

171 - 203

Artigo

**A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
E O FENÔMENO DO CONSEQUENCIALISMO
UMA ANÁLISE RACIONAL DOS
CONTORNOS HERMENÊUTICOS
DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB**

CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O FENÔMENO DO CONSEQUENCIALISMO UMA ANÁLISE RACIONAL DOS CONTORNOS HERMENÊUTICOS DOS ARTIGOS 20 E 21 DA LINDB

THE MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS
AND THE PHENOMENON OF CONSEQUENCIALISM
A RATIONAL ANALYSIS OF THE HERMENEUTIC CONTOURS
OF ARTICLES 20 AND 21 OF LINDB

CARLOS EDUARDO FERNANDES NEVES RIBEIRO

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
eduardoneves@mpmg.mp.br

RESUMO: A Lei 13.655/2018 incluiu os artigos 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incorporando o fenômeno do consequencialismo no âmbito do controle de atos de gestão pública. Sob a perspectiva alexyana consubstanciada na dupla natureza do Direito e a argumentação jurídica daí decorrente, buscar-se-á traçar os contornos hermenêuticos adequados para os preceitos legais supramencionados e fixar diretrizes para a motivação apropriada das decisões judiciais que envolvem essa temática. Neste contexto, pretende-se outorgar feições eminentemente jurídicas ao consequencialismo, vinculando-o às máximas da proporcionalidade e da universalização.

PALAVRAS-CHAVE: consequencialismo; motivação; proporcionalidade; universalização

ABSTRACT: The 13.655/2018 law included articles 20 and 21 in the law of introduction to the norms of Brazilian law, incorporating the phenomenon of the consequentialism in the context of the control of acts of public management. Under the Alexyana perspective embodied in the dual nature of the law and the legal argument arising from this, it is necessary to draw up the appropriate interpretative contours for the abovementioned legal precepts and to establish guidelines for appropriate motivation for judicial decisions involving this issue. In this context, it is intended to give eminently legal features to the consequentialism, linking it to the maxims of proportionality and universalization.

KEYWORDS: consequentialism; motivation; proportionality; universalization

1. Introdução

O presente trabalho tem por escopo traçar os contornos hermenêuticos adequados dos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao examinar o papel desempenhado pelo consequencialismo na esfera da motivação das decisões judiciais que envolvem o controle da gestão pública.

Trata-se de matéria fecunda, envolta por controvérsias e marcada por polêmicas, cuja análise implica repercussões tanto teóricas,

por servir de contributo à estipulação de balizas para a delimitação do alcance e sentido dos argumentos consequencialistas, quanto práticas, na medida em que, de acordo com a posição adotada, emergirão nuances absolutamente distintas em torno do controle jurisdicional dos atos da administração pública.

O método de abordagem da temática será o dedutivo, com feições nitidamente propositivas, inserindo-se na esfera da pesquisa qualitativa.

A produção alexyana, em especial a natureza dúplice do Direito, servirá de referencial teórico para dimensionar os contornos apropriados do fenômeno da argumentação jurídica. Sob o paradigma dual do Direito e da argumentação daí decorrente, a pretensão é denotar o papel desempenhado pelo consequencialismo no controle jurisdicional dos atos administrativos.

Para a consecução desse objetivo, no primeiro tópico demonstrar-se-á que o paradigma jusfilosófico vigente, isto é, o pós-positivismo fomenta a estruturação do Direito sob uma perspectiva dupla, mediante a conjugação dos valores da segurança jurídica e da justiça. A abordagem exporá que a articulação equilibrada e racional dos valores outorga redobrada importância ao fenômeno da justificabilidade. Na sequência, buscar-se-á exprimir que, seja sob a óptica do direito positivo vigente, seja sob o prisma da noção de justiça, recai sobre a fundamentação o papel de controle da racionalidade das decisões judiciais.

No tópico subsequente, o ensaio denotará os impactos advindos do caráter dual do Direito no processo argumentativo e, sob tal perspectiva, enumerará as principais categorias de argumentos concebidas na produção alexyana, enfatizando a absoluta complementaridade entre elas.

No tópico final, volver-se-á ao exame do consequencialismo na órbita da argumentação jurídica, almejará parametrizar o sentido dos artigos 20 e 21 da LINDB, por meio de critérios estritamente

jurídicos, no propósito de salvaguardar a objetividade e a correção no processo interpretativo desenvolvido.

O consequencialismo incorporado pelo sistema normativo brasileiro por meio dos artigos 20 e 21 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018, ostenta natureza estritamente jurídica e não traduz novidade substancial. Serve apenas para realçar valores já incrustados na ordem jurídica pátria, a exemplo das máximas da proporcionalidade e da universalização.

1.1. Pós-positivismo, dupla dimensão do direito, o fenômeno da justificabilidade

A superação natural do jusnaturalismo no final do século passado e o fracasso do positivismo ante as atrocidades levadas a efeito pelo nazifascismo constituíram anteparo fático robusto para a eclosão do paradigma jusfilosófico pós-positivismo.

