

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ITALO VASCONCELOS SOUSA LIMA

**LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO:
O SENTIDO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADO DE OBSERVAR AS
CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DAS DECISÕES ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**

SÃO LEOPOLDO

2022

ITALO VASCONCELOS SOUSA LIMA

**LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO:
O sentido constitucionalmente adequado de observar as
consequências práticas decisões administrativa e judicial**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS)

Orientador: Prof. Dra. Clarissa Tassinari

São Leopoldo

2022

L732I Lima, Italo Vasconcelos Sousa.
Lei de introdução às normas do direito brasileiro: o sentido constitucionalmente adequado de observar as consequências práticas decisões administrativa e judicial / Italo Vasconcelos Sousa Lima. – 2022.
123 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2022.
“Orientadora: Profa. Dra. Clarissa Tassinari”

1. Consequencialismo. 2. Direito -- Integridade. 3. LINDB. 4. Resposta constitucionalmente adequado. I. Título.

CDU 34

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Silvana Dornelles Studzinski – CRB 10/2524)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO: O sentido constitucionalmente adequado de observar as consequências práticas das decisões administrativa e judicial”, elaborada pelo mestrando Italo Vasconcelos Sousa Lima, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 01 de setembro de 2022.



Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Ziel Ferreira Lopes _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Giancarlo Montagner Copelli _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente a todos os meus familiares que direta ou indiretamente, estiveram ao meu lado, me encorajando, e me dando os suportes necessários, em especial a minha mãe Maria Gorete, meu pai Itamar Júnior e minha irmã Ingrid Vasconcelos.

Agradeço a todos os professores, e todas as professoras, e aos colegas de turma, destacando o colega Marivaldo Júnior pela disponibilidade em me ouvir e compartilhar alguma ideia.

Agradeço ao professor Dr. Lênio Streck e ao professor Dr Ziel Ferreira Lopes pela participação na Banca de Qualificação, e pelas contribuições em um momento tão importante.

Agradeço a minha orientadora, professora Dra Clarissa Tassinari, pela sua disposição em me atender sempre que precisei, pelo apoio, pelos esclarecimentos e atenção durante todo esse período.

RESUMO

O presente trabalho analisa as alterações por que passou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Por meio da Lei nº 13.655/2018 foram inseridos 10 artigos no texto da LINDB, dentre os quais está o artigo 20, que é o foco do presente trabalho, determinando que nas decisões administrativa, judicial e controladora não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que se considere as consequências práticas da decisão. O referido artigo suscita uma série de questões, que vão desde um entendimento a respeito do que efetivamente significa considerar as consequências práticas, como elas devem ser consideradas e até que limite elas devem ser consideradas, bem como quais outros elementos devem estar presentes para que se possa efetivamente chegar a uma decisão correta. Para além da disposição trazida pela LINDB, a própria Constituição já estabelece o dever de fundamentação, que está presente no art. 93, IX. Dessa forma, objetivando desenvolver pontos que contribuam para um debate em torno das alterações positivadas na LINDB, o presente trabalho está dividido em três partes: no primeiro capítulo, buscou-se caracterizar o percurso da LINDB, desde a Lei de Introdução ao Código Civil até às alterações promovidas por meio da Lei nº 13.655 em seguida buscou-se analisar o consequencialismo presente no art. 20 da LINDB; o consequencialismo também foi analisado, sendo realizado um debate com a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. No segundo capítulo foi realizado a reconstrução de alguns pontos do “segundo debate” entre Richard Posner e Ronald Dworkin. O referido debate é importante por trazer pontos que auxiliam na compreensão quanto à análise das consequências nas decisões. Enquanto Posner possui uma visão a partir do pragmatismo, Dworkin realiza uma dura crítica ao pragmatismo, e, dentre outros pontos, defende o papel dos princípios na avaliação das consequências. Não que a análise das consequências seja algo do qual a decisão deva se afastar por completo, mas, como demonstrará Dworkin, os princípios são fundamentais para que as consequências não reflitam algo meramente pessoal. No terceiro capítulo buscou-se delimitar as bases para uma compreensão da resposta constitucionalmente adequada, construída por Streck. Da mesma forma, foi analisada a leitura do art. 20 da LINDB por meio da conjugação do art. 489, §1º do CPC, juntamente com o art. 93, IX da Constituição Federal, de modo

a possibilitar uma correta compreensão do consequencialismo nas decisões jurídicas.

Palavras-chave: LINDB; consequencialismo; direito como integridade; resposta constitucionalmente adequada.

ABSTRACT

The present work analyzes the changes that the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law - LINDB has undergone. Through Law No. 13.655/2018, 10 articles were inserted in the text of LINDB, among which is article 20, which is the focus of this work, determining that administrative, judicial and controlling decisions will not be decided based on values abstract legal frameworks without considering the practical consequences of the decision. This article raises a series of questions, ranging from an understanding of what it actually means to consider practical consequences, how they should be considered and to what extent they should be considered, as well as what other elements must be present in order for them to be considered. can actually reach a correct decision. In addition to the provision brought by LINDB, the Constitution itself already establishes the duty to state reasons, which is present in art. 93, IX. Thus, aiming to develop points that contribute to a debate around the positive changes in LINDB, the present work is divided into three parts: in the first chapter, we sought to characterize the path of LINDB, from the Law of Introduction to the Civil Code to the to the changes promoted through Law No. 13,655, then, we sought to analyze the consequentialism present in art. 20 from LINDB; consequentialism was also analyzed, and a debate was held with Ronald Dworkin's theory of right as integrity. In the second chapter, the reconstruction of some points of the "second debate" between Richard Posner and Ronald Dworkin was carried out. This debate is important because it brings points that help in understanding the analysis of consequences in decisions. While Posner has a view from pragmatism, Dworkin carries out a harsh critique of pragmatism, and, among other points, defends the role of principles in the assessment of consequences. Not that the analysis of consequences is something that the decision should completely depart from, but, as Dworkin will demonstrate, the principles are fundamental so that the consequences do not reflect something merely personal. The third chapter sought to delimit the bases for an understanding of the constitutionally adequate response, built by Streck. Likewise, the reading of art. 20 of LINDB through the conjugation of art. 489, §1 of the CPC, together with art. 93, IX of the Federal Constitution, in order to enable a correct understanding of consequentialism in legal decisions.

Key-words: LINDB; consequentialism; law as integrity; constitutionally adequate response.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O SURGIMENTO DA LINDB E SEUS IMPACTOS: DA LICC À LINDB.....	15
2.1 A lei para interpretar leis: as principais alterações promovidas pela LINDB e sua recepção pela doutrina brasileira	15
2.1.1 O artigo 20 da LINDB e o consequencialismo	19
2.2 LINDB e o dever de “observar as consequências práticas das decisões”: leituras teóricas possíveis	27
2.2.1 O Direito como conceito interpretativo e o dever de integridade.....	29
2.2.2 Consequencialismo e discricionariedade	35
3 A COMPREENSÃO DA LINDB À LUZ DO DEBATE DWORKIN POSNER	43
3.1 O estado da arte da discussão entre Ronald Dworkin E Richard Posner	43
3.1.1 A crítica de Dworkin ao pragmatismo	47
3.2 Consequencialismo e teoria integrativa do direito: alertas teóricos necessários	52
3.2.1. Os argumentos de Posner a favor do pragmatismo	53
3.2.1.1 <i>O pragmatismo cotidiano e as características do pragmatismo.....</i>	<i>56</i>
3.2.1.2 <i>Posner e a teoria moral.....</i>	<i>60</i>
3.2.2 Os argumentos de Dworkin em <i>A justiça de toga.....</i>	<i>61</i>
3.2.2.1 <i>Resposta correta e consequencialismo de princípios.....</i>	<i>68</i>
3.2.2.2 <i>A resposta correta e a responsabilidade moral.....</i>	<i>71</i>
3.3 Breves conclusões sobre o debate Posner vs Dworkin.....	73
4 A RECEPÇÃO DA LINDB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: QUAL O SIGNIFICADO DE “OBSERVAR AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS” NAS DECISÕES?	76
4.1 A LINDB à luz dos elementos paradigmáticos da Crítica Hermenêutica do Direito	77
4.1.1 LINDB e a relação (ontológica) entre texto e norma.....	79
4.1.2 LINDB e o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo	81
4.1.3 LINDB e o problema do positivismo jurídico	84
4.2 LINDB e a busca por respostas constitucionalmente adequadas no âmbito judicial	88
4.2.1 Cinco princípios, seis hipóteses e três perguntas fundamentais.....	93
4.2.2 Desdobramentos da proposta de Streck (por Georges Abboud)	97

4.3 LINDB e a busca por respostas constitucionalmente adequadas no âmbito administrativo	99
4.4 A LINDB compreendida a partir do artigo 93, IX da constituição e do artigo 489 do Código de Processo Civil: uma questão de coerência e integridade ..	108
5 CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	116

1 INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cuja designação original era Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (modificada com a Lei nº 12.376/2010), sofreu uma série de alterações com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018, acrescentando 10 artigos, dos artigos 20 a 30 (tendo sido vetado o art. 25). De acordo com a ementa, foram incluídos no decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Do que foi inserido pela Lei, o artigo 20 é o foco do presente trabalho. Seu conteúdo impacta a decisão jurídica nas diferentes esferas, pois determina que, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Ou seja, o artigo 20 coloca ênfase na apreciação das *consequências* da decisão. Ao mesmo tempo, pela sua abrangência, esse dispositivo reforça os objetivos da legislação em ser uma lei de introdução, isto é, que estabelece parâmetros gerais interpretativos ao direito.

A partir disso, há pelo menos duas questões conexas ao artigo 20: o que é (e como se alcança) segurança jurídica e o que é (e como deve ser alcançada) a eficiência. Ao mesmo tempo, relacionando o dever de observação das consequências com segurança jurídica e eficiência, é possível identificar o surgimento de outra preocupação, com o julgamento do caso concreto. Assim, pode-se afirmar que esse conjunto de elementos conduz a outra problemática central, relacionada à fundamentação das decisões, uma vez que, de acordo com o art. 93, IX da Constituição Federal, as decisões serão fundamentadas, sendo esse, inclusive, um dos pontos pelos quais Streck desenvolve sua proposta teórica, a Crítica Hermenêutica do Direito.

Portanto, a partir das discussões que a mais recente alteração na LINDB suscita, o tema da presente pesquisa está relacionado à análise do dever de observar as consequências práticas das decisões no âmbito administrativo e judicial à luz de uma interpretação constitucionalmente adequada da LINDB. O problema de pesquisa, por sua vez, corresponde ao seguinte questionamento: considerando que uma das recentes alterações trazidas pela LINDB consiste em determinar que sejam observadas as “consequências práticas” nas decisões jurídicas, qual o sentido

constitucionalmente adequado para a sua aplicação nos âmbitos administrativo e judicial? A hipótese de pesquisa explicita-se da seguinte forma: uma leitura constitucionalmente adequada da LINDB parte da concepção interpretativa do direito, da compreensão do direito como integridade e da defesa de sua autonomia, o que conduz a uma sensível distinção na aplicação das “consequências práticas” entre os âmbitos administrativo e judicial.

A justificativa para o desenvolvimento do presente trabalho encontra-se no fato de que o tema do consequencialismo ainda é muito presente na discussão jurídica, considerado como um fundamento teórico metodológico para uma correta decisão. Desse modo, na medida em que a LINDB ainda é compreendida como a lei que guia a interpretação das demais leis e que a Constituição possui um papel central no ordenamento jurídico brasileiro, o presente trabalho justifica-se pela análise da positivação do consequencialismo a partir da Lei 13.655/2018 (e sua recepção pelos juristas).

Com base nisso, o objetivo geral da pesquisa consiste em compreender quais os pressupostos teóricos que conduzem a uma leitura constitucionalmente adequada da LINDB no que diz respeito à observação das consequências práticas nos âmbitos administrativo e judicial. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica, orientada pelo método hermenêutico-fenomenológico, que possibilita uma reconstrução crítica-reflexiva da aplicação de teorias consequencialistas à decisão jurídica no Brasil.

Como objetivos específicos tem-se: 1. Problematizar o elo entre uma leitura constitucionalmente adequada da LINDB e pressupostos teóricos para a compreensão dos fenômenos jurídicos; 2. Explorar o significado do consequencialismo, à luz de pressupostos teóricos filosóficos e jurídicos, bem como as consequências de sua incorporação ao direito brasileiro; 3. Apresentar a leitura constitucionalmente adequada da LINDB, construída sob a lente teórica que possibilita a percepção da distinção existente entre os âmbitos administrativo e judicial quanto a “observar as consequências práticas” na tomada de decisão.

