérsias não ser algo de aceitação unânime entre os diversos teóricos do direito, variando

---

<sup>6</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

<sup>7</sup> AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 4, p. 527-528.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003. p. 76.

<sup>9</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 65.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 67.

segundo as escolas de pensamento, é inegável que os valores jurídicos condicionam a produção e a interpretação das normas que dele derivam. Todavia, não se pode olvidar a dificuldade de identificar o valor subjacente a cada norma jurídica e, ainda, precisar a extensão de seu sentido.

A utilização dos valores na solução de controvérsias remonta, mais propriamente, à época anterior ao positivismo jurídico, quando a ideia de direito não se confundia com o direito posto pelo Estado, sendo mais ampla. Porém, com a percepção da incapacidade da norma positiva de disciplinar e antever todas as situações concretas, o uso de valores voltou a fazer parte da atividade de adjudicação jurídica, principalmente pela via dos princípios.

Todavia, é preciso advertir que os valores jurídicos não se confundem com os princípios. Conforme a lição de Humberto Ávila “[os valores] não determinam o que deve ser, mas o que é melhor. [...] Em vez do caráter deontológico dos princípios, os valores possuem tão só o axiológico”.<sup>11</sup>

A introdução dos princípios na adjudicação jurídica, verificada com os movimentos do pós-positivismo e neoconstitucionalismo, tornou assente o aumento da discricionariedade na interpretação de normas jurídicas. Esse problema se revela, da mesma forma, no caso de decisões fundadas em valores jurídicos.

## 2. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo — a exclusão e a reintrodução dos valores na concreção do direito

Até o final do século XVIII, havia duas espécies de direito: o natural e o positivo. Tomando por base o pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, o primeiro era um ditame da justa razão, de origem divina e caráter universal, enquanto o segundo era derivado do poder civil, ou seja, daquele que compete ao Estado.

Norberto Bobbio expõe a distinção entre essas duas espécies de direito, segundo a forma que ele advém à nossa consciência. Enquanto o direito natural se revela por meio da razão, se originando da natureza das coisas, o direito positivo constitui a vontade declarada de um legislador.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. p. 164-165.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 21.

Durante a Idade Média, o direito natural era considerado superior ao positivo. Todavia, com a formação do estado moderno e a dissolução paulatina da sociedade medieval, passou a prevalecer a ideia de que o direito natural e o positivo não são considerados direito no mesmo sentido. Surge, nesse momento, o movimento denominado positivismo jurídico, segundo o qual o direito é reduzido ao direito positivo.<sup>13</sup>

Tal concepção alterou a forma como as controvérsias eram solucionadas pela autoridade estatal competente. Se antes o juiz extraía a norma de decisão segundo seus critérios próprios de razão, interpretando os costumes e utilizando a equidade, a partir de então ele foi instado a aplicar unicamente as normas postas pelo Estado.

No século XX, mais precisamente após a Segunda Guerra Mundial, os movimentos denominados pós-positivismo e o neoconstitucionalismo desafiaram a ordem posta pelo positivismo. A partir de então, passou-se a admitir a força normativa das constituições e dos princípios. Os princípios seriam a forma como os valores não positivados em regras passaram a influenciar a decisão jurídica.

Segundo Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho, o pensamento jusfilosófico denominado pós-positivismo constitui a base estrutural do pensamento constitucional atual, denominado neoconstitucionalismo. Esse movimento, que é estruturado filosoficamente sobre os pilares do pós-positivismo, fez ingressar novamente os valores no sistema jurídico, sob a forma dos princípios, com o intuito de permitir a tomada de decisões com base em parâmetros de justiça.<sup>14</sup>

Considerado um dos autores clássicos do neoconstitucionalismo, Robert Alexy admite a utilização dos “valores da coletividade ou de círculos determinados”, do “sistema interno de valorações do ordenamento jurídico” e do “sentido do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade”, na decisão de casos difíceis não abarcados pelo sistema.<sup>15-16</sup>

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 26.

<sup>14</sup> FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 48, v. 189, p. 105-131, jan/mar. 2011. p. 129.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27-28.

<sup>16</sup> Apesar de reconhecer a dificuldade de extrair a valoração da coletividade e as contidas nas normas, Robert Alexy desenvolve, na obra mencionada, uma teoria de argumentação jurídica que busca objetivar o problema das valorações em casos difíceis.

Todavia, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo vêm sofrendo inúmeras críticas, por terem aumentado a discricionariedade do julgador e, por consequência, a imprevisibilidade do direito. Segundo os partidários dessa visão, a utilização prática de valores e princípios promoveu um abalo em valores caros do direito, tais como a segurança jurídica, a democracia e a separação dos poderes.

Para Thiago Magalhães Pires, o resultado do pós-positivismo tem sido “por um lado, mais Constituição, mais Estado, mais Judiciário, mais princípios e termos indeterminados, e, por outro, menos respeito à lei, menos autonomia, menos democracia e menos segurança”.<sup>17</sup>

Segundo ele, o recurso a normas abertas, tais como princípios e valores jurídicos, aumenta a chance de decisões contraditórias em casos iguais, o que vai de encontro à mais elementar noção de justiça.<sup>18</sup> Em sua visão, o pós-positivismo abre espaço para o decisionismo e para a expedição de decisões *contra legem*.<sup>19</sup>

Nessa mesma linha, Eduardo Valory destaca que a utilização de valores na decisão jurídica suscita dois grandes problemas: a diversidade dos valores desejáveis pelos operadores do direito e a autolegitimação dos juristas como responsáveis pela adaptação das normas escritas àquilo que reputam como normas ideais.<sup>20</sup>

Daniel Sarmiento também oferece objeções ao neoconstitucionalismo. Para ele, esse movimento é antidemocrático, por envolver a transferência do centro de tomada de decisões do Poder Legislativo para o Poder Judiciário;<sup>21</sup> amplia as chances de arbítrio judicial e de insegurança jurídica, especialmente na prática judicial brasileira, devido à deficiente fundamentação das decisões;<sup>22</sup> e restringe as escolhas do povo de cada geração, ao promover o

---

<sup>17</sup> PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 37.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>20</sup> VALORY, Eduardo. Cinco minutos de positivismo jurídico. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, s.l., n. 23, jul. 2013. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/5472/4760](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/5472/4760)>. Acesso em: 27 abr. 2019.