Parafraseando Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno¹, a partir da Revolução Francesa o direito natural começou a perder força, porquanto a defesa de um fundamento material para o Direito revelou-se arbitrária, na medida em que representava a sobreposição da visão de mundo de uns em detrimento de outros.

No início do século XX, o positivismo filosófico, plasmado na valorização incondicional da ciência neutra e invariável, foi incorporado pelo Direito e motivou a dissociação entre elementos normativos e valores transcendentais.

Diante da demonstração de que a busca por um fundamento material do Direito poderia solapar a harmonia entre visões antagônicas de mundo, a alternativa concebida pelo positivismo se

1 TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). *O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. 1ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 295

voltou para a suplantação da base moral ínsita ao direito natural por um sustentáculo estritamente formal.

Destarte, ao mesmo tempo que o formalismo foi o instrumento pelo qual se blindou o Direito contra o risco de absolutização de uma única visão de mundo, ele também foi a válvula por meio da qual tornou o Direito refém de qualquer conteúdo.

Nas palavras de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, “morto o direito natural, não há mais um critério, interno à Ciência do Direito, que torne possível julgar a legitimidade do conteúdo (matéria) do direito positivo”².

Em consequência, o positivismo jurídico serviu de plataforma apta à legitimação de autoritarismos de matizes variados, em nome de uma falsa neutralidade e indiferente objetividade.

O problema que se apresenta, então, no final do século XX, é como superar a antinomia Jusnaturalismo-Juspositivismo, ou seja, como apresentar um conceito de validade que, por um lado, (i) com o Jusnaturalismo e contra o Positivismo, mostre qual deve ser o conteúdo legítimo de uma ordem jurídica, e, por outro lado, (ii) com o Positivismo e contra o Jusnaturalismo, não seja material, isto é, não signifique a absolutização de visões de mundo que, no período contemporâneo, são subjetivas³.

Com efeito, o Direito foi objeto de esterilização moral e restringido ao conteúdo das normas emanadas do ente estatal, sem qualquer perquirição acerca da justeza delas.

Conforme Luís Roberto Barroso, as principais marcas do pós-positivismo são “a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”⁴.

2 Ibid., p. 296.

3 Ibid., p.297.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

Sob essa óptica, o Direito se reaproxima da moral, enseja novos rumos hermenêuticos, redimensiona o papel do Estado no processo de concretização dos direitos fundamentais, assume natureza dupla ao consubstanciar uma dimensão real ou empírica que comporta os elementos da emissão autoritativa, a produção legislativa pela autoridade competente, a eficácia social, o respeito do Direito pela coletividade sobre a qual ele se impõe ao consubstanciar uma dimensão ideal ou crítica que envolve a pretensão de correção do Direito⁵.

As dimensões estão interligadas e revelam que a legitimidade do Direito está subordinada à conjugação dos princípios da segurança jurídica e da justiça de modo que assegure não só a confiabilidade do direito positivo como também a satisfação da justiça, materializada por meio dos direitos fundamentais⁶.

Nesse processo, em vez de contraditórios, os valores assumem feição complementar, contribuindo, em igual medida, para a edificação de um sistema normativo baseado na racionalidade.

O alcance de um resultado equilibrado e racional constitui uma tarefa em construção permanente e se desenvolve por meio de um procedimento argumentativo fundado na justificação.

Afinal, o caráter plural da sociedade hodierna impôs ao sistema jurídico uma abertura valorativa, cujo dimensionamento racional está umbilicalmente atrelado à ideia de justificação.

Destarte, o fenômeno da justificatibilidade assume papel de redobrada relevância, uma vez que avaliza o suporte do direito positivo, faculta sua alimentação com espeque na Justiça e baliza

5 ALEXY, Robert. *Principais elementos da dupla natureza do Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 9.

6 TOLEDO, Cláudia. *O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito*, p. 41. In TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

a relação entre o plano normativo e o anteparo moral e ético subjacente a ele.

1.2. A dimensão real do direito e o dever de motivação do Poder Judiciário

O ordenamento jurídico pátrio, por imposição constitucional peremptória, estatuiu a República Federativa do Brasil como sendo um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CRFB/1988⁷).

Logo, o sistema normativo vigente pressupõe o enaltecimento da razão, repudia a arbitrariedade e o subjetivismo, alinhando-se, pois, à perspectiva alexyana de análise do Direito.

Em linhas gerais, segundo Robert Alexy, a legitimidade dos discursos jurídicos não admite alusões a referências metafísicas, tampouco comporta uma subordinação irrefletida a mandamentos legais, independentemente do seu conteúdo. Por tais razões, Alexy propõe uma teoria procedimental da argumentação jurídica, plasmada no conceito de razão prática, e formula um conjunto de regras para disciplinar o procedimento decisório⁸.

Nesse contexto, a legitimidade da jurisdição, expressão de uma das facetas do Estado, está umbilicalmente atrelada à submissão do Poder Judiciário ao devido processo legal e, em especial, ao dever de motivação de toda e qualquer decisão prolatada.

7 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

8 ALEXY, Robert. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In *Ratio Iuris*. Volume 5. n. 3. December, 1992, p. 235.

No caso brasileiro, a clareza dessa evidência está literalmente plasmada no inciso IX do art. 93 da CRFB/1988, *in verbis*:

Art. 93.