No primeiro capítulo, buscou-se identificar o contexto da LINDB, desde a Lei de Introdução ao Código Civil até a alteração por meio da Lei nº 13.655. O artigo 20 (e sua recepção pela doutrina) também foi analisado em tópico específico, a fim de verificar como foram compreendidas essas alterações. Nas obras que analisam as recentes alterações na LINDB podem ser encontradas associações tanto ao

consequencialismo como ao pragmatismo. Por exemplo, no prefácio ao livro *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*, Gustavo Binbenbojm diz que “A promulgação da Lei nº 13.655/2018 representou, de certa forma, a consolidação do *giro pragmático* que já vinha sendo praticado a algum tempo no Direito Administrativo brasileiro”.¹ Por outro lado, sob outra perspectiva teórica, também procurou-se demonstrar a importância da concepção do direito como um conceito interpretativo para o tratamento da matéria, o que foi extraído da obra de Dworkin.

No segundo capítulo, procurou-se reconstruir pontos da discussão teórica entre Posner e Dworkin. Em uma série de textos, Dworkin e Posner travam um debate a respeito de como devem ser tomadas as decisões judiciais. Enquanto Posner busca demonstrar que não deve ser dada tanta atenção à teoria e ao passado, e sim às consequências da decisão, Dworkin demonstra que as decisões devem ser tomadas com base em princípios e obedecendo a integridade e a coerência. Tudo isso impacta a forma de compreender o artigo 20.

Talvez um dos pontos que gere associação entre consequencialismo e pragmatismo seja a própria diversidade de pragmatismo, o que também será abordado no segundo capítulo. Como pode ser encontrado nos textos de Posner, existe um pragmatismo filosófico e um pragmatismo jurídico, que não guardam, necessariamente, relações entre si. Como será visto, Posner estabelece uma distinção entre o que chama de pragmatismo cotidiano e o consequencialismo, no entanto, a sua própria construção estabelece um vínculo com as consequências, ou, como o autor diz, com o que “funciona”.

Essa postura irá gerar críticas por Dworkin, que vai insistir no papel e na importância dos princípios, inclusive para que seja possível identificar o que seria aquilo que funciona, além de outro ponto importante, qual seja, a particularidade de no Direito existir uma preocupação não apenas com aquilo que funciona, com decisões que funcionam, mas também com a legitimidade das decisões. Dessa forma, ao invés do movimento antiteórico, Dworkin advoga a ideia de que a teoria é importante para que seja possível se chegar a respostas corretas, e não apenas a respostas que “funcionem”. Esse debate a respeito da teoria, como Dworkin também

¹ BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. **Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 1.

argumenta, acaba revelando certas contradições na argumentação de Posner, uma vez que ele mesmo faria uso da teoria.

A reconstrução desse debate será fundamental para se chegar ao argumento do terceiro capítulo. Nele, o que se buscou foi apresentar uma compreensão constitucionalmente adequada (como refere Streck) a respeito das consequências nas decisões. Para tanto, foram explorados elementos da Crítica Hermenêutica do Direito, partindo também da contribuição de Dworkin quanto à resposta correta. Da mesma forma, procurou-se demonstrar que uma visão correta da LINDB deve harmonizar as recentes alterações promovidas pela Lei 13.655/2018 com o art. 489, §1º do Código de Processo Civil e com o art. 93, IX, da Constituição Federal, na linha do que dispõe Abboud.

A própria compreensão do dever de fundamentação e do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada estão relacionados à proposta de Streck, sendo nessa linha que o presente trabalho se desenvolve. Considera-se também o contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, em que a decisão jurídica deve ser tomada. Outro ponto importante está relacionado à questão da discricionariedade, cuja também se mostra importante para que se obtenha uma resposta constitucionalmente adequada.

Ainda, no contexto do pós-positivismo ou não positivismo (Streck), a própria distinção entre texto e norma também se torna algo importante, uma vez que LINDB, sendo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já traria essa discussão por sua simples existência. Dessa forma, buscou-se também discutir a distinção entre texto e norma.

Em síntese, se o direito brasileiro irá conviver com uma legislação como o artigo 20, é preciso que seja construída uma leitura constitucionalmente adequada para sua aplicação. É o que se pretende demonstrar com a elaboração do presente trabalho.

2 O SURGIMENTO DA LINDB E SEUS IMPACTOS: DA LICC À LINDB

Neste primeiro momento, buscamos identificar o contexto de surgimento da LINDB, identificando suas posteriores alterações, até chegar na mudança provocada por meio da Lei nº 13.655/2018. Para tanto, o capítulo está dividido em duas partes, sendo que, na primeira, será feita revisão bibliográfica com a finalidade de demonstrar como a doutrina brasileira administrativista recebeu a promulgação dessa Lei, isto é, como ela foi compreendida no imaginário da dogmática jurídica mais tradicional. Na segunda parte, será colocado, teoricamente, os problemas que estão envolvidos na existência dessa Lei, utilizando como fundamento elementos filosóficos para a compreensão do fenômeno jurídico. Com isso, será possível demonstrar a existência de leituras teóricas divergentes (construídas a partir de diferentes pressupostos) que pairam em torno das mais recentes alterações promovidas pela LINDB.

2.1 A lei para interpretar leis: as principais alterações promovidas pela LINDB e sua recepção pela doutrina brasileira

Apesar de se chamar Lei Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB na verdade é um decreto, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, cuja ementa foi modificada pela Lei nº 12.376, mudando, portanto, de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Sua existência, no âmbito de um País que adota a *civil law* como tradição jurídica, produz impactos na doutrina brasileira, abrindo-se uma discussão bibliográfica sobre o significado e também sobre a importância dessa Lei.

Afinal, sua redação aponta para uma série de critérios interpretativos positivados, no sentido de que ela representa, em certa medida, uma escolha metodológica feita pelo legislador sobre o problema hermenêutico que envolve a aplicação do direito no Brasil. A questão fica sendo, portanto, como isso passou a ser visto e divulgado pelo que pode ser chamado de dogmática jurídica “tradicional”, o que se pretende investigar e demonstrar nesta primeira parte do capítulo, bem como quais as questões mais profundas – e, portanto, de viés paradigmático e filosófico – que estão envolvidas na criação de tal Lei.

Assim, por ter como objeto a interpretação e a aplicação de normas jurídicas, a LINDB teria “natureza de *metanorma*, isto é, norma sobre normas”, tendo como

objetivo “coordenar a incidência, a interpretação e a aplicação de normas jurídicas”². Nesse mesmo sentido, de acordo Nohara, a LINDB “é considerada uma lei que guia a interpretação das demais leis, orientando a aplicação do Direito”³. Com as alterações ocorridas em 2018, a LINDB passou a conter também regras que auxiliassem na interpretação do direito público.

Ramos e Gramstrup, por exemplo, apontam que a LINDB possui “normas de sobredireito”, dispondo “sobre outras normas constantes do Ordenamento Nacional”. Assim, a LINDB teria como propósito “propiciar a interpretação, a integração e a aplicação de outras leis no tempo e no espaço [...]”, referindo-se assim “àqueles que tenham a competência de aplicar outras leis, como ocorre com membros da Administração Pública, magistrados e árbitros”⁴.

Os autores se referem à LINDB de antes da alteração promovida por meio da Lei nº 13.655, referindo que nos seus então 19 artigos poderiam ser identificadas, ainda que não expressamente, duas seções, sendo a primeira referente às fontes do direito, à vigência da lei, à interpretação e integração dos textos legislativos e da presunção de conhecimento da lei por todos, e a segunda referente ao Direito Internacional Privado. Nesse contexto, a LINDB teria como objeto tanto a lei em sentido formal como os atos com força de lei, mas não regulamentos ou atos administrativos, e somente em alguns casos atos jurisdicionais.⁵

De acordo com Gomes, embora a designação inicial de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro traga a noção de que se vincula ao Direito privado, na verdade a Lei de Introdução se referiria “a toda ordenação jurídica estatal, e não só ao Direito Civil” uma vez que “constitui um a lei de introdução às leis: uma lei propedêutica, que coordena a incidência das demais.”. Dessa forma, não estaria presente a “clássica divisão entre Direito Público e Privado”, incidindo assim sobre “todos os ramos do conhecimento jurídico.”⁶. Para Nohara, a mudança da nomenclatura, de Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às

² GOMES, José Jairo. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**: LINDB. São Paulo: Atlas, 2012. p. 8-9.

³ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB**: lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018. p. 9.

⁴ RAMOS. André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 13.

⁵ RAMOS. André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 14-15.

⁶ GOMES, José Jairo. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**: LINDB. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9-10.

Normas do Direito Brasileiro, está relacionada à compreensão de que a “hermenêutica não poderia ser trabalhada no âmbito exclusivo do direito privado”, mas também à saída da hermenêutica dos Códigos para ser abordada a partir do topo normativo do ordenamento, ou seja, a Constituição⁷, embora, para além da modificação da nomenclatura da Lei, a autora, em face da importância dos princípios, considere que devesse ter sido alterada a forma como estes são tratados pelo art. 4º da LINDB⁸.

Interessante notar ainda o paradigma em que se insere a LINDB, anterior LICC, pois, como aponta Streck, a “LICC era fruto de um modelo de direito liberal-individualista [...] que resume o direito às relações privadas”, dessa forma, nesse contexto, “Lei de Introdução ao Código Civil” seria o mesmo que “lei de introdução ao (próprio) direito”.⁹

A Lei 13.655/2018, que implementou alterações na LINDB, teve início com o PLS 349, cuja iniciativa foi do senador Anastasia e de formulação associada aos professores Floriano Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld. De acordo com Nohara, o PLS 349 foi pouco discutido tanto com a comunidade científica em geral como com os órgãos de controle. Nesse sentido, mobilizaram-se a favor do veto integral ao projeto de lei: a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA); a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE); a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR); a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP); e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT)¹⁰.

De acordo com Justen Filho, a finalidade das alterações promovidas na LINDB seria o de reduzir a insegurança jurídica¹¹, mas também como forma de “contribuir para aprimorar a gestão pública nacional”, objetivando o enfrentamento

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: lei de introdução às normas do direito brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 18-20.

⁸ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 21

⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 165.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB: lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público**. Curitiba: Juruá, 2018. p.10-12.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2018, p. 15. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 14 fev. 2022.

do *gargalo jurídico*¹², como também aponta Jordão. Ela pode ser entendida, ainda, de acordo com Vitorelli, como “a mais profunda restrição à discricionariedade administrativa já editada no Brasil”¹³. Assim, por exemplo, o art. 22 da LINDB seria um “pedido de empatia” para com o administrador público, na medida em que o controlador teria que considerar as dificuldades que são enfrentadas pelo gestor público¹⁴.

De acordo com Marques Neto, as alterações na LINDB “[...] representam a positivação de um longo acúmulo de reflexões da doutrina sobre as novas conformidades da hermenêutica em geral e do direito público brasileiro em especial”, tendo em vista a insuficiência das “chaves interpretativas” da LINDB original em relação ao direito contemporâneo e à sua aplicação. Isso porque, primeiramente, o direito que se aplica hoje é mais amplo, múltiplo e diversificado, e uma segunda “complexidade”, que decorreria da anterior, e está relacionada criação do Direito por parte do intérprete. E se na época do Decreto-Lei nº4.657/42 a interpretação do direito com força vinculante era realizada pelo Judiciário, hoje várias são as esferas a aplicar o Direito¹⁵.

Estando situado, em caráter geral, a forma como foi recepcionada a LICC e sua *transformação* para LINDB no direito brasileiro, existe um ponto que, especificamente, merece maior atenção, pois é dele que se projeta as reflexões centrais que almejam produzir este trabalho. Trata-se do atual artigo 20, que será tratado na sequência, com destaque (em tópico próprio).

¹² JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2018, p. 65. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹³ VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, 2020, p. 82. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁴ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2018, p. 70. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 2018, p. 95-97. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77651. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651>. Acesso em: 16 mar. 2022.

2.1.1 O artigo 20 da LINDB e o consequencialismo

O artigo 20 da LINDB, inexistente no texto original – tendo sido, portanto, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018 –, possui a seguinte redação:

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

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O que a existência desse dispositivo significou para a dogmática jurídica brasileira? Quais as leituras que foram produzidas sobre como compreender o dever de observar as “consequências práticas da decisão”? É isso que será tratado na sequência, buscando identificar perspectivas teóricas manejadas no tratamento da matéria, tanto no âmbito da doutrina considerada mais tradicional, quanto no que diz respeito a posicionamentos mais críticos.