<sup>21</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 98.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 106.

que chama de “panconstitucionalização”, ou seja, a ideia de que tudo estaria definido na Constituição.<sup>23</sup>

Foi justamente para aplacar essa reaproximação do direito e da moral, do aumento da discricionariedade do julgador, ao usar como critérios de decisão normas constitucionais abertas e princípios jurídicos, que surgiram os movimentos que defendem o uso de consequências na adjudicação judicial. O próximo tópico abordará o movimento denominado pragmatismo jurídico.

### 3. O pragmatismo e o consequencialismo jurídico

Antes de prosseguir na interpretação do art. 20 da LINDB, cabe expor as teorias de direito de Richard Posner e Neil MacCormick, dois dos principais expoentes do pragmatismo e do consequencialismo jurídicos. O objetivo deste tópico é oferecer um referencial teórico à análise do modelo de pragmatismo introduzido pelo art. 20 da LINDB, o que será objeto do tópico 6.

#### 3.1 O pragmatismo e a teoria do direito de Richard Posner

Entre os autores célebres do pragmatismo jurídico, Richard Posner<sup>24</sup> assume um papel de relevante destaque, devido à sua intensa produção acadêmica e sua disposição para o debate com outros autores igualmente importantes, mas de pensamento divergente, como Ronald Dworkin e Robert Alexy.

---

<sup>23</sup> Ibid., p. 109.

<sup>24</sup> Richard Posner é juiz do tribunal de apelação para a 7ª região e professor da Universidade de Chicago, sendo um dos principais expoentes do pensamento jurídico norte-americano. Ao longo de sua vida acadêmica, publicou vários livros e artigos, nos quais, em essência, se posicionou contrário ao formalismo jurídico e ao uso de teorias morais no direito. Cabe destacar que o autor apresentou mudanças de entendimento sobre a interconexão entre direito e economia e a utilização da eficiência como critério de adjudicação judicial, tendo se filiado à corrente do pragmatismo jurídico, após a publicação em 1990 de seu livro *The problems of jurisprudence* (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 30 mar. 2019). Mesmo após sua adesão ao pragmatismo, o autor fez pequenas alterações em sua teoria jurídica, fruto de intenso debate com diferentes autores, entre os quais se destaca Ronald Dworkin. A presente parte do trabalho toma como base as ideias do autor formuladas nos livros *A problemática da teoria moral e jurídica* e *Direito, pragmatismo e democracia*, publicados originalmente nos Estados Unidos em 1999 e 2003, respectivamente.

Em sua vasta obra, o autor defende o que chama de pragmatismo cotidiano, que deve ser entendido como “a disposição para basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”.<sup>25</sup>

O professor da Universidade de Chicago ressalta o caráter antiformalista do pragmatismo, ao afirmar que a importância de uma proposição não está nem em sua correspondência com uma realidade última, não cognoscível, nem em seu *pedigree*, mas em suas consequências.<sup>26</sup>

O autor diferencia o método de trabalho do juiz pragmático do juiz positivista. Segundo ele, o juiz positivista começa e geralmente termina sua atividade com um exame da jurisprudência, da legislação, da regulamentação executiva e dos dispositivos constitucionais. O pragmatista, por sua vez, tem outras prioridades, ele quer encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras.

Para cumprir esse desiderato, ele não tem desinteresse pela jurisprudência e pela legislação, que funcionam como fontes, depósitos de conhecimento e até, às vezes, de sabedoria, que o guiarão nessa tarefa.<sup>27</sup> Para o juiz pragmático, a jurisprudência e a legislação servem como ponto de partida para o processo de tomada de decisão, que também levará em conta a investigação das consequências das alternativas possíveis para a solução do caso concreto.

Porém, é preciso destacar que o tipo de pragmatismo proposto por Richard Posner não leva em conta apenas as consequências mediatas e de curto prazo do caso em discussão, mas também o que chama de consequências sistêmicas. Tais consequências são associadas ao dever de coerência e imparcialidade do respeito à norma jurídica. Segundo ele:

*O juiz pragmático não nega a virtude das normas jurídicas padrão de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que, em geral favorecem uma abordagem oposta a mudança para novas controvérsias legais. Ele se recusa a reificar ou sacralizar essas virtudes. Ousa compará-las às virtudes adaptativas da decisão do caso em questão, de forma a produzir as melhores consequências para as partes e às outras partes circunstanciadas da mesma forma.*<sup>28</sup> [grifos acrescentados]

---

<sup>25</sup> POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 358.

<sup>26</sup> Id. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 4.

<sup>27</sup> Richard A. Posner, *A problemática da teoria moral e jurídica*, op. cit., p. 381-382.

<sup>28</sup> Id., *Direito, pragmatismo e democracia*, op. cit., p. 9.

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

O autor enfatiza a importância de se preservar a imparcialidade e a previsibilidade do direito, ao pregar o respeito aos significados comuns do texto normativo. Segundo ele, “se os juízes em geral não interpretassem contratos e obrigação legal de acordo com o significado comum das frases que aparecem nesses textos, a certeza da obrigação legal ficaria seriamente prejudicada”.<sup>29</sup>

Portanto, ao decidir um caso concreto, o julgador irá sopesar todas as circunstâncias, as específicas e as sistêmicas, deduzidas das normas jurídicas. Esse, pois, é o modo de agir de um juiz pragmático:

Um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências da pronta adesão às virtudes da norma jurídica, que defendem a firmeza, em detrimento das más consequências de serem tentados a inovar quando deparam com controvérsias que as decisões judiciais anteriores e os textos canônicos não estão bem adaptados para solucionar.<sup>30</sup>

Assim, a teoria pragmática proposta por Richard Posner admite que o juiz possa, em determinadas circunstâncias, decidir adotar uma retórica formalista para suas decisões judiciais. Dito de outro modo, ele pode incorporar o formalismo como uma estratégia pragmática. Seguem as considerações do professor da Universidade de Chicago:

A decisão de acordo com a norma é portanto não pragmática? Não porque o prejuízo de ignorar as consequências no caso particular deve ser pesado em relação ao ganho por simplificar a investigação, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência da lei e tornar as obrigações legais mais definitivas.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Ibid., p. 48.

<sup>30</sup> Ibid., p. 50.

<sup>31</sup> Ibid., p. 53-54.