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004)

Trata-se de verdadeira exigência do Estado Democrático de Direito, inteligentemente concebido como um Estado que se justifica⁹, cuja essência, pois, é absolutamente avessa a decisões judiciais imotivadas.

Indubitavelmente, a motivação não pode ostentar feições meramente estéticas, ou seja, destituídas de conteúdo¹⁰, pois tal estratégia fulminaria os anseios constitucionais traçados e a busca por justiça efetiva. Em outras palavras, carecem de legitimidade subterfúgios argumentativos cujo emprego encobre veladamente convicções pessoais ou preferências políticas, sem qualquer elo com preceitos jurídicos válidos.

Sensível a esta perspectiva, a Lei 13.105/2015, do Código de Processo Civil, estabelece a nulidade da sentença mal fundamentada. Vejamos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

9 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Revista brasileira de Direito Processual. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.117.

10 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais* (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 415.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Em suma, somente a fundamentação idônea faculta o controle de fidelidade do julgador à concretude dos fatos e às normas jurídicas vigentes.

1.3. A dimensão crítica do direito, a justiça e a fundamentação

A pretensão de correção ínsita ao sistema normativo se perfaz em prol da realização da justiça, cujo sentido está umbilicalmente atrelado à ideia de fundamentação. Em outras palavras, a correção ou não de uma medida está subordinada às razões subjacentes a ela. Nesse azimuth, Robert Alexy apregoa:

La circunstancia de que la justicia sea un particular tipo de corrección tiene profundas implicaciones para la teoría de la justicia. Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, al mismo tiempo, que es correcto. Y quien afirma que algo es correcto

sobreentende que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones. Las tesis según la cual la justicia és corrección, por tanto, conduce diretamente a la idea de la justicia como posibilidad de fundamentación, o justificación, mediante razones¹¹.

A pretensão correção não constitui garantia suficiente para que ordenamentos jurídicos imorais se instituam por meio do uso da força do Direito¹² (TOVAR, 2017). Todavia, isso não significa que ela comporta qualquer conteúdo.

Sob o prisma do pensamento alexyano, a legitimidade da pretensão de correção pressupõe concordância com padrões de moralidade universal, fundados nos dogmas da liberdade e igualdade, sem prejuízo da avaliação de aspectos pragmáticos e éticos derivados do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral¹³ (TOLEDO, 2014).

As diretrizes, embora relevantes, não eliminam a amplitude do conceito, cujo dimensionamento, pois, só se concretiza por meio de um procedimento argumentativo racional.

2. Argumentação jurídica, caráter dual. O impacto da dupla natureza do direito no processo argumentativo

A dupla natureza do Direito repercute diretamente na argumentação jurídica desenvolvida no processo de fundamentação das decisões. Nos dizeres de Matthias Klatt:

11 ALEXY, Robert. *Justicia como corrección*. Traducción del italiano *Giustizia come correttezza* por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original *Gerechtigkeit als Richtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9, p. 106, traducción de Bruno Celano.

12 TOVAR, Alejandro Nava. *Não positivismo e a pretensão de correção*, p. 230. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

13 TOLEDO, Cláudia. *Pretensão de correção e “razões transcendentais ao direito positivo” no pensamento de Robert Alexy*. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (organizadores).

[...] includes the principles of the democratic the rule of dual-natured law is a

rule of reason. It integrates the formal and the material dimensions of the law. The concept of the rule of dual-natured law has important consequences for the character of legal reasoning. It provides a third theory, combining descriptive, authoritative, institutional elements of legal argumentation with prescriptive, ideal elements of justice and moral correctness.

The main challenge to this account is the problem of integration. I have reconstructed this integration as an optimization problem. Legal argumentation must take account of the fact that many arguments have already been worked through in the past. The upshot of past legal reasoning appears in the set of precedents, in the various legal doctrines, in authoritative decisions, in short: in the real dimension of the law. The real dimension of legal argumentation provides us with legal certainty, stability, and predictability. The real dimension remedies the uncertainty that arises out of law's argumentative character, out of its ideal dimension, in a world of value pluralism (Waldron, 2008b, p. 54). The real dimension guarantees that public morality does not collapse into personal morality (Allan, 2001, p. 315). The real dimension secures that our democratic conception of the common good is not identified with whatever individual conceptions of the good we happen to pursue.

At the same time, however, the rule of dual-natured law reminds us that the real dimension of legal argumentation can provide a *prima facie* certainty only. The rule of dual-natured law reminds us that the game of giving and asking for reasons never comes to a definite stop (Cohen, 2010). The ideal dimension of law never ceases to be present in "the argumentativeness of legal practice" (Finnis, 1987, p. 358)¹⁴.

Aliás, essa conclusão nada mais é que um consectário lógico da natureza do discurso jurídico como caso especial do discurso prático geral. Por essa tese, a argumentação jurídica deve ser reconduzida,

¹⁴ KLATT, Matthias. *Legal Argumentation and the Rule of Law*, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing, p. 43

com primazia, ao sistema normativo vigente – aí compreendidos atos normativos, a dogmática e os precedentes –, sem descuidar razões morais, éticas e pragmáticas, notadamente nas hipóteses de insuficiência ou irracionalidade do Direito positivo¹⁵.