Marques Neto e Freitas apontam que a *ratio* do art. 20 da LINDB é “a de interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir [...]”¹⁶. Ainda, de acordo com os autores, há mais do que uma “deferência ao consequencialismo” nesse dispositivo, mas também um reforço ao dever de motivar:

Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospectar os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências.¹⁷

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova Lindb e o consequencialismo como mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%A4micas%20imparcialis%20e%20emp%C3%ADricas>. Acesso em: 22 mar. 2022.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova Lindb e o consequencialismo como mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3>

O problema que pode estar envolvido num posicionamento como o apontado acima são os limites hermenêuticos que autorizam considerar as consequências práticas como fundamento da decisão em detrimento da aplicação de uma orientação normativa democraticamente produzida. Ainda que esse tipo de reflexão seja objeto de outra parte desta pesquisa, é importante fazer esse registro. Um aspecto interessante na alteração da LINDB está em que, de acordo com Motta e Nohara, as alterações promovidas na LINDB decorrem em grande parte das “dores” dos gestores, em vista da atuação de órgão de controle, que acabava dificultando a atuação de autoridades.¹⁸ Assim, a LINDB teria, dentre outros, um foco no consequencialismo, ou seja:

[...] procura, então, focar no consequencialismo e orientar a interpretação também a dar uma maior ênfase à ponderação dos fatos, a partir do primado da realidade, orientando o controle a desenvolver uma certa alteridade e respeito para com as circunstâncias e dificuldades da vida enfrentada pelo gestor. Ademais, determina-se que as invalidações mensurem seus impactos e criem medidas compensatórias e aptas a eventualmente absorver os impactos de uma decisão que possa provocar ônus e perdas anormais ou excessivos [...]¹⁹

Mais uma vez, aqui, o apelo à “ponderação de fatos” ou “ao primado da realidade” parecem ganhar destaque na forma como o art. 20 é recepcionado pela dogmática jurídica. E, de igual modo, é possível visualizar problemas, que, a princípio, parecem estar associados ao consequencialismo. Os autores apontam, ainda, que isso não seria suficiente para resolução dos problemas relativos à previsibilidade e à aplicação do direito público, sendo necessária atenção em relação a outros pontos, como “a falta de isonomia em relação à aplicação dos critérios jurídicos, a alteração constante de interpretações legais e até de leis”, bem como o “panprincipiologismo”²⁰. Nesse sentido, é possível, portanto, concordar com os autores quanto à necessidade de discussão de demais pontos para a resolução

[%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%AAs%20imparciais%20e%20emp%C3%ADricas](#). Acesso em: 22 mar. 2022.

¹⁸ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23.

¹⁹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 24.

²⁰ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 27.

de questões envolvendo o direito público, inclusive com relação ao panprincipiologismo, como será discutido mais à frente.

Dentro da análise da doutrina, as alterações na LINDB são vistas tanto como algo positivo, ao tentar estabelecer critérios de segurança jurídica, mas também como uma mudança que, paradoxalmente, utilizou de expressões que podem até mesmo dificultar a segurança jurídica ou aumentar a insegurança jurídica. Para Diniz, por exemplo, dentre os objetivos da inserção dos arts. 20 a 30 na LINDB estariam o aprimoramento da “[...] qualidade decisória dos órgãos administrativos, de controle ou judicial no nível federal, estadual ou municipal, ao concretizar a motivação decisória e ao definir balizas à interpretação e a aplicação de normas sobre gestão pública”²¹.

Para a autora, o art. 20 traria a possibilidade do subjetivismo, uma vez que, na análise do caso, a autoridade avaliaria “[...] a consequência prática a seu modo, com base em sua mundividência, ou em sua ideia de valor social, moral ou ético ou, ainda, no condicionamento social de suas ideias”.²² Assim, para Diniz, a insegurança jurídica não será solucionada pela inserção dos arts. 20 a 30 na LINDB. Para a autora, a falta de segurança jurídica decorreria das “cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo e extensão incertos [...]”. Assim, os referidos artigos deveriam conter termos mais específicos, claros e objetivos.²³

É possível perceber, no posicionamento de Diniz, que, ainda que exista uma preocupação com o subjetivismo que pode estar *escondido* pelo comando de “observar as consequências práticas da decisão”, seu posicionamento reduz a

²¹ Dentre os demais objetivos elencados pela autora estão: “b) estabelecer um regime para que as negociações entre autoridades públicas e particulares contenham transparência, e eficiência, por permitir o diálogo. Deveras, há participação do cidadão na decisão da Administração Pública, pois: a edição de atos normativos com exceção dos de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação dos interessados; a celebração de compromisso processual é admitida legalmente para afastar irregularidades e solucionar divergência; a previsão de regime jurídico de transição será indispensável em caso de nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado e c) admitir a responsabilidade subjetiva do agente público que atuar dolosamente ou cometer erro grosseiro.” DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. Vitória, v. 19, n. 2, maio/ago. 2018, p. 306. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594>. Acesso em: 22 mar. 2022.

²² DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. Vitória, v. 19, n. 2, maio/ago. 2018, p. 307. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revista_argumentum/article/view/594. Acesso em: 22 mar. 2022.

²³ DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. Vitória, v. 19, n. 2, maio/ago, p. 315-316. 2018. Disponível em: http://ojs.unimar.br/index.php/revista_argumentum/article/view/594. Acesso em: 22 mar. 2022.

hermenêutica a um problema de mera técnica redacional, como se um melhor texto – menos vago, com menos cláusulas gerais – fosse capaz de, por si só, garantir o afastamento da subjetividade. Na verdade, com Diniz, a dimensão de objetividade hermenêutica é afastada.

Nesse contexto, entre os motivos para alteração da LINDB quanto à interpretação do direito público estão, para Nohara, o fato de que nem sempre a autoridade administrativa observa o consequencialismo, sendo que, por outro lado, existe a necessidade de previsibilidade. A autora aponta, ainda, o impacto que as decisões do Poder Judiciário podem ter quanto à determinada política pública²⁴.

Também tratando da inovação incorporada por meio da LINDB, mas relacionando a sua aplicação ao controle de políticas públicas, Brum traz um importante posicionamento, quanto a abordagem das “consequências práticas” das decisões, sendo necessário discutir como ‘traduzir a mecânica da política e de seus desejáveis resultados em questão de princípio constitucional’. Assim, o autor aponta que “O consequencialismo com que o magistrado irá trabalhar terá de ser necessariamente jurídico – e não meramente moral ou econômico. (grifo do autor).²⁵

Bitencourt e Leal apontam que, a depender do sentido em que for implementado (o consequencialismo), se no “sentido forte ou fraco”, isso pode acabar aumentando a possibilidade de discricionariedade e a arbitrariedade²⁶. Ainda, com os autores, é possível identificar um outro ponto, que também é pertinente, e que diz respeito à real inovação da LINDB quanto à consideração das consequências como fator que proporcionaria maior segurança jurídica. Isso porque, dizer que de fato houve uma inovação quanto a esse ponto, significaria dizer que antes seria possível decidir “com base em algo imaginário, fora da realidade”²⁷.

²⁴ NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB**: lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018. p. 26-27.

²⁵ BRUM, Guilherme Valle. Políticas públicas, princípios e consequencialismo: notas sobre o artigo 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 146-147

²⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/2018: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 95.

²⁷ BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/2018: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 116

Parece, aqui, que os autores estão afirmando que não é novidade que as consequências da decisão venham sendo consideradas antes mesmo do art. 20 e que, portanto, não haveria necessariamente uma melhora na segurança jurídica pelo fato de, com a LINDB, passar a existir uma autorização legislativa para que essa consideração ocorra. Aqui encontra-se presente o problema hermenêutico nesse tipo de reflexão, pois a questão primordial em termos de fundamentação é *como* isso é feito.

Por sua vez, para Mendonça, o consequencialismo incorporado ao Direito Público brasileiro por meio das alterações na LINDB pode ser considerado como uma reação à *cultura do hipercontrole público*, sendo que os aspectos que o autor usa para identificar essa *cultura do hipercontrole* são os seguintes: (i) *vagueza*; (ii) *opinião*; (iii) *performance*; (iv) *disputa*; e (v) *incremento*. O consequencialismo positivado na LINDB seria uma forma de se contrapor a esse hipercontrole e suas características²⁸.

Nesse contexto, o artigo 20 da LINDB “procurou reforçar o consequencialismo e a previsibilidade na interpretação”, como apontam Motta e Nohara. Assim, por conta de as decisões nem sempre levarem em conta os impactos negativos das suas consequências, procurou-se que as diferentes esferas “examinem as alternativas, as opções e os impactos das decisões”. Mas, por outro lado, a própria previsão de que as decisões não se baseiem em valores jurídicos abstratos já traria uma problemática, no sentido de que “a decisão será sempre concreta”.

Dessa forma, apontam os autores, “sempre que se decide com base em um valor, a aplicação interpretativa se dá sobre o valor concreto e não há aplicação de valor abstrato, ainda que não se motive a decisão de forma concretizada”.²⁹ Um modo, portanto, de compreender o artigo 20 seria:

[...] considerar que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a justificativa da decisão não pode ser genérica e que desconsidere consequências concretas, que devem ser ponderadas,

²⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 45-46, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77649. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 28-29.

para que produza uma decisão mais equilibrada e ajustada, sendo considerados os efeitos que ela irá produzir.³⁰

Um ponto importante é a forma como as consequências devem ser vistas. Embora as consequências devam ser analisadas, Nohara e Mattos ressaltam que deve ser afastada a interpretação que considere os “argumentos de índole pragmático-consequencial” como mais importantes que os “argumentos ético-valorativos”. Isso porque há também as peculiaridades de cada caso. De forma que a análise das “consequências práticas da decisão”, ainda que seja algo relevante, “não é suficiente para dar conta da resolução de todas as situações jurídicas”.³¹ Nesse tipo de posicionamento, o problema parece ser a compreensão do significado do consequencialismo e a inclusão de “argumentos ético-valorativos” como uma espécie de aperfeiçoamento para sua *boa* aplicação.

Ao lado do consequencialismo, é possível encontrar também a questão do pragmatismo a partir da LINDB. Para Oliveira, o pragmatismo jurídico tanto pode como deve ser utilizado na interpretação do nosso ordenamento jurídico. Para o autor, o pragmatismo se ajustaria ao ordenamento jurídico pelo pluralismo da sociedade brasileira, uma vez que, dada a diversidade de interesses protegidos pela Constituição, não seria possível a “existência de preferências normativas absolutas”. Dessa forma, devido às características do pragmatismo, este se amoldaria a “ordenamentos jurídicos plurais e democráticos”. O pragmatismo então teria destaque a partir da Lei 13. 655/2018.³²

Conforme Didier e Oliveira, do artigo 20 da LINDB podem ser observadas *duas normas*, sendo a primeira “um postulado hermenêutico” e a outra “uma regra de densificação do dever de motivar as decisões”. De acordo com o postulado hermenêutico, o órgão julgador “deve considerar as *consequências práticas* da decisão a ser tomada”. A consideração das consequências práticas ocorreria nos casos em que a decisão se baseie em “valores jurídicos abstratos”.

³⁰ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 31.

³¹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 31-32.

³² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 139-140, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/182875>. Acesso em: 14 fev. 2022.

No entanto, para os autores, pelo fato de as decisões não se darem por meio de valores, mas por normas, a expressão seria “dogmaticamente sem sentido”, devendo ser entendida como referência a *princípios normativos menos densificados*, que seriam “aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um enunciado unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto”³³. Já no parágrafo único do art. 20 encontra-se o dever de motivação. Assim, além de exigir a consideração das consequências práticas, há também a exigência para que seja explicitado o caminho que se percorreu para se chegar a tais consequências³⁴. Como se pode perceber, os autores reduzem o comando normativo de observar as consequências práticas da decisão à fundamentação em valores jurídicos abstratos, o que tornaria isso um problema, em termos de teoria da decisão.

Ainda com relação às considerações quanto ao consequencialismo, Viaro³⁵ identifica três linhas argumentativas com base nas objeções que são feitas, três pontos relativos à decisão judicial, Estado Democrático de Direito e separação de poderes e três maneiras como o consequencialismo pode aparecer como vantagem argumentativa. A primeira lembraria o embate com a deontologia, de modo que a busca pela utilidade ou maximização utilidade ou da eficiência do direito que contrariem noções elementares de justiça; a segunda está relacionada à apreensão de comportamento e consequências e dificuldades na avaliação de resultados; a terceira é relacionada à autonomia do direito e com o aumento do arbítrio.