Dessa forma, a adesão a uma regra, após a consideração de todas as consequências e circunstâncias, pode ser o melhor procedimento a seguir em um determinado caso concreto. Para Richard Posner, “este é um julgamento pragmático, também, apesar de não necessariamente um julgamento consequencialista”.<sup>32</sup>

Portanto, a norma positiva não foi retirada da moldura normativa de Richard Posner. Ele apenas acrescentou outros elementos que, juntamente com as fontes ortodoxas do direito, farão parte do instrumental a ser usado pelo juiz na decisão dos casos concretos.

Conforme visto, as normas buscam prestigiar e/ou proteger valores, ou seja, elas buscam remediar problemas, consequências negativas que havia antes de sua introdução na ordem jurídica. Assim, quando se afasta uma norma positiva em nome de uma dada consequência mediata que ela pode gerar, não se pode olvidar que isso imediatamente faz surgir a consequência negativa que a norma positiva busca evitar.

Tal circunstância, evidentemente, tem que ser sopesada. Não é apenas o valor de preservar a integridade do sistema, ou seja, as consequências sistêmicas negativas, que deve ser levado em conta. As consequências negativas específicas da não incidência da norma também devem ser ponderadas com as consequências mediatas que a adjudicação pragmática buscou evitar ou assegurar.

Todavia, é preciso advertir que a abordagem sistêmica das consequências proposta pelo pragmatismo de Richard Posner tem como contrapartida o aumento da complexidade da decisão.<sup>33</sup> Esse aspecto foi ressaltado pelo próprio autor, que elencou os seguintes motivos de preocupação ou perigos relacionados com o pragmatismo jurídico:

a) ausência de formação dos juízes que os habilite a ir além das fontes ortodoxas do direito, ou seja, analisar e absorver as teorias e os dados das ciências sociais;<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 54.

<sup>33</sup> No mesmo sentido, Diego Arguelhes e Fernando Leal assinalaram que “o preço da complexidade e da sofisticação [do pragmatismo], porém, é a dificuldade de operacionalização (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 194).

<sup>34</sup> Richard A. Posner, *A problemática da teoria moral e jurídica*, op. cit., p. 403.

b) julgamentos baseados em intuições, tendo em vista a falta de massa crítica de conhecimento das ciências sociais a que o juiz prudente possa recorrer para chegar à decisão que produza os melhores resultados;<sup>35</sup>

c) risco de os tribunais passarem a tratar a ordem jurídica como uma espécie de massa plástica que pode ser usada para preencher buracos embaraçosos que existem na estrutura jurídica e política da sociedade;<sup>36</sup>

d) preguiça intelectual de alguns juízes, na motivação de suas decisões.<sup>37</sup>

A despeito desses problemas, que poderiam ser superados pela atitude do juiz que pretende ser pragmático, de usar a dúvida como motor de investigação, Richard Posner entende que o pragmatismo é o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial e, desse modo, a melhor teoria normativa, assim como positiva, do papel judicial.<sup>38</sup>

A teoria pragmática de Richard Posner, defendida em um de seus livros mais recentes sobre o tema, admite a superação da norma posta quando sua observância levar a consequências drásticas, nos chamados casos extremos ou emergenciais.

Para ele, o pragmatismo não é um mero suplemento para os casos nos quais o material convencional de adjudicação se esgota. A adjudicação pragmática também deve ser aplicada aos casos emergenciais, ou seja, para as situações nas quais o formalismo levar a consequências drásticas.<sup>39</sup> Assim, o autor admite a superação da norma posta em casos excepcionais.

### 3.2 O consequencialismo na teoria do direito de Neil MacCormick

Outro autor relevante na discussão sobre o uso de consequências na adjudicação jurídica foi o filósofo escocês Neil MacCormick.<sup>40</sup> Ele tem intensa

---

<sup>35</sup> Ibid., p. 404.

<sup>36</sup> Ibid., p. 408.

<sup>37</sup> Ibid., p. 415.

<sup>38</sup> Id., *Direito, pragmatismo e democracia*, op. cit., p. 1.

<sup>39</sup> Ibid., p. 63-64.

<sup>40</sup> Donald Neil MacCormick nasceu em Glasgow, Escócia, em 27/5/1947, e faleceu em 5/4/2009. Foi um notável jurista que se destacou tanto na academia quanto na carreira política, tendo estudado filosofia e literatura inglesa na Universidade de Glasgow e direito em Oxford, onde foi aluno de Herbert L. A. Hart. Atuou por 36 anos como *regius professor* de *public law* e de *law of nature and nations* na Universidade de Edimburgo, na Escócia (SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul./dez. 2013. p. 32).

produção bibliográfica a respeito das relações entre direito, moral e política, cabendo destacar, no que interessa ao presente trabalho, sua teoria da argumentação jurídica.

Em sua obra, o autor destaca a importância das decisões jurídicas como normas de conduta a serem aplicadas para o futuro. Para ele, as deliberações: “[...] não relatam, mas fixam padrões de comportamento. Não descobrem as consequências de determinadas condições, mas ordenam quais consequências não de se seguir a determinadas condições. Não apresentam um modelo de mundo, mas apresentam um modelo para o mundo”.<sup>41</sup>

Dessa forma, decidir nada mais é do que estabelecer padrões de comportamento, seja para o destinatário da norma, seja para o julgador. Tal aspecto se mostra relevante para se entender a ideia de “consequências jurídicas”, segundo a teoria de Neil MacCormick. Para ele, as consequências jurídicas a serem ponderadas pelo julgador não são apenas os efeitos causais e os resultados particulares da decisão. São também os impactos prováveis que a decisão terá no comportamento das pessoas.<sup>42</sup>

Justamente por esse motivo, o modelo de justificação da decisão jurídica a partir de consequências deve considerar o caráter universalizante da solução proposta. Isso implica que a decisão não servirá de critério apenas para o caso em exame, mas para todos os outros análogos.<sup>43</sup>

Segundo Neil MacCormick, a argumentação usada na decisão apresenta caráter intrinsecamente avaliatório sobre a aceitabilidade ou inaceitabilidade dessas consequências, o que pressupõe, sob a ótica de quem avalia, certa dose de subjetivismo.<sup>44</sup> Para ele, os limites a essa subjetividade são a necessidade de preservar a coesão e coerência do sistema jurídico.