Parafraseando Robert Alexy¹⁶, no âmbito da teoria do discurso há quatro categorias distintas de argumentos: linguísticos, genéticos, sistêmicos e práticos gerais.

Os argumentos linguísticos são plasmados na linguagem usual de fato existente mas, via de regra, insuficientes, por si sós, para motivar uma decisão em especial, ante a vagueza e a indefinição da norma.

Os argumentos genéticos estão em consonância com propósitos factuais perseguidos pelo legislador histórico e, muitas vezes, são insuscetíveis de emprego, seja em função da dificuldade de definição da vontade do legislador, seja em decorrência de supostas contradições experimentadas entre a suposta vontade do legislador e da lei.

Os argumentos sistêmicos se baseiam na necessidade de se resguardar a unidade e coerência do sistema jurídico e, especialmente no patamar constitucional, exprimem íntima vinculação à argumentação prática geral.

Os argumentos práticos gerais, enfim, formam a quarta categoria e se dividem em argumento teleológico – calcado na averiguação das consequências dele decorrentes – e deontológico, isto é, fundado na aferição de sua correção ou equívoco, independentemente dos efeitos daí advindos.

Nesse contexto, os argumentos linguísticos, genéticos e sistêmicos são direta ou indiretamente suportados pela autoridade do

15 ALEXY, Robert. Problems of Discursive Rationality in Law. In: W. MAIHOFFER and G. SPRENGER (Eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: Steiner, p. 175, 1990.

16 ALEXY, Robert. Legal Argumentation as Rational Discourse. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, aprile/giugno. IV serie- LXX, p.175 e 176. 1993.

direito positivo, traduzindo-se em argumentos institucionais, enquanto os argumentos práticos gerais extraem força da correção do seu conteúdo, afigurando-se como argumentos substanciais¹⁷.

É cediço que a institucionalização constitui um elemento imprescindível na formatação do discurso jurídico. Afinal, há razões de ordem filosófica, jurídica e política que justificam esse entendimento¹⁸.

O discurso prático geral é incapaz de proporcionar a obtenção de consensos e a solução de conflitos eficazmente. Isso fomenta, pois, a incorporação da teoria do discurso por um sistema normativo em prol da agilidade e da eficiência no processo de tomada de decisões. Em contrapartida, nenhum sistema de normas é completo nem toda demanda social encontra assento legal. Logo, exsurge a relevância do discurso prático como anteparo legítimo e racional para o regime institucionalizado.

Este panorama explicita a relação de complementaridade entre os argumentos institucionais e substanciais e sedimenta o impacto significativo da natureza dúplice do Direito na esfera da argumentação jurídica.

Sobre a temática, Robert Alexy apregoa:

A successful institutionalization (...) includes the principles of the democratic constitutional state, among others those of democracy, of the separation of powers and of the rule of law. The principle of the authority of the positive law supported by these principles demands a priority of the institutional over the substantial reasons. It is, however, merely a *prima facie*-priority. Substantial reasons can be of such great weight in individual cases that they win over the institutional ones (...) The fact that insti-

17 ALEXY, Robert. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX. 1993, p. 176.

18 ALEXY, Robert. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX. 1993, p. 174.

tucional arguments are merely of prima facie-priority means that legal argumentation remains dependent on substantial or general practical argumentation even if institucional arguments lead to a certain result. (...) All this shows that the Idea of discourse can and must remain alive in spite all institucionalization¹⁹.

3. A argumentação jurídica e o consequencialismo – uma leitura racional da lei 13.655/2018

Recentemente, sob o pretexto de robustecer a motivação na esfera do controle da gestão pública, foi editada a Lei 13.655/2018, que incluiu, entre outros, os artigos 20 e 21 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Este novo diploma legislativo, fruto de trabalho desenvolvido por diversos administrativistas, busca, nas palavras dos responsáveis por sua concepção, neutralizar fatores de distorção da

19 ALEXY, Robert, *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX., 1993, p. 177.

atividade jurídico-decisória pública, a exemplo do alto grau de indeterminação de grande parte das normas públicas, da relativa incerteza inerente ao Direito quanto ao verdadeiro conteúdo de cada norma, da tendência à superficialidade na formação do juízo sobre complexas questões jurídico-públicas²⁰.

Apesar de ser aparentemente nobre a preocupação que motivou os referidos juristas, exsurge imprescindível redobrada cautela na interpretação dos novos preceitos normativos, sob pena de preponderância inapropriada de um consequencialismo retórico em detrimento de outros valores juridicamente relevantes.

Afinal, conforme retrodenotado, a motivação encontra assento em argumentos de diversas matrizes, e somente o manejo equilibrado e eminentemente jurídico de todos eles permite o alcance da racionalidade decisória.

Logo, ao contrário do que uma leitura açodada dos novos preceitos legais transcritos poderia sugerir, o ordenamento jurídico brasileiro não incorporou um consequencialismo juridicamente estéril, tampouco estritamente econômico ou social.