Com relação ao segundo grupo, o primeiro ponto estaria relacionado à questão da legitimidade. Assim, se os argumentos consequencialista se parecem com argumentos de políticas, e os juízes não são eleitos e sua função é distinta da dos legisladores, os juízes não deveriam se inserir nessa discussão; o segundo se relacionaria à capacidade institucional, relativa às limitações do Judiciário; o terceiro

³³ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 145-146, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068/799>. DOI: <https://doi.org/10.21056/aec.v20i75>. Acesso em: 29 jul. 2022.

³⁴ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 151, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068/799>. DOI: <https://doi.org/10.21056/aec.v20i75>. Acesso em: 29 jul. 2022.

³⁵ VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (org.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 78-79.

seria o risco da perda de isenção, ou politização, e conseqüentemente o ativismo judicial. Por fim, o terceiro grupo se refere às classificações feitas por Schuartz, o consequencialismo festivo, o militante e o malandro.³⁶

De acordo com Schuartz, uma das principais características do consequencialismo festivo “[...] é o desdém – e um certo desprezo – com relação ao modo convencional de solução de problemas jurídicos praticado profissional e usualmente por juristas e juízes e treinado nas faculdades de direito”. Assim, “[...] o consequencialismo festivo advoga uma ampla desdiferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas, comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”.

Já no caso do consequencialismo militante, à diferença do festivo, há um maior alinhamento à tradição, buscando uma fundamentação dos posicionamentos em normas, em “formas canônicas de interpretação do direito”. Por sua vez, no consequencialismo malandro, diferente do que acontece nos demais tipos de consequencialismo, “[...] a malandragem é uma estratégia argumentativa que se implementa necessariamente através da dogmática jurídica, mais especificamente, para a desconstrução e a reconfiguração dos elementos da argumentação na forma”. Assim, de acordo com o autor:

É quando o direito positivo, tal como interpretado e aplicado, não oferece caminho para a justificação de uma determinada decisão judicial, que entra em cena o consequencialismo malandro, abrindo passagem para a decisão pretendida por intermédio da construção de conceitos e distinções que conduzam à referida decisão e a façam aparecer como desde sempre juridicamente admissível e adequada ao caso concreto³⁷.

A síntese desta primeira parte do capítulo demonstra a existência de uma pluralidade de posicionamentos, que, em última análise, também representam expectativas teóricas de aplicação do artigo 20 da LINDB. Tendo sido elaborado essa espécie de panorama sobre a matéria, o próximo tópico irá centralizar a discussão que será desenvolvida na sequência a partir de pressupostos teóricos distintos.

³⁶ VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (org.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 78-81.

³⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 152-156, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

2.2 LINDB e o dever de “observar as consequências práticas das decisões”: leituras teóricas possíveis

Visto a forma como a doutrina aborda as alterações ocorridas na LINDB, é possível encontrar autores que compreendem como algo positivo, mas também autores que a consideram como uma alteração insuficiente, havendo inclusive a possibilidade de se provocar outros problemas. De tudo, parece existir um ponto comum: todos os autores, em alguma medida, mencionam o consequencialismo. Assim, a partir da inserção deste art. 20, coloca-se uma discussão: de um lado, cria-se o espaço para o que vem sendo chamado de consequencialismo jurídico; de outro, há a preocupação com os fundamentos da decisão judicial. E isso, muitas vezes, pode implicar caminhos distintos, porque envolve, também, projetos teóricos diferentes. É o que se pretende demonstrar neste momento.

Schultz, em artigo dedicado ao tema do consequencialismo jurídico, traz uma identificação do consequencialismo jurídico de uma maneira ampla, ou seja, como sendo 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 à mesma e às suas alternativas”. Para Schultz, além de um consequencialismo em sentido “forte”, segundo o qual uma decisão somente pode ser considerada correta se não houver outra decisão que a supere em termos de consequências preferíveis, haveria também um consequencialismo em sentido “fraco”, que defende que as consequências constituiriam a fundamentação das decisões, mas tendo um “peso *no máximo* igual ao peso conferido a argumentos não consequencialista”.³⁸

Essa compreensão “ampliada” do consequencialismo jurídico seria importante, de acordo do Schultz, por duas razões, ou seja, por permitir reler “um universo [...] bastante significativo de opiniões de juristas e decisões de juízes como expressões de posições consequencialista diferenciadas”, como também submeter

³⁸ SCHULTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-131, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

esse “universo de opiniões e decisões a um *conjunto comum de condições universais de racionalidade*.”³⁹

Um ponto importante na análise do consequencialismo jurídico é que, de acordo com Schuartz, haveria a possibilidade de uma prestação de contas por parte do decisor quanto à escolha de determinada alternativa, com base nas consequências por ela produzidas⁴⁰. Outro ponto importante observado pelo autor está relacionado à própria inviabilidade de se excluir a análise das consequências nas decisões judiciais, uma vez que as decisões efetivamente *têm* consequências.⁴¹

De maneira diferente do que percebido parte da doutrina, Scaff, analisando o artigo 20 da LINDB, identifica que, embora em um primeiro momento pareça ter sido introduzido o *consequencialismo jurídico*, o que haveria seria o “dever de *motivação da decisão*”. Assim, para Scaff, “O texto do artigo 20 não contém nenhuma obrigação de decidir de forma *consequencialista* [...]”, havendo sim a “obrigação de motivar e justificar o ato administrativo praticado, na linha do art. 93, IX da CF e o art.11 do NCPC [...]”.⁴²

³⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 131, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁴⁰ Como aponta Schuartz: “Em particular, ao selecionar ou pretender fundamentar uma certa decisão a partir da análise das consequências produzidas por ela e pelas suas alternativas, o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos (extrajurídicos) de adequação. Isto porque qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência; e tal especificação (e possivelmente, por extensão, também a decisão que nela se baseia) será objetivamente inadequada se puder ser mostrado que as consequências associadas às decisões em questão são diversas daquelas imaginadas pelo decisor. Em qualquer hipótese, é do decisor o dever argumentativo no sentido da validação erga omnes dos juízos de fato que relacionam causalmente decisões e consequências.” SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 131, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁴¹ “Apesar dessa implicação problemática do consequencialismo jurídico, a renúncia à correspondente atitude é normativamente questionável e praticamente inviável. Por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, as decisões judiciais têm consequências, reconhecidamente. Exigir dos juízes que se abstenham, na justificação das suas decisões, de considerar as consequências associadas às mesmas e às suas alternativas, significa reservar exclusivamente aos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo essa possibilidade.” SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 141, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

⁴² SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? notas sobre alteração na LINDB. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 9, p. 20, nov./maio, 2018. Disponível em: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/31/29>. Acesso em: 17 out. 2022, p. 20

O posicionamento desses dois autores ilustra um cenário. A partir de suas perspectivas de abordagem do artigo 20, é possível compreender o seguinte: ao lado de uma leitura à luz do consequencialismo – que dá origem ao que a doutrina denominou de um consequencialismo jurídico –, surge também outra linha de compreensão do artigo 20. Trata-se de outra vertente paradigmática. E essa segunda leitura está associada à inserção da LINDB no contexto constitucional, trazendo importantes avanços para os fundamentos da decisão judicial, uma vez que o dever de fundamentação está constitucionalmente previsto na Constituição brasileira (art. 93, IX, CF).

2.2.1 O Direito como conceito interpretativo e o dever de integridade

A partir do que foi apresentado acima, torna-se importante justificar como a LINDB se conecta ao direito constitucional. A questão aponta, portanto, para os elementos (e/ou concepções) que justificariam filosoficamente essas aproximações, isto é, quais os paradigmas que dão sustento a uma leitura da LINDB à luz dos arts. 93, IX da Constituição. E é nesse sentido que se tornam importantes o conceito interpretativo de Direito e a ideia de integridade, elementos extraídos da teoria de Ronald Dworkin. Afinal, neste trabalho, eles são elevados como elementos para uma adequada compreensão do artigo 20 da LINDB.

Quanto à questão relativa ao direito como conceito interpretativo e ao direito como integridade, de acordo com Lopes⁴³, a teoria de Dworkin poderia ser dividida em “dois níveis”, sendo eles o “interpretativismo” e o outro o “integracionismo”, ou seja:

O primeiro nível, ao qual associo o termo interpretativismo, diz respeito às condições de racionalidade sob as quais se devem elaborar as teorias do direito. O segundo nível, ao qual associo o termo integracionismo (ou direito como integridade), é a teoria do direito proposta por Dworkin para sua comunidade. O interpretativismo visa a substituir sua rival, a visão do direito como simples questão de fato, que estaria fundamentalmente equivocada sobre a estrutura do direito. Já o integracionismo não reivindica uma superioridade categórica às suas rivais, o convencionalismo e o pragmatismo. Trava com elas uma disputa interpretativa, sobre qual

⁴³ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 437.

delas mais se ajusta e justifica à prática jurídica de uma comunidade.⁴⁴

Assim, embora tais visões sejam distintas, haveria entre elas uma “relação de circularidade”, mas que não é viciosa, de modo que, como aponta o autor, o “integracionismo não é apresentado como uma consequência lógica do interpretativismo”.⁴⁵

Para Santos Pérez, na construção da teoria do direito de Dworkin, o direito como integridade, podem ser distinguidas duas grandes etapas, estando a primeira presente no livro *Taking Rights Seriously*, onde Dworkin ataca algumas das teses centrais do positivismo, e a segunda com *Law's Empire*, onde Dworkin passa a construir uma teoria jurídica alternativa⁴⁶. O conceito de direito é abordado por Dworkin como um “conceito interpretativo” e não um conceito semântico⁴⁷

Portanto a ênfase que Dworkin dá à interpretação, pois, como aponta Macedo Júnior, o que faz uma interpretação ser melhor é existir em seu o apoio uma melhor *justificação* ou argumentação racional, cujo critério para ser identificada, e, por sua vez, o critério quanto para uma justificação melhor seria também interpretativo. Dessa forma, “O critério e a própria defesa do interpretativismo são, eles mesmos, interpretativos.”⁴⁸

De acordo com Motta, o conceito de Dworkin relativo à integridade não se refere apenas à decisão judicial. Nas palavras do autor:

[...] o conceito dworkiniano de *integridade*, apesar de ter como alvo principal a decisão judicial, a esta não se limita. Na verdade, o

⁴⁴ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 437.

⁴⁵ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 437-438.

⁴⁶ SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 26, p. 350-351, nov. 2003. DOI:<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.17>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-una-filosofia-para-erizos-una-aproximacion-al-pensamiento-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁴⁷ SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 26, p. 352, nov. 2003. DOI:<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.17>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-una-filosofia-para-erizos-una-aproximacion-al-pensamiento-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 24 jul. 2022.

⁴⁸ MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: MACEDO JÚNIOR. Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 217-218.

estatuto da integridade tem por objetivo o aprimoramento do conceito de *legalidade* [...] Somente então é que se transita para a discussão a respeito da decisão judicial. Há, portanto, uma ligação a investigar, entre a concepção de ‘Direito como integridade’ e o conceito de *legalidade*. (grifo do autor).⁴⁹

Assim, o que se pode compreender da relação entre a legalidade e a integridade é que a legalidade deve ser entendida “no âmbito de uma teoria do direito em que a *integridade política* forme um *campo gravitacional* ao seu redor”. Dessa forma, a legalidade está ligada à integridade enquanto forma de “preservar a *igualdade substancial* perante a lei”⁵⁰.

Na obra *Uma Questão de Princípio*, Dworkin inicia o capítulo *De que forma o direito se assemelha à literatura* indicando que direito é um “exercício de interpretação” de “modo geral”, e que, embora o direito seja “profunda e inteiramente político”, isso não está relacionado a uma “política pessoal ou partidária”⁵¹.

Para Dworkin, a grande questão do Direito está relacionada ao sentido das proposições jurídicas, ou seja, o que é o Direito com relação a uma certa questão”. Assim, enquanto para os positivistas as proposições jurídicas seriam “inteiramente descritivas” – o que, de acordo com o autor, até poderia funcionar em casos mais simples, mas não nos casos difíceis –, outras posições entenderiam que, em casos controvertidos, as proposições seriam “expressões do que o falante quer que o Direito seja”. Já para outras, esses enunciados seriam “tentativas de descrever algum Direito objetivo puro ou natural, que existe em virtude da verdade moral objetiva, não da decisão histórica”⁵².