Quanto ao primeiro aspecto, Neil MacCormick assinala que qualquer deliberação, por mais desejável que seja quanto a fundamentos consequencialistas, não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema.<sup>45</sup>

Com relação ao dever de coerência, as decisões não atenderão a esse aspecto se não estiverem de acordo com nenhum valor ou linha de ação inteligível do sistema jurídico, ou seja, “não servirem como meio de ordenamento

---

<sup>41</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 132.

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 133-134.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 135.

social, não envolverem a organização de valores inteligíveis e mutuamente compatíveis".<sup>46</sup>

A pretensão de coesão de uma decisão judicial é até esperada, se estivermos prestigiando uma ordem jurídica que privilegia a racionalidade e a segurança jurídica. Porém, quanto à coerência, entende-se que tal atributo pode ser de difícil realização na prática, principalmente quando estivermos diante de casos que envolverem dissensos morais insuperáveis. A ordem jurídica prestigia inúmeros valores, variadas linhas de ação que podem entrar em choque em determinados contextos.

Neil MacCormick defende o uso de consequências quando surgirem problemas de interpretação da norma. Em suas palavras, "quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recursos a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípios, que envolvam tanto uns como os outros, um apelo a valores concebidos como essenciais ao direito".<sup>47</sup>

Para a decisão dos casos difíceis, o juiz deve adotar o seguinte caminho, nas palavras de Neil MacCormick:

A adução do princípio ou analogia, embora necessária, não é suficiente para a completa justificação da decisão. A deliberação que rege diretamente o caso deve ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da "coerência" envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma [...] deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público.<sup>48</sup>

A teoria de Neil MacCormick é qualificada por Walter Guandalini Júnior como integradora da subsunção e da argumentação, na compreensão e aplicação do direito.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 136.

<sup>47</sup> Ibid., p. 277.

<sup>48</sup> Ibid., p. 326.

<sup>49</sup> GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 54, p. 160, dez. 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734/19847>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

Dessa forma, a doutrina do autor escocês permite o uso de consequências na adjudicação judicial nos casos difíceis, mas impõe que a decisão seja coerente com os princípios emanados da ordem jurídica e não contradiga nenhuma outra regra do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, há uma clara sobreposição da ordem jurídica sobre as consequências, já que aquela é critério para avaliação da adequação da decisão tomada a partir desta.

#### 4. Críticas ao pragmatismo jurídico

Misabel Derzi e Thomas Bustamente se contrapõem à utilização da análise econômica do direito na argumentação jurídica. Embora o trabalho dos autores não tenha se debruçado sobre o pragmatismo jurídico e ao consequencialismo de modo amplo, suas conclusões podem ser estendidas a esta teoria, já que defendem a ideia do estado de direito, que pressupõe um processo de autonomização e diferenciação do sistema jurídico.<sup>50</sup>

No estudo mencionado, os professores da Universidade Federal de Minas Gerais fazem alusão à teoria de sistemas de Niklas Luhmann e propõem o fechamento operacional do direito. Para Misabel Derzi e Thomas Bustamente, embora o direito se alimente de fatores externos ao ambiente, estando cognitiva e semanticamente aberto, ele o faz mediante um processo de seleção, que converte os dados externos em próprios de seu sistema, pela via do processo legislativo.<sup>51</sup>

Dessa forma, o acoplamento estrutural entre o direito e o ambiente político/econômico se dá mediante filtros manejados pelo legislador. Esse aspecto condiciona a atuação dos juízes, que, segundo os autores, não estão legitimados a, “[...] diretamente, reexaminar os interesses econômicos envolvidos, guiados pela maximização da riqueza e, monocraticamente, abandonar o filtro que o legislador já usou e, assim, afastar a sua escolha”.<sup>52</sup>

José Maria Arruda de Andrade também impõe ressalvas ao uso indiscriminado dos instrumentos da economia pelo direito. Segundo o autor, o debate acadêmico sobre a influência de outros saberes sobre o direito parece

---

<sup>50</sup> DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. esp. em memória do prof. Washington Peluso, p. 327-352, 2013. p. 328.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 350.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 351.

ser feito, muitas vezes, entre posições extremadas, de negação pura e simples dessa relação, de um lado, e de adoção de outro saber sem maiores reflexões sobre os riscos de tal abertura argumentativa sobre a segurança ou consistência operativa do direito.<sup>53</sup>

Em análise acerca do uso da economia pelo direito concorrencial, o autor defende a utilização da economia no direito concorrencial como garantia dos argumentos, como prova das alegações produzidas, não como fundamento legal de uma decisão.<sup>54</sup>

Para José Maria Arruda de Andrade, se usada desse modo, a economia contribuirá para o fortalecimento do positivismo jurídico contemporâneo e para a segurança jurídica, e não, ao contrário, para sua insegurança.

Diego Arguelhes e Fernando Leal expõem a crítica de David Luban ao pragmatismo jurídico quanto à sua incapacidade de reduzir as incertezas verificadas na solução das controvérsias a partir do uso de concepções filosóficas, morais e metafísicas. Segundo eles, “o que o pragmatismo jurídico tem a oferecer a) é compatível com praticamente qualquer posição filosófica, e b) já é um terreno comum — pavimentado pelo ‘bom senso profissional’, poderíamos dizer — entre operadores e teóricos do Direito”.<sup>55</sup>

No mesmo sentido, Mariah Ferreira e Evanilda Bustamante criticam o pragmatismo de Richard Posner, por conta de sua latente subjetividade. Segundo as autoras,

[...] cada juiz terá sua própria concepção de bem comum e de melhor consequência da decisão judicial. Desse modo, o pragmatismo cotidiano defendido por Posner parece autorizar (ou validar) uma subjetividade latente no processo de tomada da decisão judicial, sendo que um dos grandes problemas dessa teoria é que o próprio autor não é capaz de apontar quais seriam tais fins, o que, ao contrário do que afirma, gera insegurança jurídica.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> ANDRADE, José Maria de Arruda. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 18-19.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 190.

<sup>55</sup> Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial, *op. cit.*, p. 181.

<sup>56</sup> BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, I, 2015, Belo Horizonte. O funcionamento da corte constitucional. *Anais...* Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2, p. 22-34. p. 32.