Em sentido lato, consequencialismo, sob o ponto de vista jurídico, nas palavras de Luis Fernando Schuartz, pode ser “[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”²¹.

É patente a amplitude desse conceito, mas reside justamente aí a pertinência da definição, em virtude da demonstração de que o vocábulo sob comento comporta diversas matizes.

20 SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

21 SHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

Nesse cenário, o primeiro cuidado imposto ao profissional do Direito consiste em extirpar qualquer linha interpretativa que agasalhe sob o novo diploma legal todo argumento consequencialista que extrapole o universo jurídico em sentido lato. Em outras palavras, apenas um consequencialismo jurídico é dotado de legitimidade, carecendo de autoridade, pois, decisões judiciais lastreadas em argumentos estritamente econômicos.

Tal raciocínio não significa concordância absoluta com o entendimento sufragado por *Tárek Moussallen*, segundo o qual “a consequência de toda norma jurídica (e de qualquer decisão) deve ser mensurada internamente ao direito positivo e não pelo prisma econômico e social”²².

O universo jurídico não se resume ao panorama normativo em virtude da superação do positivismo. O anseio legítimo por justiça inerente a um elemento integrante do Direito também não admite qualquer conteúdo, só comportando aspectos atinentes à moralidade universal e à ética social.

Em sentido semelhante, Neil Maccormick, ao versar sobre o consequencialismo, sustenta:

[...] os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve ser autorizada pela lei como ela é²³.

22 MOUSSALEN, Tárek Moysés. *Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in SOUZA, Priscila de. *Sistema tributário brasileiro e crise atual*. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 974 e 975.

23 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 136.

Isso não significa que aspectos econômicos ou sociais sejam indiferentes no processo de formatação das decisões judiciais. Entretanto, essa ideia sedimenta que tais circunstâncias não podem sobrepor-se a imposições normativas, só adquirindo relevância mediante sua recondução ao panorama jurídico. Não se descarta a possibilidade de o ordenamento jurídico incorporar valores econômicos e sociais vinculados à atividade jurisdicional, desde que os elementos jurídicos sejam dotados de respaldo legal.

Exegese contrária fatalmente comprometeria o postulado da segurança jurídica, atribuindo feições políticas ao exercício da jurisdição, em decorrência da imprevisibilidade das consequências econômicas ou sociais supostas pelo magistrado no momento da decisão e da multiplicidade de alternativas capazes de incerta previsão.

A própria literalidade das normas sob comento revela balizas jurídicas impostas ao hermeneuta apontando os sentidos apropriados às novidades legislativas advindas. No sistema normativo vigente, a Lei Complementar 95/1998, responsável pela regulamentação do artigo 59 do texto constitucional, estabelece regras à elaboração, redação, alteração e consolidação de leis. A alínea “c” do inciso III do artigo 11 dessa lei complementar está assim vazada:

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

[...]

III - para a obtenção de ordem lógica:

[...]

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

Assim, seja pela lógica, seja por mandamento legal expresso, o enunciado normativo contido nos parágrafos únicos dos ar-

tigos 20 e 21 do Decreto-Lei 4.657/1942²⁴ e incluído pela Lei 13.655/2018 deve ser interpretado como “aspecto complementar” ou explicativo das normas materializadas no *caput* dos referidos preceitos legais.

Destarte, a referência consequencialista agasalhada pelo artigo 20 retroaludido está diretamente ligada à máxima da proporcionalidade, especialmente às submáximas dela decorrentes materializadas na adequação e na necessidade.

Humberto Bergmann Ávila, embora empregue o termo dever em vez de máxima para se referir à proporcionalidade, ensina que ela compreende três elementos distintos – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – *in verbis*:

Assim, o dever de proporcionalidade estrutura-se em três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos²⁵.

Para Virgílio Afonso da Silva, a submáxima da adequação pode ser assim compreendida: “Adequado, então, não é somente o meio

24 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem medir as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida, inclusive em face das possíveis alternativas. Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

25 ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever da proporcionalidade*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 215 – jan./mar. 1999, p. 172.

com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado”²⁶

Já a submáxima da necessidade é um ato estatal que limita um direito fundamental, sendo somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.²⁷

A proporcionalidade em sentido estrito, segundo ele, perfaz:

Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.²⁸

Nesse contexto, a menção aos termos “adequação” e “necessidade” consubstanciada no parágrafo único do artigo 20 sob comentário não constitui mera coincidência. Pelo contrário, ela explicita o papel determinante da proporcionalidade no processo de avaliação das consequências e as reveste de juridicidade.

Da mesma forma, a referência às “possíveis alternativas” contida no mesmo preceito legal traduz aspecto ínsito da máxima da proporcionalidade, na medida em que exprime a relevância do exercício de um juízo comparativo no controle das medidas administrativas.

26 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 35.

27 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 39 e 40.

28 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 42. .

A redação empregada pelo legislador no parágrafo único do artigo 20 da LINDB, portanto, incorpora as feições basilares da máxima da proporcionalidade e institui uma conexão entre o consequencialismo e o referido postulado.