De acordo com Dworkin, essas alternativas distinguem a valoração da descrição, sendo a melhor alternativa quanto às proposições jurídicas seria entendê-las como “interpretativas da prática jurídica”, levando em consideração tanto a valoração como a descrição⁵³. Assim, Dworkin propõe uma forma por meio da qual a comparação entre a interpretação jurídica e a literária possa beneficiar os juristas, que está relacionada ao modo de interpretar o “significado de uma obra como um

⁴⁹ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 221.

⁵⁰ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o novo código de processo civil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 224.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 217.

⁵² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 217-219.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 219.

todo”⁵⁴. Dessa forma, Dworkin sugere a “hipótese estética”, de acordo com a qual “[...] a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte”.⁵⁵ Importante notar que para Dworkin há uma diferença entre “explicar” uma determinada obra de arte de “transformar” essa obra de arte em outra.⁵⁶

Dworkin também aponta que a interpretação da prática jurídica deve tanto “ajustar-se a essa prática” como “demonstrar sua finalidade ou valor”. Porém, essa finalidade é diferente daquela presente na literatura, isso porque, como aponta o autor, considerando que o Direito tenha uma finalidade, essa seria “coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação de dessas alternativas”.⁵⁷ Da mesma forma, retomando o paralelo feito com a literatura, o autor aponta que “O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor”.⁵⁸

De acordo com Motta⁵⁹, na obra *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*, o “eixo central” da teoria de Dworkin não seria a metáfora relativa a “Hércules”, a “resposta correta”, ou a “leitura moral” da Constituição; seria, sim, o direito como integridade. Como aponta o autor, “[...] é a ideia de *integridade do Direito*, ou do Direito compreendido ‘como’ integridade, o ponto que enlaça e confere maior densidade a essas noções todas [...]”.

O direito como integridade [...] supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 221.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 222.

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 223.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 239. Nesse sentido, ressaltando que ao mesmo tempo que Dworkin realiza uma aproximação entre direito e literatura, também há diferenciação entre ambos, aponta Ommati “Importante deixar claro que o Direito se assemelha à Literatura, mas que não é Literatura. Afinal, se na Literatura a interpretação deve se guiar pelo melhor que a obra pode ser em termos estéticos, no Direito, a hipótese estética se converte em hipótese política, ou seja, deve-se buscar o fundamento político do Direito, que, para Dworkin, é a busca da realização de uma comunidade fraterna, ou seja, formada por pessoas que se veem como livres e iguais”. OMMATI, José Emílio Medauar. A verdade no direito: reflexões a partir da tese da única resposta correta de Ronald Dworkin. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 357.

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 240.

⁵⁹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

[...]”⁶⁰. De forma similar, Pedron e Ommati⁶¹ apontam que Dworkin se contrapõem à ideia de que o “resultado do processo é fruto de uma loteria aleatória”, de forma que a teoria da integridade de Dworkin busca responder questões do tipo:

[...] como uma decisão pode ser correta ao não tratar um caso como ‘mais um da série’, ao mesmo tempo em que a decisão possa se justificar, interna e externamente ao processo como a única resposta correta para resolver aquele caso, sendo também conforme o edifício jurídico.⁶²

No capítulo VI de *O império do Direito*, denominado *Integridade*, Dworkin afirma que a integridade política está relacionada tanto a um “princípio legislativo” como a um “princípio jurisdicional”, sendo que o princípio legislativo “faz parte de nossa prática política a tal ponto que nenhuma interpretação competente dessa prática pode ignorá-lo”.⁶³. Ambos Os princípios serão importantes também, como demonstrado em tópico mais à frente, na contraposição que Dworkin irá realizar ao pragmatismo. Importante notar também que, para Dworkin, a integridade é “ideal independente” em relação à justiça e à equidade, de modo que, em casos de conflitos entre esses dois, em algumas situações, a equidade ou a justiça seriam “sacrificadas à integridade”⁶⁴.

Para Dworkin, “para defender o princípio legislativo da integridade, devemos defender o estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral”⁶⁵, e que para tanto a integridade deve estar relacionada à *fraternidade*, ou comunidade⁶⁶.

Assim, a “legitimidade política” está relacionada com a “fraternidade, a comunidade e de suas obrigações concomitantes”⁶⁷. Em seguida, Dworkin passa a analisar formas de comunidades que correspondem a modelos de “associação

⁶⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 103.

⁶¹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 64.

⁶² PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea**: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 64.

⁶³ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

⁶⁴ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 215.

⁶⁵ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 227.

⁶⁶ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 228.

⁶⁷ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 249-250.

política”, sendo o primeiro deles o modelo “de *fato*”, o segundo o “modelo das regras”, e o terceiro o “modelo do princípio”⁶⁸. Esse modelo, de acordo com Dworkin:

Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possível⁶⁹

Nesse contexto, Dworkin afirma que “Uma comunidade de princípios aceita a integridade”, e dessa forma a comunidade de princípios “pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral [...] em nome da fraternidade”.⁷⁰

Por tudo isso, como aponta Streck, tanto a coerência como a integridade estão relacionadas com a igualdade. Assim, enquanto a coerência “liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si”, a integridade seria “a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância”. Por isso, ambas estão relacionadas à “concretização da igualdade”.⁷¹

Mas é importante notar que Dworkin faz um questionamento referente à ligação entre integridade e coerência. Nesse sentido, Dworkin questiona se integridade seria apenas coerência, porém com um nome mais grandioso. Para tanto, segundo o autor, é necessário compreender o que é coerência e o que são casos semelhantes. Assim, se coerência for entendida como “repetição de decisões anteriores”, então integridade não seria o mesmo que coerência. Integridade está relacionada a um “sistema único e coerente”, de modo que “[u]ma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das

⁶⁸ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 252-254.

⁶⁹ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 254.

⁷⁰ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 258.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 34.

decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”.⁷².

No capítulo VII de *O Império do Direito*, denominado *Integridade no direito*, Dworkin afirma que, de acordo com o direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁷³ Assim, para Dworkin, ao contrário de outras posturas, como o convencionalismo e o pragmatismo, o direito como integridade é “essencialmente” interpretativo⁷⁴.

2.2.2 Consequencialismo e discricionariedade

Para compreender adequadamente o possível paradoxo existente entre consequencialismo e a construção de uma adequada hermenêutica para o artigo 20 da LINDB, é necessário fazer uma abordagem que relacione decisão consequencialista com discricionariedade. Nesse sentido, importa também refletir sobre dois outros pontos: o papel dos princípios e do positivismo jurídico como paradigma de compreensão dos fenômenos jurídico.

Nesse sentido, fazendo um paralelo com o *trolley dilemma* (Dilema do Vagão), onde há uma escolha no contexto de um dilema moral, Streck afirma que o caso do jurista é diferente, uma vez que o conjunto de regras e princípios existentes já “lhe coloca em condições de dizer algo”. Assim, o direito não dependeria de saber se em determinado caso o juiz é *consequencialista*. Nesse sentido, portanto, a diferenciação feita por Streck entre escolha e decisão: a resposta à pergunta sobre se há ou não um direito depende de uma “argumentação de princípios”, e não de uma “escolha”⁷⁵.

Dentre os pontos colocados por Streck, é possível destacar a questão dos princípios. Nesse contexto, quando se fala em princípios, logo vem à mente a teoria do jusfilósofo Dworkin. Assim, primeiramente, nas palavras de Macedo Júnior, na

⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 263-264.

⁷³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 926-929, dez. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569>. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569/612>. Acesso em: 15 fev. 2022.

introdução ao livro *Do xadrez à cortesia*, é possível indicar que a obra de Dworkin é responsável por tratar de questões de grande importância para o Direito:

A centralidade de sua obra se deve não apenas ao pioneirismo e à força de suas críticas, como também ao fato de que ela pode ser vista como uma resposta a quase todas as novas perspectivas e a muitos dos temas metodológicos que ganharam proeminência, ainda que não se limite a isso. Desse modo, a obra de Dworkin não apenas contribuiu fortemente para a construção da agenda teórico-jurídica contemporânea e o afirma como um dos mais originais pensadores que dela participa, como também é paradigmática e exemplar dos problemas filosóficos que passaram a ocupar lugar de destaque na área nos últimos anos.⁷⁶

Inicialmente, quanto à questão dos princípios em Dworkin, é possível observar que a importância da temática dos princípios para a teoria do direito e para a interpretação jurídica não seria exatamente algo novo⁷⁷. De acordo com Macedo Júnior “Se há novidade no tratamento dos princípios na obra de Dworkin, esta se relaciona antes ao papel que os princípios morais desempenham em sua teoria do direito e da política, bem como a sua forma de abordá-los.”⁷⁸ A novidade estaria relacionada ao papel que os princípios morais desempenham em sua teoria do direito e da política, bem como a sua forma de abordá-los.⁷⁹ A originalidade na obra de Dworkin pressuporia “entender o significado atribuído por Dworkin ao seu enfoque e método interpretativista”, mais especificamente no significado de interpretação em Dworkin.⁸⁰

Um exemplo do pensamento de Dworkin, que mais a frente estará relacionado à questão dos princípios e das regras, pode ser visto no capítulo *Modelo de Regras I*, da obra *Levando os Direitos a Sério*, onde Dworkin indica que utilizará a versão do positivismo formulada por Hart para então “examinar a solidez do

⁷⁶ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 12.

⁷⁷ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44.

⁷⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212-213.

⁷⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 212-213.

⁸⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 213

positivismo jurídico”, e aponta as características que compõem aquilo que denomina de “esqueleto” do positivismo⁸¹, que segundo o autor são:

- (a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como ‘regras morais’) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público)
- (b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensiva com ‘o direito’, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante a ‘aplicação do direito’. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, ‘exercendo seu discernimento pessoal’, o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.
- (c) Dizer que alguém tem uma obrigação jurídica é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem. Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria. (grifo do autor).⁸²

Aqui é importante indicar que Dworkin busca contrapor o positivismo jurídico, utilizando para tanto o que é desenvolvido por Hart a respeito do tema, e, portanto, Dworkin estabelece alguns pontos que são desenvolvidos por Hart. Assim, em seguida, Dworkin identifica as razões pelas quais o positivismo de Hart seria mais “complexo”, por exemplo, do que o de Austin, indicando tanto a distinção feita por Hart entre regras primárias e secundárias⁸³, bem como a distinção quanto às duas

⁸¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27.

⁸² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 27-28.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 31.

formas através das quais se tem a obrigatoriedade de uma regra, que seriam: por ela ser aceita ou por ser válida.”⁸⁴.

Como apontam Pedron e Ommati, a crítica de Dworkin em relação ao positivismo jurídico, especialmente na forma defendida por Hart, seria a incompatibilidade entre a “leitura” que o positivismo faz do Direito e o que anseia uma sociedade democrática. Isso ocorre, de acordo com os autores, por conta de o positivismo “[...] se basear em uma defesa radical da separação entre Direito e Moral, que faz com que o Direito seja reduzido apenas a um conjunto de regras criadas por uma comunidade jurídica em um determinado momento da História”.⁸⁵ Aparece aqui a questão da discricionariedade, e de uma decisão do juiz que, por ser retroativa, acaba surpreendendo as partes. Dessa forma, para Dworkin, esse cenário não refletiria aquilo que “uma sociedade democrática chama de direito”.⁸⁶

Voltando ao ponto envolvendo normas primárias e secundárias, é possível perceber que, acordo com Hart, em *O Conceito de Direito*, as normas do tipo primário “exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não”, enquanto as normas secundárias “estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação.”⁸⁷ No entanto, embora a versão de Hart seja mais complexa que a de Austin, Dworkin aponta que ambos seriam “similares” quanto à questão do poder discricionário⁸⁸.

Para Dworkin, o positivismo seria um “modelo de e para um sistema de regras”, mas o autor define outros padrões, como princípios e políticas. Essa distinção é importante para a construção teórica de Dworkin. Assim, enquanto “política” seria “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 33.

⁸⁵ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 61.

⁸⁶ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 62.