Luis Fernando Schuartz ressalta que o pragmatismo jurídico pode não contribuir para a estabilidade nas expectativas normativas e para uma relativa previsibilidade das decisões, os quais constituem valores importantes para os agentes econômicos.<sup>57</sup>

Outra dificuldade a ser enfrentada pelo pragmatismo jurídico diz respeito à ausência de dados e informações com grau de confiança estatística para que a autoridade possa definir, com um mínimo grau de certeza, qual a melhor decisão para o caso. Segundo Luis Fernando Schuartz, o problema não está na consistência e robustez das teorias da análise econômica do direito, “[...] mas no acesso às informações necessárias para garantir às decisões a satisfação das condições de adequação que lhe são impostas por tais teorias e conceitos”.<sup>58</sup>

O autor aponta, ainda, como obstáculo a esse modelo de adjudicação judicial no Brasil a suposta falta de capacidade institucional das organizações, especialmente em virtude da escassez de pessoal tecnicamente treinado, informações pertinentes e bancos de dados prontamente disponíveis, além da excessiva agenda de trabalho.<sup>59</sup>

Há, ainda, autores que minimizam o caráter revolucionário da teoria pragmática. Nessa linha, Diego Arguelhes e Fernando Leal afirmam que, “[...] se o ‘pragmatismo jurídico’ é apenas uma espécie de bom senso provido de algum vago pedigree filosófico, ele pouco tem a contribuir para uma discussão relevante sobre a decisão judicial”.<sup>60</sup>

Thaís Nunes de Arruda também traz objeções ao pragmatismo jurídico, que, em sua visão, envolve a criação de políticas públicas pelo juiz. Para ela, “[...] o juiz pragmatista, mais do que interpretar o direito existente, considera as consequências de possíveis decisões alternativas [...] é um juiz preocupado em intervir na realidade, criando, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas”.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. p. 146. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 135.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>60</sup> Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial, *op. cit.*, p. 210.

<sup>61</sup> ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado) — São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. p. 62.

Para Luis Fernando Schuartz, a análise de consequências pode significar uma discussão a respeito de preferências ético-políticas ou valores.<sup>62</sup> Segundo ele, “decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são, tipicamente, decisões sob incerteza subjetiva e, nesse terreno, é difícil que possam mover-se, para usar uma expressão de Niklas Luhmann, para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica”.<sup>63</sup>

Entre os autores que se opõem ao pragmatismo jurídico, é assente o papel de destaque de Ronald Dworkin. Ele possui várias obras nas quais desenvolve a ideia de direito como integridade e emite um diálogo francamente antagônico com o pragmatismo, em especial com a teoria de Richard Posner.

Em apertada síntese, ele critica a dificuldade que o pragmatismo impõe ao papel do Poder Judiciário e do próprio direito na estabilização de expectativas sociais. Para Ronald Dworkin:

O pragmático adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva.<sup>64</sup>

Na visão do autor, o pragmatismo peca por aumentar a insegurança jurídica, haja vista as diferentes concepções dos juízes sobre o que é bom para o futuro:

Os juízes certamente vão divergir sobre qual regra seria de fato melhor para o futuro sem levar em consideração o passado. Em alguns casos não estarão de acordo sobre as consequências prováveis de uma regra específica e, em outros, pelo fato de terem concepções diferentes sobre o que é uma boa comunidade.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Luis Fernando Schuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, op. cit., p. 132-133.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 135

<sup>64</sup> DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 185.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 185-186.

Em outro trecho, Ronald Dworkin expõe sua desconfiança quanto à capacidade do pragmatismo de cumprir seu objetivo teórico. Segundo ele, se os juízes fizessem uma seleção na legislação, fazendo cumprir apenas as leis que aprovaram, isso levaria ao fracasso do objetivo pragmático, pois, em vez de melhorar as coisas, acabariam por torná-las muito piores.<sup>66</sup>

Como se sabe, o autor defende a ideia de direito como integridade, no qual os princípios políticos aprovados pela legislatura e os procedimentos previstos para julgamentos são respeitados e plenamente aplicados ao se decidir uma controvérsia. Em suas palavras, “a integridade, mais do que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos”.<sup>67</sup>

Por vezes, as críticas ao pragmatismo parecem reações exageradas a outros exageros retóricos cometidos pelos próprios autores pragmáticos. Evidentemente, juiz algum deve atuar como articulador de política pública, nem desprezar a letra da lei em nome de suas predileções morais.

Embora tal postura possa ocorrer na realidade, a nosso sentir, isso está longe de se constituir uma regra, seja na prática cotidiana, seja na teoria pragmática. Afinal, como destacado no capítulo anterior, tanto Richard Posner como Neil MacCormick defendem que as regras postas também fazem parte do instrumental usado pelo juiz, e o último autor impõe o dever de coesão e coerência da decisão tomada a partir de consequências.

Ademais, é possível depreender em muitas passagens de autores considerados pragmáticos que o uso das consequências e das circunstâncias contextuais para a adjudicação jurídica deve ocorrer somente quando o juiz se depara com casos difíceis, ou seja, quando, na concepção do juiz, se esgota o ferramental oferecido pelo formalismo jurídico.

De todo modo, cabe reconhecer a dificuldade de se eliminar a insegurança jurídica nas zonas de indeterminação do direito. O recurso às consequências pode não ser capaz de tornar mais objetiva a atividade de adjudicação jurídica, dada a complexidade de fazer prognoses, escolher as melhores consequências e, por conseguinte, estabelecer a norma ideal do futuro.

Tomando como base essa ideia, não é desprezível o risco de a abordagem consequencialista trazida pela LINDB ter efeito meramente retórico, nas decisões administrativas e judiciais. Se assim o for, os dispositivos terão pouco efeito para reduzir a incerteza e proporcionar mais segurança jurídica, os quais, conforme visto, foram os objetivos desejados da alteração legislativa.

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 187.

<sup>67</sup> Ibid., p. 203.

## 5. A interpretação do art. 20 da LINDB

Superada a apresentação do referencial teórico das teorias pragmática e consequencialista, assim como das críticas que lhe foram dirigidas, cabe adentrar no objetivo central deste trabalho, qual seja, a interpretação do art. 20 da LINDB.

Segue a redação 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.

Como visto, a disposição introduz expressamente, no ordenamento jurídico pátrio, o uso de consequências na adjudicação judicial. Porém, o recurso a essa fonte está limitado a situações em que o critério de decisão sejam valores jurídicos abstratos, na linha do exposto no próximo tópico.