É de se dizer, aliás, que o próprio vocábulo “práticas” contido no *caput* do artigo 20 sob análise carrega em si correspondência com o caráter factual das submáximas da adequação e da necessidade, servindo ele, pois, como mais uma evidência linguística do vínculo enunciado.

Robert Alexy acentua a importância dos aspectos fáticos no processo de formatação da máxima da proporcionalidade e explicita que, independentemente da novidade legislativa sob comento, a aplicação correta do postulado em questão sempre pressupõe análises concretas, isto é, juízos que extrapolaram a abstração das normas.

Nesse propósito, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas²⁹.

O mesmo raciocínio retrodesenvolvido se aplica ao artigo 21 do diploma legal sob apreço. O parágrafo único deste preceito normativo emprega, inclusive, o termo “proporcional”. A singularidade aqui notada reside apenas no maior detalhamento legislativo da máxima da proporcionalidade para o campo do Direito Administrativo, com o nítido desiderato de positivação do princípio da proteção à confiança sob suas lentes.

As próprias origens do princípio da proteção à confiança encontram eco no balanceamento entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica sob o prisma da proporcionalidade.

29 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 118.

Esta é a lição de Hartmut Maurer ao discorrer sobre tal princípio:

A proteção da confiança parte da perspectiva do cidadão. Ela exige a proteção da confiança do cidadão que contou, e dispôs em conformidade com isso, com a existência de determinadas regulações estatais e outras medidas estatais.

[...]

a proteção à confiança pode entrar em conflito com outros bens jurídicos e interesses, em particular, com o princípio da legalidade e da constitucionalidade, que exige a correção de atos antijurídicos, e com os interesses legítimos do Estado de adaptar o direito às circunstâncias alteradas ou aos novos conhecimentos ou de introduzir, até com o auxílio do direito, novos desenvolvimentos. Em tais casos de conflito deve ser ponderado entre o interesse da confiança do particular e o interesse da modificação do Estado e, sob consideração de todos os pontos de vista relevantes, esforçar-se por uma compensação ótima³⁰.

O mesmo posicionamento é sustentado por Rafael Maffini no direito brasileiro, *in verbis*:

A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas – ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar consequências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso

30 MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 68 e 86

da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos³¹.

Na mesma linha de raciocínio, Gustavo Binzenbojm, ao discorrer sobre os efeitos do princípio da segurança jurídica na esfera do controle de legalidade dos atos administrativos, enfatiza que o princípio da segurança jurídica tem assento constitucional e deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, “segundo critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade, que decorreria da invalidação do ato, ao particular, cuja confiança legítima foi violada”³².

Paralelamente aos fundamentos linguísticos retroalinhavados, as bases genéticas do ato normativo sob análise corroboram as conclusões já alcançadas.

A polêmica em torno da Lei 13.655/2018 motivou os juristas responsáveis por sua concepção a publicarem artigo rebatendo as críticas endereçadas ao projeto de lei subjacente ao diploma na fase final do trâmite legislativo.

Logo, o conteúdo do referido documento constitui expressão concreta da gênese da norma sob análise e, por conseguinte, parâmetro legítimo de interpretação dela.

O comentário talhado sobre o artigo 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 pelos referidos juristas contempla expressamente o vínculo almejado entre a previsão normativa e a máxima da proporcionalidade. Vejamos:

[...] o dispositivo a ser inserido na LINDB é clara aplicação do conhecido princípio da proporcionalidade, que exige ao toma-

31 MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 223.

32 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 190.

dor de decisão a comprovação de que a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Como se sabe, sempre que o Poder Público tiver de decidir tendo por base um conflito de bens jurídicos de qualquer espécie, deve analisar a possibilidade dessa medida levar à realização pretendida (adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos e interesses envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública buscada ser valorosa a ponto de justificar a restrição imposta (proporcionalidade em sentido estrito).

Daí o sentido de se exigir na própria LINDB, como expressão do princípio da proporcionalidade, que o julgador em processo administrativo, judicial ou de controle se valha de um juízo prévio sobre a aptidão do meio a ser utilizado e o resultado a ser alcançado, dentro de um universo de possibilidades³³.

A abordagem do artigo 21 do mesmo diploma legislativo, por sua vez, apesar de não fazer alusão ao princípio da proteção à confiança, sedimenta o elo entre as bases teóricas deste postulado e a novidade legal dele advinda. Vejamos:

O dispositivo em questão apenas exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresse, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.³⁴

33 SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017*. São Paulo, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> (p. 3 e 4).

34 SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017*. São Paulo, 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf> (p. 6).

A interpretação em tela é a única que a preserva a coesão do sistema normativo vigente, impedindo a manipulação arbitrária de fundamentos consequencialistas destituídos de base jurídica. Nesse sentido, Neil Maccormick apregoa:

Por mais desejável que uma dada deliberação seja quanto a fundamentos consequencialistas, ela não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório no sistema. Naturalmente, um precedente ostensivamente contraditório pode ser ‘explicado’ e ‘discriminado’ para evitar uma contradição semelhante; ou uma lei ostensivamente conflitante pode ser interpretada de uma forma que evite essa contradição. Contudo, se esses estratagemas para a conciliação falharem, a exigência da coesão demandaria a rejeição de uma deliberação que de outro modo seria interessante, rejeição essa com base em seu conflito insolúvel com (a contradição de) normas válidas e estabelecidas³⁵.