⁸⁷ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105. Ainda de acordo com Hart, em sociedades onde apenas se encontrem normas primárias, três “defeitos podem ser identificados, sendo eles a *incerteza*, o segundo seria o “caráter *estático* dessas normas”, e o terceiro seria a “*ineficiência* da pressão social” em relação às normas, sendo que par Hart a forma de se corrigir tais defeitos seria através da suplementação das normas primárias com normas secundárias. HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 119-121.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35.

alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...]”, princípio seria “[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.⁸⁹

Como aponta Motta, essa é a divergência inicial de Dworkin em relação a Hart, uma vez que para Hart a “textura aberta” seria preenchida por *uma escolha*. Já para Dworkin, além das regras, haveria outros “componentes” a “conduzir os argumentos dos juízes em determinada direção”, contradizendo o poder discricionário. Isso porque, além das regras, Dworkin reconhece também os princípios como sendo “juridicamente vinculativos”.⁹⁰ Ou seja, como aponta Macedo Júnior, os princípios, ao contrário das regras: “[...] apresentam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com os quais compete”.⁹¹ Não que isso importe em uma “oposição” entre ambos, como aponta Motta:

Vale adiantar que Dworkin não vê (e, diga-se, já não via no *Levando os Direitos a Sério*) uma relação de ‘oposição’ entre ‘regras’ e ‘princípios’, na verdade, para ele, o Direito só faz sentido quando entendido como unidade coerente, como ‘completeza’, como ‘integridade’. Daí a necessidade de desenvolver uma justificativa que ‘enlace’ ambos os padrões de julgamento como componentes de uma personificação moralmente íntegra. (grifo do autor).⁹²

Entre princípios e regras, afirma Dworkin, há uma diferença de “natureza lógica”, de modo que, enquanto as “regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”⁹³, o princípio “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular”.⁹⁴

Dworkin traz ainda uma outra distinção entre regras e princípios. Enquanto os princípios apresentam uma “dimensão de peso ou importância”⁹⁵, as regras, por sua

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

⁹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73-74

⁹¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163.

⁹² MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76

⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 41.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 42.

vez, não apresentam essa dimensão, de modo que “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”.⁹⁶

As distinções traçadas anteriormente podem ser relacionadas a outro ponto, que se refere ao poder discricionário. Para Dworkin, o poder discricionário está relacionado a um determinado “contexto”, ou seja, aquele em que: “alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”.⁹⁷ Assim, Dworkin distingue três sentidos de acordo com os quais o poder discricionário pode ser compreendido, sendo dois deles sentidos fracos e o terceiro um sentido forte: o primeiro sentido fraco estaria relacionado aos casos que “exigem o uso da capacidade de julgar”; o segundo sentido fraco está relacionado ao caso em que “algum funcionário tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário”; já o terceiro sentido de poder discricionário, o poder discricionário em sentido forte, está relacionado aos casos em que um funcionário público “não está limitado pelos padrões da autoridade em questão”.⁹⁸

Para Dworkin, compreender o poder discricionário no sentido forte tem relação com a forma como se compreendem os princípios, pois, caso entendido no sentido forte, não há outros padrões que vinculem o juiz caso o conjunto de regras tenha sido esgotado, ou seja, nesse caso “[...] os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”.⁹⁹

Mas, para Dworkin, compreender os princípios como fazendo parte do direito contrapõe as três características do positivismo que ele elenca e que foram indicadas anteriormente, ou seja, tanto a noção relativa a uma “regra suprema”, como a noção do poder discricionário e a questão que diz respeito à obrigação jurídica como sendo ligada à existência de uma regra jurídica, pois nesse caso os princípios também estariam presentes na imposição de tal obrigação.¹⁰⁰

Assim, com relação aos princípios, como indicam Pedron e Ommati, ao reconhecê-los, se nega a tese do positivismo de acordo com a qual existem “[...]”

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 50.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 51-52.

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 55.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 70-71.

lacunas normativas que que autorizam o magistrado a agir discricionariamente ao criar uma norma, e aplicá-la retroativamente”.¹⁰¹

De forma similar, como aponta Motta, para Dworkin, desde a sua obra *Levando os Direitos a Sério*, a resposta para a pergunta quanto ao que seria um “*bom argumento para justificar uma decisão jurídica?*” seria que: “a decisão jurídica deve ser gerada por *princípios*”¹⁰².

Mas, como aponta o autor, é necessário explicar algumas questões: primeiramente, o fato de as decisões jurídicas serem tomadas de acordo com princípios está relacionada à concepção sobre a *legalidade* e, portanto, também à *integridade política*; o segundo ponto é relativo à relação entre democracia e direitos, uma vez que para Dworkin não há uma contraposição entre eles, de forma que “O governo deve ser exercido em harmonia, pois, tanto com a *regra majoritária* [...] como com a proteção dos direitos individuais”¹⁰³. Portanto, evidencia-se a importância dos princípios na decisão, como aponto o autor:

Por isso mesmo, a decisão jurídica deve ser gerada por princípios: fosse gerada por políticas, o decisor teria liberdade de tomar decisões que não se ajustem com as decisões anteriores, e nem com as hipotéticas decisões futuras. O dever de aplicar princípios está interconectado com a ideia de que a aplicação deve ser coerente.¹⁰⁴

Ainda quanto à questão da contraposição de Dworkin ao positivismo, importante também o que indica Lopes, ao argumentar que a “*inovação*” de Dworkin quanto aos princípios não estaria apenas na sua diferenciação em relação às regras, uma vez que os princípios “[...] serviram de acesso para toda uma outra maneira de se fazer teoria do direito, reconectando-a com seus conteúdos, mas sem voltar aos termos em que haviam sido colocados pela tradição jusnaturalista”.¹⁰⁵ De toda

¹⁰¹ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 70.

¹⁰² MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o novo código de processo civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 226.

¹⁰³ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o novo código de processo civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 228-229.

¹⁰⁴ MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o novo código de processo civil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 230.

¹⁰⁵ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 430.

forma, é importante notar, como aponta o autor, que na sua contraposição ao positivismo jurídico, a questão relativa à diferenciação entre regras e princípios defendida por Dworkin deu lugar a outras formulações, como a questão envolvendo os “desacordos teóricos”, sendo que este debate procurou demonstrar tanto que “o direito não pode ser meramente descrito como um conjunto de fatos brutos”, como também não poderia ser entendido “satisfatoriamente a partir de uma filosofia da linguagem focada na semântica”¹⁰⁶. Assim, Dworkin entende que a teoria do direito não deve ser apenas descritiva, e que a interpretação deve ser prescritiva:

Dworkin se rebelou contra a função meramente descritiva a que estava confinada a teoria do direito por essas visões positivistas, as quais não captariam a complexidade de sua natureza interpretativa. Para ele, os conceitos jurídicos não poderiam ser simplesmente explicados de uma maneira neutra, desengajada, factual. Aquele que tenta interpretar um conceito jurídico está imediatamente convocado a justificá-lo, isto é, a interpretá-lo sob a sua melhor luz, dentro de uma narrativa histórica e segundo seu ‘propósito’. Haveria uma dimensão prescritiva embutida na interpretação.¹⁰⁷

Para finalizar, o objetivo desse capítulo era demonstrar, em um primeiro plano, a recepção da LINDB pela doutrina brasileira, em especial a administrativista. Em relação a isso, com especial ênfase no art. 20, foi possível perceber que os diversos posicionamentos colocam sob destaque o consequencialismo, contraposto ou pensado à luz da segurança jurídica. Isso nos remete a algumas leituras teóricas possíveis, em especial, aquela que, a partir da concepção do direito como um conceito interpretativo e de sua integridade, relaciona com o dever constitucional de fundamentação. Assim, uma leitura adequada para o art. 20 passa por diversos elementos de fundo paradigmático, em especial aqueles atinentes a como se decide e à dimensão hermenêutica que condiciona o direito administrativo. Esses elementos são parâmetros para uma adequada recepção da LINDB no direito brasileiro.

¹⁰⁶ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 430-431.

¹⁰⁷ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 431.

3 A COMPREENSÃO DA LINDB À LUZ DO DEBATE DWORKIN POSNER

O primeiro capítulo tinha a intenção de demonstrar a forma como a LINDB foi recepcionada pela doutrina brasileira. A partir disso, foi possível identificar, primeiro, que a ideia de segurança jurídica permeia os debates em torno da LINDB, seja quando a abordagem diz respeito aos limites da decisão judicial, seja quando ela se volta ao papel da LINDB no âmbito da compreensão do fenômeno jurídico *lato sensu*. Com isso, pode-se afirmar que existem, pelo menos, duas leituras teóricas contrapostas que influenciam a forma de compreender o art. 20 da LINDB, que é a ênfase de abordagem desse trabalho. Trata-se do consequencialismo/pragmatismo e da tese do direito como integridade.

Essas duas perspectivas teóricas, por sua vez, remetem a dois principais autores: Posner e Dworkin. Em razão disso, tendo já demonstrado por que isso é importante ao trabalho – a partir do que foi verificado no primeiro capítulo –, o objetivo desta segunda parte consiste em aprofundar o debate entre esses dois autores.

3.1 O estado da arte da discussão entre Ronald Dworkin E Richard Posner

De acordo com Macedo Júnior, Dworkin “‘agendou’ o debate teórico jurídico durante os anos 1980-1990”. As críticas de Dworkin em relação tanto ao positivismo jurídico quanto ao pragmatismo jurídico, o colocaram “no centro das principais polêmicas teórico-jurídicas das últimas décadas”.¹⁰⁸ Inclusive na obra *O império do direito*, as críticas de Dworkin teriam se voltado mais ao pragmatismo jurídico que ao positivismo jurídico, muito embora não tenha abandonado sua crítica ao positivismo.¹⁰⁹

¹⁰⁸ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

¹⁰⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35. Entre as razões para essa mudança estariam a influência do pragmatismo nos EUA, e também ao fato de “[...] ao conceber o pragmatismo como uma teoria interpretativista ‘limitada’, ao mesmo tempo a coloca como uma visão próxima a seu próprio pensamento e faz dela o foco de crítica daquelas que lhe parecem ser suas principais limitações.” MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

Realizando uma análise a respeito das mudanças pelas quais passou a Análise Econômica do Direito e seus pontos em comum¹¹⁰, Macedo Júnior identifica o debate envolvendo Posner e Dworkin, sendo em um primeiro momento relativo a saber se a eficiência constituiria “um valor fundante para uma teoria política e jurídica.”, e mais tarde seria retomado, tratando da “própria natureza da teoria do direito”.¹¹¹

Macedo Júnior qualifica Posner como o “exemplo mais radical e emblemático” da mudança da AED em direção a uma “orientação pragmática”. Isso se deve tanto pela influência de Posner como pela sua produção quanto a temas de teoria do direito. Assim, Posner “[...] passa a defender uma visão consequencialista (*forward-looking*), experimental e pragmática e, num certo sentido, baseada no senso comum, mais do que numa *teoria* estrutural ou fundacional”. Posner iria na direção de um neo-pragmatismo que seria antiteórico, o que caracterizaria um dos principais pontos do “segundo debate com Dworkin”. Nesse momento, Posner passa a defender um “ceticismo com respeito à natureza da verdade, afastando-se dos compromissos formalistas do primeiro período”.¹¹²

De acordo com Motta e Streck, a defesa feita por Posner quanto a um *realismo* e a uma “comunicação *pragmaticamente* produtiva” está relacionada a uma postura *antiteórica* defendida pelo autor¹¹³. Assim, para Posner, haveria uma

¹¹⁰ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227.