### 5.1 *Dos valores jurídicos abstratos*

No Brasil, os valores jurídicos não constituem fontes do direito reconhecidas formalmente pela ordem jurídica. Tanto é assim que o art. 4º da LINDB preconiza, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Apesar disso, os valores jurídicos eventualmente podem ser invocados como critério de decisão, especialmente na interpretação de normas de conteúdo aberto e em situações de ausência de norma, ou seja, na integração de lacunas.

Entre os valores abstratos passíveis de serem listados como subjacentes à ordem jurídica (justiça, liberdade, paz social, bem comum), a maior parte deles ou raramente é invocada como critério de decisão, devido ao seu alto grau de abstração, ou já foi incorporada a um princípio jurídico (segurança jurídica, devido processo legal, ampla defesa e contraditório, boa-fé).

Não é por outra razão que Tiago Gagliano Pinto Alberto assinala que, em vez de “valores jurídicos abstratos”, melhor teria sido que “a lei tivesse mencionado ‘conceitos jurídicos indeterminados’, ‘cláusulas gerais’, ‘princípios’, ou alguma expressão que possa ser esquadrinhada e examinada em um nível ontológico-normativo aceitável”.<sup>68</sup>

Os problemas de indeterminação da linguagem do direito e da impossibilidade de antever os fatos sujeitos à norma implicaram, de certa forma, a transferência do papel da definição do sentido das normas para a autoridade encarregada de resolver os litígios.

Considerando que os valores jurídicos são subjacentes às regras e princípios, como já visto, entende-se que eles são explícita ou implicitamente invocados em decisões de casos situados nas zonas de indeterminação do direito, seja pela ausência de norma, seja pela imprecisão de seus termos.

Com isso, somos da opinião que o art. 20 da LINDB se aplica quando a decisão se basear em conceitos indeterminados, seja os decorrentes dos princípios jurídicos,<sup>69</sup> cláusulas gerais e valores jurídicos, seja os extraídos de regras com alto grau de vagueza tendo em vista imprecisões de seu texto.<sup>70</sup>

O dispositivo representa um marco na teoria da decisão no direito brasileiro, ao incluir de forma expressa o consequencialismo como critério de adjudicação nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Ele se inclui no contexto de aperfeiçoamento da argumentação jurídica de decisões tomadas em zonas de indeterminação decorrentes da abertura do texto normativo. O texto normativo parece buscar a neutralização dos fenômenos do neoconstitucionalismo e principiologismo, especificamente nos espaços deixados em aberto pelo sistema jurídico.

O art. 20 da LINDB se introduz, portanto, como uma tentativa de aumentar a racionalidade e reduzir a discricionariedade da autoridade dos tribunais e de outras autoridades, na interpretação de valores jurídicos abstratos e conceitos indeterminados.

---

<sup>68</sup> ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A nova (!) decisão judicial e o dilema dos prisioneiros: o art. 20, caput, da LINDB. *Migalhas*, 8 maio 2018. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisioneiros+o+art+20+caput+da](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisioneiros+o+art+20+caput+da)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

<sup>69</sup> No mesmo sentido, Marçal Justen Filho interpreta o artigo como aplicável a decisões fundadas em princípios (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB — dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. P. 15. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648%22>>. Acesso em: 29 mar. 2019).

<sup>70</sup> Em sentido próximo, Marçal Justen Filho assinala que o aludido dispositivo se relaciona com decisões fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata (*Ibid.*, p. 15).

O dispositivo introduziu uma argumentação de segunda ordem na teoria de decisão vigente no ordenamento jurídico brasileiro, quando o silogismo não for suficiente para a solução do caso. Trata-se, portanto, de um modo de decidir usado em situações de incerteza genuína, quando não se encontra a resposta correta com base em razões de primeira ordem.

Todavia, é preciso ter cuidado para que o apelo às consequências, às prognoses vagas e não demonstradas substitua o anterior apelo aos princípios e valores abstratos, como visto no capítulo anterior. O receio é que o uso de consequências sirva como artifício retórico para fazer valer, de modo velado, as preferências morais do decisor. A fim de evitar esse risco, o julgador deve buscar se basear em dados concretos e demonstrar a necessidade e adequação da solução nos fundamentos de sua decisão.

O dispositivo alterou a teoria de adjudicação judicial e administrativa, ou pelo menos tornou expressa a prática judicial intuitivamente vigente, de também considerar as consequências da deliberação a ser adotada, em situações contidas nas zonas de indeterminação do direito.

Afinal, nas precisas palavras de Marçal Justen Filho, “toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente”,<sup>71</sup> o que impõe, por decorrência lógica, a avaliação das consequências possíveis das decisões alternativas.

O consequencialismo proposto no art. 20 da LINDB parece ser menos amplo que o propugnado na teoria de Richard Posner, pois o dispositivo admite a avaliação de consequências somente nos casos em que o critério de decisão sejam valores jurídicos abstratos — princípios e conceitos indeterminados, em nossa interpretação —, diferentemente do autor, que aceita a adjudicação consequencialista mesmo quando houve regra jurídica, se sua aplicação levar a consequências drásticas.

Numa interpretação a contrário senso do art. 20 da LINDB, não há espaço para o uso de consequências nas zonas de certeza da norma, mesmo que sua incidência leve a consequências drásticas. Aqui reside, portanto, a diferença do consequencialismo introduzido pelo dispositivo do defendido por Richard Posner.

O dispositivo parece sugerir que a avaliação das consequências se inicia após se encerrar a tentativa de extrair a norma válida para resolver o caso, isto é,

---

<sup>71</sup> Ibid., p. 23.

após o esforço de interpretar o direito disponível. Ao final desse processo hermenêutico, se o único critério de decisão forem valores jurídicos abstratos ou conceitos indeterminados, isto é, quando o caso ainda permanecer na zona de indeterminação do direito, a autoridade deve se valer da análise consequencialista como critério de decisão.

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

## 5.2 *Das consequências práticas da decisão*

Nesse ponto, cabe discutir o que seriam as consequências práticas da decisão a serem consideradas na adjudicação proposta pelo dispositivo. Dito de outro modo, pergunta-se: que tipo de consequências devem ser considerados na decisão, segundo o art. 20 da LINDB?