Por derradeiro, conforme alhures aventado, o consequencialismo, independentemente do advento da Lei 13.655/2018, possui relevância no fenômeno da argumentação jurídica, em especial diante de casos lacunosos, sobrevivendo a necessidade excepcional de decisões *contra legem*.

Nessas circunstâncias, o principal papel exercido pelos argumentos consequencialistas reside na universalização da decisão adotada, assim entendida como a necessidade de atribuir tratamento idêntico a casos semelhantes que porventura advenham. Este raciocínio também é desenvolvido por Neil Maccormick ao enfrentar a problemática dos argumentos consequencialistas, *in verbis*:

Considerando-se a concepção que se tem das leis é racional e deliberada, parece de fato essencial que a justificação de qualquer decisão numa área não comandada por uma norma expressa que envolva obrigação, ou quando uma norma semelhante for ambígua

35 MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135

ou incompleta, prossiga pela verificação das decisões propostas à luz de suas consequências. Entretanto, como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual tal decisão deveria favorecer um lado em vez do outro, as consequências pertinentes são das de deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente³⁶.

Basile Georges Campos Christopoulos, interpretando o pensamento de Maccormick, sustenta-o com clareza ainda mais contundente:

Em termos gerais, e especialmente na vertente da necessidade de universalização, a argumentação consequencialista pode ser fundamentada juridicamente nos princípios da Justiça e da Igualdade, pela necessidade de tratamento de casos semelhantes de forma semelhante, de maneira que a justificação dada ao caso presente possa ser utilizada no futuro em casos similares³⁷.

Nessa etapa, o consequencialismo é fatalmente reconduzido a um dos principais conjuntos de regras universais do discurso prático geral concebido por Robert Alexy no patamar da justificação, isto é, a necessidade de compartilhamento e aceitação das consequências advindas da decisão tomada. Eis a explicação de Robert Alexy sobre o assunto:

Um primeiro grupo importante de regras é formado pelas distintas variantes do princípio da generalizabilidade. Conforme as discussões precedentes, devem distinguir-se aqui três versões da exigência de generalizabilidade: a de Hare a de Habermas e a de Baier.

O princípio de universalidade de Hare já foi formulado como regra (1.3'). Desse princípio, junto com o da prescritividade, obtém Hare a seguinte exigência:

36 MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 192 e 193

37 CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialista no Direito*. In Revista Eletrônica do mestrado em Direito da UFAL. V. 6, nº 3. Constitucionalização dos direitos no Brasil. 2015, p. 20.

(5.1.1) Quem fizer uma afirmação normativa que pressupõe uma regra para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve poder aceitar as consequências de dita regra também no caso hipotético de ele se encontrar na situação daquelas pessoas.

O princípio de generalizabilidade de Habermas resulta diretamente da estrutura do discurso pelas regras da razão ([2.1]-[2.3]). Se todos deliberarem sobre as questões práticas com igualdade de direitos, só podem encontrar no acordo geral aquelas proposições normativas e regras que cada um pode aceitar.

Em (5.1.1), parte-se das concepções normativas de cada falante. O princípio de generalizabilidade habermasiano se refere às opiniões comuns obtidas no discurso. Assim pode-se formular:

(5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada um e de todos indivíduos precisam ser aceitas para todos.

Brevemente: cada um deve estar de acordo com cada regra.

(5.1.2) compartilha o caráter ideal das regras de razão.

O princípio de Baier se pode fundamentar a partir das exigências de abertura e sinceridade que regem o discurso. Pode ser considerado como uma concreção de (1.2). Exclui diretamente como infundamentável uma série de regras.

(5.1.3) Toda regra deve ser ensinada de forma aberta e geral.

Porém (5.1.1)-(5.1.3) não oferecem ainda a garantia de um acordo racional (5.1.1) permite partir das diferentes convicções normativas fáticas dos respectivos falantes; (5.1.2) partilha do caráter ideal das regras de razão; (5.1.3) exclui apenas relativamente poucas regras morais.

Não é possível elaborar um procedimento que conduza, em cada caso, a um acordo racional. Porém, muito já se ganharia, se houvesse um procedimento que aumentasse pelo menos a possibilidade da transformação de concepções incompatíveis praticamente existentes, no sentido de um acordo racional. Tal procedimento foi proposto por Habermas, assim como também – numa forma detalhadamente desenvolvida – por Lorenzen e Schwemmer, com o programa da gênese crítica. Nesta gênese, o desenvolvimento dos sistemas de regras morais é reconstruído

pelos participantes no discurso. Nos diferentes níveis de desenvolvimento pode-se comprovar por isso até que ponto se realizaram as condições do discurso racional. Torna-se, assim, possível criticar as regras que surgem neste processo de desenvolvimento e que determinam o raciocínio prático³⁸.

Diante dessas balizas devidamente materializadas pela motivação, a expectativa é de que os julgamentos primem por mais justiça, faculitem maior controle e expressem segurança jurídica.