¹¹¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 231. Conforme Macedo Júnior: “Dworkin critica Posner salientando que a sua teoria do direito focada exclusivamente no conceito de eficiência econômica constitui numa forma muito particular de objetivo coletivo e ignora os direitos dos litigantes de verem seus direitos devidamente justificados do ponto de vista da integridade do direito. O utilitarismo não distributivo de Posner constituir-se-ia, assim, numa teoria política e da justiça implausível e não justificável do ponto de vista filosófico. Nesse sentido, o argumento de Dworkin em boa medida retoma o estilo de argumentação proposta por Rawls em *Uma Teoria da Justiça*. O objetivo da maximização da riqueza seria um objetivo falso e não aceitável do ponto de vista de uma escolha racional. A riqueza seria, assim, um objetivo social não aceitável *per se*, sendo antes um meio para que se possa atingir a igualdade e justiça (*fairness*). MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232

¹¹² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 237-238.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges da. Teoria, antiteoria e prática: um passeio pelos Divergent Paths de Richard Posner. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 88, maio/ago. 2019, Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1606/584>. Acesso em: 15 mar. 2022.

dimensão política no Direito, de forma que “decidir politicamente faria parte da atividade judicial”. Isto é, mesmo decisões tomadas politicamente ainda constariam como sendo prática do Direito, e dessa forma, para Posner, o que Dworkin identifica como decisões baseadas em princípios seriam “expressões de suas preferências políticas”.¹¹⁴

Arruda oferece uma contribuição elucidativa a respeito do debate entre Posner e Dworkin. De acordo com Arruda, “os adeptos da segunda geração da AED entendem que o comportamento das pessoas se dá sempre como produto de uma razão pragmática”. Dessa forma, “A ideia de que o direito é pragmático caracteriza a visão desta segunda geração, a qual aceitou a possibilidade de desenvolver uma subjetividade pragmática para resolver os problemas difíceis do direito”.¹¹⁵ Nesse contexto de mudança, Posner adota uma perspectiva mais pragmática. Desse modo, “Posner acusa agora o sistema jurídico de ‘olhar muito para trás’ ao invés de avançar, insistindo em fundamentar questões como a certeza jurídica, a autoridade do direito”, e por outro lado, “dando pouca atenção às consequências da decisão e às fontes extrajurídicas de conhecimento”.¹¹⁶ Dessa forma:

A partir desta **guinada pragmática**, Posner passa a defender uma **visão consequencialista** (*forward-looking*) e, num certo sentido, baseada no senso comum, mais do que em uma **teoria** estrutural ou **fundacional**. O seu novo pragmatismo enfatiza a importância da linguagem e vê com desconfiança os ideais de cientificidade e objetividade. Insiste que o direito e a economia devam ser julgados por sua conformidade com as necessidades sociais ao invés de critérios objetivos e impessoais. Decisões judiciais devem visar o bem-estar público, sendo certo que a integridade doutrinária ou a

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges da. Teoria, antiteoria e prática: um passeio pelos Divergent Paths de Richard Posner. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 92, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1606/584>. Acesso em: 8 mar. 2022

¹¹⁵ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 80. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificéis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹¹⁶ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 81. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificéis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

elegância intelectual são desejáveis somente se elas contribuem para o bem-estar. (grifo do autor).¹¹⁷

Ainda, na virada pragmática de Posner encontra-se uma mudança também em relação às repostas corretas, pois, “com sua virada pragmática, marcada pela edição da obra *The Problems of Jurisprudence*, em 1990, Posner se torna mais **cético** sobre a possibilidade de haver repostas corretas no direito”. Assim, “O que interessará, então, *será descobrir quais decisões produzirão as melhores consequências*”, podendo ser tanto consequências de longo ou curto prazo, sistêmicas ou individuais.¹¹⁸

O segundo debate entre Posner e Dworkin está relacionado à “indeterminação do direito”, aos “limites da objetividade no direito” e também à “natureza dos desacordos teóricos verificados nas práticas jurídicas”. De acordo com Macedo Júnior, a escolha de Dworkin para debater com Posner se dá por dois motivos: primeiro porque “os argumentos de Posner estariam a serviço de um movimento antiteórico hoje popular e influente na vida intelectual americana”. Assim, para autores como Posner e Sunstein, devido à inexistência de uma moralidade política universal “lá fora”, a qual os juristas pudessem “descobrir”, não haveria “respostas jurídicas e morais objetivamente corretas”. E, em segundo lugar, o próprio Posner faria uso de uma teoria moral, embora argumente que a teoria moral possa ser dispensada por pessoas leigas e juristas¹¹⁹.

Inicialmente, também importante ressaltar, que o pragmatismo pode se referir a uma multiplicidade de significados. E de acordo com Arruda, Posner tentou defender a sua ideia, mesmo que isso colocasse “sobre a rubrica pragmática um *pastiche* de ideias”, como aponta a autora ¹²⁰. Por outro lado, como aponta Guest no

¹¹⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 81. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificéis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf >. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹¹⁸ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 82. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificéis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹¹⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 241-242.

¹²⁰ “Se por um lado valorizou a concepção do direito enquanto atividade e (enquanto experiência) sustentados pelo pragmatismo clássico, do outro *lhe extirpou o caráter filosófico e teórico moral*, quedando apenas com *os métodos científicos* capazes de conduzir investigações empíricas,

prefácio ao livro *Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana*, é possível perceber que Dworkin pode até ser um autor “[...]difícil e profundo. Mas ele não é obscuro, muito menos confuso e escreve claramente”.¹²¹ Sem dúvidas esses pontos da construção teórica de Dworkin permitem uma melhor compreensão do seu pensamento.

3.1.1 A crítica de Dworkin ao pragmatismo

Antes de identificar a crítica feita por Dworkin ao pragmatismo, é possível discutir um pouco a respeito do surgimento do próprio pragmatismo. Assim, de acordo com Streck, um fator que teria contribuído para o surgimento do pragmatismo jurídico seria a frequência de juristas como Nicolas St. John Grenn, Oliver Wendel Holmes e Joseph B. Warner ao “Clube Metafísico”. Podem ser encontrados reflexos do pragmatismo no Direito na Escola Sociológica Americana, no realismo escandinavo e, hodiernamente, pode ser encontrado, por exemplo, na análise econômica do Direito de Posner e nos *critical legal studies*. Para o juiz pragmatista, a preocupação estaria em encontrar a “melhor decisão”, que seria aquela “cujas consequências estiverem mais ajustadas às necessidades humanas e sociais”. A manutenção da coerência lógica do sistema jurídico não teria importância caso não sirva a um “resultado desejável e benéfico”. Como aponta o Streck, o pragmatismo jurídico seria “uma teoria anti-hermenêutica e que coloca, em segundo plano, a

fazendo surgir o que concebeu como *pragmatismo cotidiano*. Ao adotar uma abordagem não teleológica do direito, considerou as questões jurídicas enquanto *atos brutos*, transcritos na forma de *consequências particulares e sistêmicas*, embora estas necessitem de juízos de *valor*. Ao mesmo tempo em que esperava que o *ensino jurídico* fosse mais direcionado às ciências sociais e a dados estatísticos, sugeriu a *intuição* como o principal componente do instrumento último da avaliação das consequências das decisões judiciais (*razoabilidade e razão prática*), típico do neopragmatismo. Ainda mais e especialmente, insistiu em uma *indeterminabilidade* parcial do direito, dependente do *consenso* e daquilo que convencionou denominar *objetividade conversacional*, processo não racional, concomitante a uma objetividade *exata*, garantida pela clareza das normas e precedentes, a qual mais uma vez foi fundamentada no consenso capitalista e que, não raro, restringir-se-á, como ele mesmo demonstrou, a áreas como o direito contratual, a responsabilidade civil e o antitruste, as quais antes mesmo de sua virada pragmática, eram objeto da análise de custo e benefício típica da primeira geração da Análise Econômica do Direito, da qual foi precursor. A *economia* se torna a *ciência empírica* do seu pragmatismo por excelência.” ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 175. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹²¹ GUEST, Stephen. Prefácio ao livro. **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11.

produção democrática do Direito [...]”. No contexto do pragmatismo jurídico, “a verdade é substituída pela efetividade”.¹²²

Em *O império do direito*, Dworkin elenca uma série de perguntas que estão relacionadas a três concepções de direito, que seriam o convencionalismo, o pragmatismo jurídico e o direito como integridade. Para o autor, o convencionalismo seria a concepção mais “vulnerável”, enquanto o pragmatismo jurídico seria uma concepção mais “poderosa” e o direito como integridade seria a “melhor interpretação”, ou seja, a: “[...] melhor interpretação daquilo que fazem – e de grande parte do que dizem – advogados, professores de direito e juízes”.¹²³ É possível ressaltar que para Dworkin, como aponta Guest, o pragmatismo seria melhor que o convencionalismo por permitir “mais flexibilidade na determinação de uma sociedade melhor.”. No entanto, o pragmatismo reconhece decisões conforme a “direitos” apenas como “instrumentais para melhorar a sociedade”, e, dessa forma, “não leva os direitos a sério”¹²⁴. Assim, como aponta Guest:

[...] a ideia de comunidade para do pragmatismo não é suficientemente complexa para Dworkin, na medida em que deixa de reconhecer a ideia de uma comunidade de *princípio*. O convencionalismo justificava a coerção da comunidade por meio da referência à mera concordância. A justificativa mais flexível do pragmatismo não extraía nenhum sentido real da história passada de um grupo. A integridade, por outro lado, unia o passado e o presente e incorporava a ideia fraternal de tratar todos os membros da mesma comunidade como iguais. (grifo do autor).¹²⁵

Antecipando pontos que serão desenvolvidos adiante, Dworkin afirma que “o pragmatismo jurídico é uma concepção cética do direito.”¹²⁶. Assim, o pragmatismo

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais de teoria à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Advogado, 2017. p. 223-224.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 118. Dworkin estabelece distinções entre as três concepções, identificando o direito como integridade como a “melhor interpretação”. Não obstante, é possível notar, com Pedron e Ommati, que a crítica de Dworkin se dirige a formas do pragmatismo como defendido por Richard Posner, por exemplo, tendo de certa forma uma proximidade com o pragmatismo de Wittgenstein “sua teoria do direito como integridade não deixa de ser pragmática a partir das reflexões de Wittgenstein.”, PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio. A teoria jurídica de Ronald Dworkin como expressão de uma teoria pragmática do direito. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, 2018, p. 192. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2879/1387>>. Acesso em: 05 Jul. 2021

¹²⁴ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 202.

¹²⁵ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 202.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 119.

“nega que decisões do passado criem quaisquer direitos que obriguem o juiz.”. Para Dworkin, o pragmatismo seria o oposto do convencionalismo, de forma que seria possível aos juízes agirem “com o máximo de flexibilidade ao decidir qual é a melhor decisão, não sendo obrigados por quaisquer convenções”, muito embora a melhor decisão possa ser “continuar a prática passada”, estando a diferença com o convencionalismo em que “um juiz não estaria obrigado por nenhuma decisão passada”¹²⁷.

Indicado esses pontos, é possível adentrar na crítica que Dworkin faz ao pragmatismo, no capítulo V de *O império do direito*. Como forma de demonstrar a diferença entre o pragmatismo e a sua teoria, Dworkin realiza a seguinte definição do que seria o pragmatismo:

O pragmatismo 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 sós, oferecem 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, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho, acredita ele, então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tonará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.¹²⁸

Ainda de acordo com Dworkin, o pragmatismo não determinaria qual concepção de comunidade seria bem fundada ou atraente, mas deixaria a cargo do juiz decidir “segundo seus próprios pontos de vista”, e que essa forma de agir seria mais vantajosa para a comunidade do que seguir a coerência com decisões judiciais ou legislações anteriores. Assim, enquanto o convencionalismo e o “direito como completeza” seriam teorias não céticas a respeito dos direitos, o pragmatismo, por sua vez, “nega que as pessoas tenham quaisquer direitos”, de modo que as pessoas não teriam direito a algo que prejudicasse a comunidade, mesmo que houvesse legislação anterior ou decisões reconhecendo o mesmo direito a outras pessoas. No entanto, como seria possível justificar a existência de direitos e deveres no campo jurídico? De acordo como Dworkin, para o pragmatista, isso seria parte de uma

¹²⁷ GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 199-200.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 185.

estratégia “como se”, ou seja, os juízes poderiam, em determinadas situações, decidir “como se as pessoas tivessem direitos”, uma vez que “esse modo de agir servirá melhor à comunidade.”¹²⁹

Dessa forma, Dworkin fala de um “direito sem direitos”, pois para o pragmatismo os direitos seriam apenas “auxiliares do melhor futuro”, consistindo em instrumento para que esse melhor futuro fosse alcançado¹³⁰.