Conforme Marçal Justen Filho, a previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado.<sup>72</sup> Nas palavras do autor, o dispositivo exige que a autoridade formule uma projeção dos possíveis cenários resultados da decisão adotada.<sup>73</sup>

É importante destacar que o fato de a norma ter exigido a consideração das consequências das soluções possíveis para o caso não implica exigir da autoridade a onisciência da realidade e, mais, a capacidade de prever todos os acontecimentos futuros que decorrerão de sua decisão.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho assinala que “a exigência do art. 20 não implica demandar a capacidade de a autoridade prever aquilo que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade. Ou seja, não se impõe à autoridade uma condição sobre-humana”.<sup>74</sup>

Para o autor, o dispositivo apenas exige que o julgador tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará,<sup>75</sup> o que implica a adesão do doutrinador à tese da ampla abertura do direito a

---

<sup>72</sup> Ibid., p. 29.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid., p. 30.

<sup>75</sup> Ibid.

*outputs* fornecidos por outras ciências sociais estranhas ao direito, ou seja, ao acoplamento do sistema jurídico a outros sistemas, por meio da atividade de adjudicação promovida pelo julgador.<sup>76</sup>

Basile Christopoulos se debruçou sobre a questão em trabalho a respeito do uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade de normas orçamentárias.

O autor usou o referencial teórico de Neil MacCormick, mas foi além do tipo de consequencialismo aceito pelo autor escocês ao defender “a possibilidade de classificar como consequência jurídica as consequências econômicas e sociais que efetivamente são *previsíveis e repercutem* sobre o fato analisado, *desde que protegidas por normas jurídicas*”<sup>77</sup> (grifos acrescentados).

Com isso, o autor somente admite o uso de consequências que tenham sido internalizadas pelo sistema jurídico, ou seja, que tenham sido reconhecidas por normas válidas, tornando-se, assim, o que designa de consequências jurídicas.<sup>78</sup>

De todo modo, entende-se, na linha das teorias de Richard Posner e Neil MacCormick, que a instância decisória, nas esferas administrativa, controladora e judicial, deve perquirir as consequências mediatas e sistêmicas das decisões que proferir, ou seja, deve avaliar não apenas as consequências para as partes como também as consequências da decisão como norma ideal, que servirá como padrão de conduta da sociedade e modelo para a decisão de casos futuros.

Além disso, é preciso que as partes subsidiem a autoridade decisória de informações e elementos técnicos aptos a permitir a avaliação das diversas consequências possíveis das decisões possíveis para o caso, se a causa de pedir forem valores abstratos e conceitos indeterminados.

Afinal, como é cediço, no direito processual civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor

---

<sup>76</sup> Conforme visto, Misabel Derzi e Thomas Bustamente, na condição de críticos do pragmatismo, defendem que o acoplamento estrutural entre o direito e o ambiente político/econômico deve se dar mediante filtros manejados pelo legislador.

<sup>77</sup> CHRISTOPOULOS, Basile. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (doutorado em direito econômico e financeiro) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 88.

<sup>78</sup> O sentido da expressão “consequência jurídica” é distinto do usado por Neil MacCormick, no trecho de sua obra referenciado na nota 60.

(art. 373 do CPC). Tal regra impõe o dever das partes de apresentarem as evidências com as quais pretendem demonstrar a verdade dos fatos alegados.

No caso da esfera administrativa e controladora, incumbe ao órgão de instrução trazer, da mesma forma, elementos de fato necessários à avaliação de consequências, se a causa de pedir, do mesmo modo, forem valores abstratos e conceitos indeterminados. Com isso, a autoridade encarregada de decidir estará apta a adotar a melhor decisão, à luz dos critérios estabelecidos no art. 20 da LINDB.

### *5.3 Do espaço de aplicação do art. 20 da LINDB*

Outra questão a definir é se as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial podem se valer de valores jurídicos abstratos quando houver regra jurídica aplicável ao caso, e, por consequência, decidir unicamente com base nas consequências práticas da decisão.

O art. 20 da LINDB, em absoluto, impôs a superação da deontologia pelo consequencialismo. Como se vê pela leitura simples do texto legal, o uso das consequências, como uma fonte adicional à disposição do juiz, somente é possível se a autoridade se valer de valores jurídicos abstratos para decidir, ou, como visto no tópico 5.1, se o caso adentrar na zona de indeterminação do direito pela utilização de princípios e outros conceitos vagos e indeterminados. Esse, portanto, é o espaço de aplicação do art. 20 da LINDB.

O dispositivo introduz uma nova forma de controle dos atos praticados pela administração. Isso porque a atividade administrativa e, por conseguinte, o controle realizado sobre ela têm como balizas uma ordem normativa carregada de conceitos abertos e valores abstratos, como o interesse público.

Ademais, vigora atualmente uma noção ainda mais ampla do princípio da legalidade, agora designado de princípio da juridicidade. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “o princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um ‘princípio da legalidade’, se tomado em sentido amplo, ou seja, não se o restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 85.

Assim, ainda que haja uma regra jurídica, sua incidência a um caso concreto, para fins de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, pode ser impactada pela existência de outros princípios e valores abstratos previstos na ordem normativa, como o tal interesse público. Dessa forma, caberá à autoridade, no seu dia a dia, interpretar o interesse público, para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva.<sup>80</sup>

Seguindo o padrão de racionalidade defendido por Gerson dos Santos Sicca para a aplicação de conceitos indeterminados, a autoridade administrativa, ao interpretar o enunciado da norma, deve identificar os pressupostos de fato e de direito, valorá-los e chegar à decisão final após confrontar todos os aspectos relevantes.<sup>81</sup>

Com o advento do art. 20 da LINDB, além dessa atividade de ponderação, a autoridade administrativa e os órgãos de controle devem se debruçar sobre as consequências práticas da decisão, ao examinar a juridicidade dos atos administrativos para fins de invalidação do ato.

O artigo introduz um consequencialismo de meios, não de fins. Ele sugere que se o critério de decisão for um valor abstrato, seja pela indeterminação da regra ou pela sua ausência, o intérprete deve escolher a decisão que melhor atenda a esse valor.