4. Conclusão

A Lei 13.655/2018 atribuiu nova roupagem à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o franco propósito de remodelar o controle exercido sobre os atos de gestão pública. Nesse contexto, o referido diploma normativo, sob o pretexto de incrementar o grau de responsabilidade dos órgãos de controle e fiscalização dos atos do poder público, incorporou no sistema jurídico vigente o fenômeno do consequencialismo.

A redação legislativa empregada na formatação dos artigos 20 e 21 da LINDB é marcada por conceitos jurídicos indeterminados. Logo, o papel desempenhado pela interpretação, imprescindível para a análise de qualquer norma jurídica, assume contornos ainda mais importantes para a definição do sentido do consequencialismo agasalhado pelos novos mandamentos normativos sob exame.

Sob o paradigma pós-positivista vigente, a natureza dúplice do Direito, na perspectiva alexyana, explicita a ferramenta mais apropriada para interpretar as normas jurídicas, pois salvaguarda, ao mesmo tempo, os valores da justiça e da segurança jurídica.

38 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro São Paulo: Forense, 2017, p. 195 e 196.

ca. Naturalmente, o processo argumentativo deflagrado encampa caráter dual e se funda na complementaridade entre argumentos institucionais e substanciais.

A institucionalização do Direito implica a primazia dos elementos argumentativos institucionais sobre os substanciais. Porém, essa precedência ostenta perfil exclusivamente *prima facie*, dado o caráter suplementar *sui generis* do discurso prático geral sobre o jurídico.

Nesse cenário, incumbe à motivação desenvolver a racionalidade do equilíbrio argumentativo e, por conseguinte, garantir controlabilidade do sentido atribuído aos enunciados legais. A legitimidade das balizas interpretativas concebidas está subordinada às diretrizes supradelineadas, ensejando a necessidade, pois, de apreender o sentido dos enunciados normativos a partir de lentes eminentemente jurídicas.

O consequencialismo agasalhado nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro deve ostentar natureza jurídica e feições obrigatoriamente motivadas. Com efeito, por um lado, a formatação institucional dos referidos preceitos legais acarreta a vinculação do consequencialismo à máxima da proporcionalidade e, em menor escala, ao princípio da proteção à confiança; e, por outro, a materialização substancial dos mesmos comandos normativos entroniza a essência universal ínsita ao processo argumentativo.

Com tais considerações, ao contrário do que se poderia supor, os artigos 20 e 21 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018, não traduzem novidade substancial, já que retratam apenas a incorporação de valores já sedimentados no nosso ordenamento jurídico.

Contudo, o risco de distorção interpretativa em busca de uma falsa inovação é patente, seja em virtude da textura aberta com que foram editadas as sobreditas normas, seja em decorrência dos interesses metajurídicos envolvidos na aplicação de ambas.

Destarte, os rumos da jurisprudência estão sujeitos a um árduo trabalho de vigília em prol de uma argumentação jurídica racional e motivada.

5. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro São Paulo: Forense, 2017.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *A Discourse-Theoretical Conception of Pratical Reason*. In *Ratio Iuris*. Volume 5. n.º 3. December, 1992, p. 235.

_____. *Legal Argumentation as Rational Discourse*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, aprile/giugno. IV serie- LXX, p.165-178. 1993.

_____. *Conceito e validade do Direito*. Organização: Ernesto Garzo Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Problems os Discursive Rationality in Law*. In: W. MAIHOFER and G. SPRENGER (Eds.). *Law and the States in Modern Times*. Stuttgart: Steiner, p. 174-179, 1990.

_____. *Justicia como corrección*. Traducción del italiano *Gius-tizia come correttezza* por Ana InésHaquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original *Ge-rechtigkeitalsRichtigkeit*, publicado em *Ragion pratica*, 1997/9, p. 103-113, traducción de Bruno Celano.

_____. *Principais elementos da dupla natureza do Direito*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 9-30.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Revista brasileira de Direito Processual. V. 16. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. *Lei 13.655 de 25 de abril de 2018* (inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de set. de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público) Disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. *Lei Complementar 95 de 26 de fevereiro de 1998* (dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona). Disponível no sítio eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialista no Direito*. In Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, n.º 3. Constitucionalização dos Direitos no Brasil. 2015, p. 20.

DE LUCCA, Rodrigo Ramina. *O dever de motivação das decisões judiciais*: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. Salvador: Juspodvim, 2016.

KLATT, Matthias. *Legal Argumentation and the Rule of Law*, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing.

MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCOMICK, Neil. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

MOUSSALEN, Tárek Moysés. *Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in SOUZA, Priscila de. *Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual*. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15*. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. *Normas fundamentais* (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 411-450.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, 798. São Paulo. 2002, p. 23-50.

SUNDFELD, Carlos Ari. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TOLEDO, Cláudia. *O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito*. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Pretensão de correção e “razões transcendentais ao direito positivo” no pensamento de Robert Alexy*. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Organizadores).

TOVAR, Alejandro Nava. *Não positivismo e a pretensão de correção*. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. *Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy*. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

Artigo recebido em 14/9/2018

Artigo aprovado em 2/4/2019

DOI: 10.5935/1809-8487.20200004