Todavia, o dispositivo não resolve qual valor escolher, nas zonas de indeterminação do direito. Afinal, nas precisas palavras de Hart, “podemos descobrir e discutir racionalmente quais os meios adequados para determinado fins, mas os fins não são passíveis de descoberta ou debate racional”.<sup>82</sup>

De todo modo, cabe à autoridade responsável pela decisão motivar a opção escolhida. Tal aspecto se mostra importante para que seja viabilizado o controle da decisão, não apenas pelos próprios tribunais, como pela comunidade jurídica.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-116, jul./set. 1996. p. 109.

<sup>81</sup> SICCA, Gerson dos Santos. Conceitos Indeterminados no direito administrativo e discricionariedade: limites da vinculação do administrador no estado democrático de direito. *Revista da AGU*, s.l., p. 14, dez. 2005. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/500>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

<sup>82</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaios sobre teoria e filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 91.

<sup>83</sup> CHRISTOPOULOS, Basile. Judiciário não pode ser refém das consequências de suas decisões. *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2017. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo](http://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

## 6. Conclusões

O presente trabalho teve como objetivo central interpretar o art. 20 da LINDB, que instituiu o dever de a autoridade, nas esferas administrativa, controladora e judicial, considerar as consequências práticas da decisão, quando decidir com base em valores jurídicos abstratos.

A reintrodução dos valores e o reconhecimento da força normativa dos princípios na adjudicação jurídica, com os movimentos pós-positivista e neoconstitucionalista, tornaram assente o aumento da discricionariedade na interpretação de normas jurídicas.

Foi justamente nesse contexto que foi aprovada a Lei nº 13.655/2018, que incluiu vários dispositivos na LINDB, com o propósito de aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões envolvendo o direito público. A presente pesquisa se concentrou na interpretação do novo art. 20, o qual introduziu de modo expresse o pragmatismo na solução de casos envolvendo esse ramo do direito.

O uso das consequências, como critério de decisão, deve ocorrer quando estivermos diante de mais de uma solução válida dentro do sistema, seja em razão da ausência de norma, seja em função de sua vagueza. Nos casos em que a decisão se basear em valores abstratos, princípios e outros conceitos vagos e indeterminados, ou seja, nas zonas de indeterminação do direito, a autoridade deverá avaliar as consequências das soluções possíveis.

O dispositivo não pode ser interpretado para permitir o afastamento do texto da lei em nome das consequências negativas que a solução preconizada pela norma pode acarretar. O que o artigo parece sugerir é que, havendo duas soluções deduzidas do sistema jurídico, deve ser proferida a decisão que gerar as melhores consequências.

Para tanto, é preciso perquirir as consequências mediatas e sistêmicas das soluções possíveis. Faz-se necessário avaliar não apenas as consequências para as partes envolvidas no caso, como também para a comunidade, na condição de destinatária da decisão como norma ideal, como padrão de conduta da sociedade e modelo para a decisão de casos futuros.

As partes e o órgão de instrução, no caso de processos nas esferas administrativa e controladora, devem trazer as informações e elementos de prova necessários à verificação de consequências pela autoridade, se a causa de pedir forem valores abstratos e conceitos indeterminados.

Por fim, a autoridade responsável deve motivar a opção escolhida, de modo a permitir o controle da decisão, não apenas pelos próprios tribunais, como pela comunidade jurídica.

Agindo dentro desses contornos, o novel dispositivo pode contribuir para o aperfeiçoamento da teoria da decisão de casos envolvendo o direito público.

## Referências

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. A nova (!) decisão judicial e o dilema dos prisioneiros: o art. 20, caput, da LINDB. *Migalhas*, 8 maio 2018. Disponível em: <[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisioneiros+o+art+20+caput+da](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279546,21048-A+nova+decisao+judicial+e+o+dilema+dos+prisioneiros+o+art+20+caput+da)>. Acesso em: 20 abr. 2019.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ANDRADE, José Maria de Arruda. *Economização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 4.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (mestrado) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 205, p. 109-116, jul./set. 1996.

BUSTAMANTE, Evanilda Nascimento de Godoi; FERREIRA, Mariah Brochado. Julgando pelas consequências: o pragmatismo cotidiano de Richard Posner e sua influência no processo de tomada de decisões judiciais. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA, I, 2015, Belo Horizonte. O Funcionamento da Corte Constitucional. *Anais...* Belo Horizonte: Initia Via, 2015. v. 2, p. 22-34.

CHRISTOPOULOS, Basile. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (doutorado em direito econômico e financeiro) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014.

CHRISTOPOULOS, Basile. Judiciário não pode ser refém das consequências de suas decisões. *Consultor Jurídico*, 22 jun. 2017. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo](http://www.conjur.com.br/2017-jun-22/basile-christopoulos-juiz-nao-refem-consequencialismo)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A análise econômica de Posner e a ideia de estado de direito em Luhmann: breves considerações críticas. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. esp. em memória do prof. Washington Peluso, p. 327-352, 2013.

DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. O atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-31, jan./mar. 2011.

GUANDALINI JR., Walter. Da subsunção à argumentação: perspectivas do raciocínio jurídico moderno. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, v. 54, dez. 2011. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30734/19847>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O positivismo e a separação entre o direito e a moral. In: \_\_\_\_\_. *Ensaios sobre teoria e filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 53-78.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB — acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB — dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648%22>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro, 2003.

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

\_\_\_\_\_. *Retórica e o estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto; FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico*, 25 maio 2018. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto](http://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opinioao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto)>. Acesso em: 29 mar. 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18916>>. Acesso em: 29 mar. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-positivismo sem trauma: o possível e indesejável no reencontro do direito com a moral. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 29-72.

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

\_\_\_\_\_. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

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

SALAMA, Bruno Meyerhof. *A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner*. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 30 mar. 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 73-114.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SICCA, Gerson dos Santos. Conceitos indeterminados no direito administrativo e discricionariedade: limites da vinculação do administrador no estado democrático de direito. *Revista da AGU*, s.l., dez. 2005. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/500>>. Acesso em: 4 abr. 2019.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Neimar Roberto de Souza e. Direito e argumentação jurídica em Neil MacCormick. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 29-41, jul./dez. 2013.

VALORY, Eduardo. Cinco Minutos de Positivismo Jurídico. *RFD — Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, s.l., n. 23, jul. 2013. Disponível em: <[www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/5472/4760](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/5472/4760)>. Acesso em: 27 abr. 2019.