Já à exigência de que “o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos [...]”, Dworkin dá o nome de “virtude da integridade política”, em vez do “clichê de que devemos tratar os casos semelhantes da mesma maneira”. Dworkin dá o nome de virtude da integridade política como uma forma de demonstrar a sua relação com a moral pessoal. Assim, pedimos às pessoas para que ajam com integridade em questões importantes, e também pedimos para que o Estado “aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”.¹³¹

Em *A justiça de toga*, Dworkin afirma que “Uma descrição mais fácil e geral do pragmatismo consiste em apresentá-lo como uma teoria da decisão judicial”, assim, afirma o autor:

[...] seus postulados sustentam que, para decidir os casos que se lhes apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais.¹³²

Dworkin afirma também que uma “versão mais precisa do pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo”, podendo ser uma concepção relacionada ao bem-estar ou uma concepção relacionada à eficiência econômica ou maximização da riqueza. Mas de toda forma, o juiz pragmatista também deve aceitar as “restrições instrumentais” quanto a estar atento tanto ao que foi aprovado pelo legislativo ou decidido pelos juízes no passado.¹³³ Isso porque

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 186-187.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 195.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 201-202

¹³² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 32.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 32-33.

tanto as instituições legislativas como judiciais teriam um poder de coordenação que seria bom para assegurar seja a eficiência seja outros objetivos:

De acordo com o pragmatismo, os juízes devem obedecer conjuntamente àquilo que o legislativo aprovou e ser leais às decisões judiciais do passado porque o poder das instituições legislativas e judiciais de coordenar comportamentos futuros é muito benéfico para assegurar a eficiência ou qualquer outro objetivo, e esse poder seria debilitado se eles costumassem ignorar as manifestações passadas nas novas decisões por eles tomadas.¹³⁴

No entanto, aponta Dworkin, não haveria outras “restrições menos instrumentais” a que o juiz devesse atender:

Contudo, não pode haver quaisquer outras restrições menos instrumentais acerca do que os juízes podem fazer, de modo que, quando a eficiência ou algum outro objetivo da comunidade for, de fato, mais bem atendido ao se ignorarem ou reescreverem manifestações do passado, é isso que devem os juízes pragmatistas fazer.¹³⁵

Com relação ao “desafio pragmático a ideia de pretensões juridicamente tuteladas”, Dworkin afirma que “Se aceitarmos a integridade como uma virtude política distinta ao lado da justiça e da equidade”, seria possível encontrar “um argumento geral, não estratégico, para reconhecer tais direitos.”. Para Dworkin, a caracterização das “exigências da integridade” quanto a equidade, a justiça e o devido processo adjetivo possibilitam sugerir que a integridade “é a vida do direito tal qual o conhecemos.”. Ainda, seria possível dividir a integridade em dois princípios: o primeiro seria o princípio da integridade na legislação, de acordo com o qual a legislação deve manter o direito “coerente quanto aos princípios”; e o segundo seria o princípio da integridade no julgamento, de acordo com o qual o direito deve ser mantido com a referida coerência de princípios. O segundo princípio, da integridade no julgamento, por conferir ao passado um “poder especial próprio no tribunal”, contraria o pragmatismo, demonstrando que os direitos não são apenas questão de estratégia¹³⁶.

Dworkin afirma que a integridade “supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado”, mas que com isso não quer recuperar uma

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 33.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 33.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202-203.

“teoria metafísica”, e sim “endossar uma forma complexa de raciocínio em duas etapas, sobre as responsabilidades das autoridades e dos cidadãos”, que está relacionada a uma personificação da comunidade e não a cada autoridade e cidadão considerados individualmente¹³⁷.

O exemplo da diferenciação é dado por Dworkin a partir de duas formas de se analisar a responsabilidade moral de uma determinada empresa quanto à indenização de vítimas de carros defeituosos. De acordo com a primeira forma de analisar o problema, seria procurada a responsabilidade individual de cada administrador, empregado, acionista etc., sendo possível ao final encontrar algum culpado ou mesmo ninguém a culpar. De acordo com a segunda forma, a pergunta seria sobre a responsabilidade corporativa, tratando a empresa como um “agente moral”, o que justificaria a indenização feita pela companhia, embora os empregados não fossem obrigados a contribuir com a referida indenização. Assim, de acordo com Dworkin, embora a primeira dessas formas se tratasse de uma personificação, ela seria “inútil”, enquanto a segunda seria “proveitosa”.

Dessa forma, a personificação que a integridade política faz da comunidade estaria relacionada à segunda forma identificada por Dworkin, uma vez que “pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos”.¹³⁸

3.2 Consequencialismo e teoria integrativa do direito: alertas teóricos necessários

No presente item, buscou-se analisar o debate entre Posner e Dworkin, a partir dos textos dos respectivos autores. Como será visto, a teoria de Dworkin, por buscar respostas corretas e por se basear em princípios para a tomada de decisões, fornece uma melhor compreensão a respeito até mesmo quanto à forma como as consequências devem ser consideradas nas decisões.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 204-205.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 208.

3.2.1. Os argumentos de Posner a favor do pragmatismo

Macedo Júnior aponta que, quanto a questão da Análise Econômica do Direito, Posner reconhece as críticas que foram feitas por Dworkin¹³⁹. De fato, como Posner afirma, a crítica de Dworkin em relação à maximização da riqueza fez com que Posner mudasse a sua visão¹⁴⁰.

Posner refere que, apesar das divergências com relação a Dworkin, ele não apenas respeitava o seu trabalho como também concorda com o que considera a sua parte “mais duradoura” (*the most enduring part*), que seria a crítica feita por Dworkin ao positivismo, na forma descrita por Hart em *O conceito de direito*¹⁴¹. Porém, Posner também aponta questões com as quais ele não estaria de acordo, como: I) a distinção entre princípios e políticas e a prioridade que os princípios teriam na orientação dos juízes; II) a “fusão” do direito constitucional com a teoria moral; III) ao que ele considerava como sendo uma concepção irrealista das capacidades judiciais; e IV) a tese das respostas certas (*right-answers thesis*). Posner afirma que nos casos interessantes a questão não está relacionada ao certo ou errado, de modo que a discordância viria não de um erro, mas por conta das diferenças de valores, temperamento, experiências de vida ou concepções sobre a função judicial, não havendo, portanto, premissas comuns sobre as quais raciocinar.¹⁴²

¹³⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33-34.

¹⁴⁰ “An article that he wrote many years ago forcefully criticizing my views about wealth maximization, though it overstated his case, was convincing and caused me to alter those views, albeit grudgingly of course, and with a lag.” POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, 2007, p. 11-12. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴¹ “Although there are seemingly vast areas of disagreement between us, I not only respect his work, I agree wholeheartedly with what may prove to be the most enduring part of it, though predictions of that sort are perilous. I refer to his criticism of positivism, and specifically of the positivism advocated by H. L. A. Hart in *The Concept of Law*.” POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, 2007, p. 9. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴² “I am less happy with other aspects of Dworkin's jurisprudential thought, such as his distinction between principles and policies and his insistence on the priority of the former in guiding judges; in his further insistence on the fusion of constitutional law with moral theory; in what seems to me the unrealism of his conception of judicial capabilities; and in his right-answers thesis. [...] Sometimes I think I am right and they are wrong, but in the really interesting cases I am more apt to think that right and wrong do not enter the picture, that we disagree not because one of us has made a

Em resposta à pergunta de Dworkin a respeito de como o pragmatismo poderia ajudar os juízes a decidirem casos nos quais não compartilhassem das mesmas premissas, Posner afirma que esses seriam casos de “área aberta” e assim os juízes teriam de realizar um “julgamento legislativo” (*legislative judgment*)¹⁴³. Nessa área aberta os legisladores “são guiados por valores, temperamento, experiência de vida e suas concepções sobre a função e os limites da legislação”. Nesses casos seria possível discordar do julgamento e ter motivos para a discordância, mas dificilmente seria possível dizer que eles estão errados. Assim, para Posner, da mesma forma que queremos que os legisladores pensem bastante a respeito das consequências da legislação proposta, também devemos querer que os juízes façam o mesmo¹⁴⁴.

Já no artigo intitulado *Conceptions of legal “theory”*, Posner considera que Dworkin está propondo não um modelo teórico dentre outros, mas “a teoria”¹⁴⁵. No entanto, “teoria” seria “uma palavra sem significado fixo ou definitivo”¹⁴⁶. Da mesma forma, a proposta de Dworkin não seria a única a ser chamada de teoria¹⁴⁷.

mistake but because, as a consequence of differences in values, temperament, life experience, or our conceptions of the judicial function, we are not reasoning from common premises.”. POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, 2007, p. 10. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022.

¹⁴³ “And Dworkin asked, but what about the cases in which the judges do not agree on the premises of decision? How can pragmatism help them then? Those are cases in what I call the open area, where the conventional materials of judicial decision-making run out and the judges, if they are to decide the case rather than throw up their hands, are compelled to make a legislative judgment.”. POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, 2007, p. 12. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁴ “The answer is that legislators in their open area are guided by values, temperament, life experiences, and their conception of the scope and limits of the legislative function. You can disagree with their judgment and give reasons for your disagreement, but rarely can you say they are wrong. And so it is with judges. All that is clear and it is not nothing-is that we want legislators to think hard about the consequences of proposed legislation, and we should want judges to do likewise when the mantle of legislator is thrust upon them.”. POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, 2007, p. 12-13. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁵ “What Dworkin claims to be describing is not one theoretical approach among many, but “theory.”. POSNER, Richard A. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 378. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁶ “[...] theory” is a word with no fixed or definite meaning, [...]”. POSNER, Richard A. *Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin*. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 379. Disponível em:

Posner diz que Dworkin o acusa de ser relativista e utilitarista, no entanto, Posner diz não ser nenhum dos dois, e ainda que o fosse isso não faria dele um antiteórico (*antitheorist*), mas sim um anti-dworkiniano (*anti-Dworkinian*)¹⁴⁸

A respeito do “forward-looking”, Posner diz que este termo não é utilizado nesse sentido de “consequencialismo” ou “utilitarismo”, mas para contrastar a abordagem pragmática, que seria aquela que “aspira tornar as coisas melhores para o presente e para o futuro e se preocupa com o passado apenas na medida em que o passado forneça orientação para o presente e o futuro”, em relação à uma abordagem que “valorize o passado por si mesmo”, referindo-se à Dworkin¹⁴⁹. Para Posner, “o que os juízes precisam principalmente (*mainly*) é de uma melhor compreensão das consequências práticas das suas decisões.”¹⁵⁰

Já em *Against Constitutional Theory*, Posner afirma que a “teoria Constitucional”, na expressão cunhada pelo próprio autor, seria “o esforço para desenvolver uma teoria geralmente aceita para guiar a interpretação da Constituição

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁷ “Dworkin's is one possible way of "doing" law, but it is not the only way that can claim to be theoretical or theorized.”. POSNER, Richard A. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 381. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁸ “He believes that I am a relativist and (inconsistently) a utilitarian. I am neither. But if I were both (if that were possible, which it is not), this would not make me an ‘antitheorist,’ for relativism and utilitarianism are themselves theories. It would make me an anti-Dworkinian, and this can help us see in what a special sense Dworkin uses the words ‘theory’ and ‘antitheory.’ POSNER, Richard A. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 381-382. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁴⁹ “About “forward-looking,” Dworkin says that if it means “consequential,” then his approach is forward-looking because “[i]t aims at a structure of law and community that is egalitarian”; only if “forwardlooking” is equated to utilitarian is he not forward-looking. But the term is not used in *Overcoming Law* to denote either consequentialism or utilitarianism. It is used to contrast an approach, the pragmatic, that aspires to make things better for the present and the future and cares about the past only insofar as the past provides guidance to the present and the future, with an approach that values the past for its own sake—as in “the past must be allowed some special power of its own in court, contrary to the pragmatist’s claim that it must not.”. POSNER, Richard A. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 385. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁵⁰ “What judges mainly need is a better understanding of the practical consequences of their decisions.”. POSNER, Richard A. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997, p. 387. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles . Acesso em: 9 de out. de 2022

dos Estados Unidos”¹⁵¹, sendo que os teóricos constitucionais seriam normativistas¹⁵².

Para Posner, a teoria teria uma influência limitada, assim, em casos em que “o texto ou a história da Constituição forneçam uma orientação segura” não necessitariam de interpretação. Da mesma forma, não seria necessário uma teoria para “determinar quantos senadores cada estado pode ter”.¹⁵³ Desse modo, a teoria constitucional acabaria ocultando maior necessidade dos juízes constitucionais, que seria a de conhecimento empírico¹⁵⁴.

Como aponta Posner, se por um lado o pragmatismo pode ser considerado uma teoria, por outro, seria “uma confissão de ceticismo quanto a vários tipos de teorização, incluindo o tipo que estou chamando de teorização constitucional”.¹⁵⁵

3.2.1.1 O pragmatismo cotidiano e as características do pragmatismo

No prefácio ao livro *Direito, pragmatismo e democracia*, Posner indica as contribuições do livro para o direito, estando entre elas: a distinção entre o pragmatismo filosófico e o pragmatismo cotidiano; entre “consequências para casos

¹⁵¹ “Constitutional theory, as I shall use the term, is the effort to develop a generally accepted theory to guide the interpretation of the Constitution of the United States.”. POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**. v. 73, n. 1, 1998, p.1. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁵² “Constitutional theorists are normativists;”. POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, [S. l.], v. 73, n. 1, 1998, p. 2. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁵³ “I must stress at the outset the limited domain of constitutional theory. Nothing pretentious enough to warrant the name of theory is required to decide cases in which the text or history of the Constitution provides sure guidance. No theory is required to determine how many Senators each state may have.”. POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, [S. l.], v. 73, n. 1, 1998, p. 6. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁵⁴ “An even more serious problem is that constitutional theory is not responsive to, and indeed tends to occlude, the greatest need of constitutional adjudicators, which is the need for empirical knowledge [...]”. POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, [S. l.], v. 73, n. 1, 1998, p. 3. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

¹⁵⁵ “But while in one sense pragmatism is indeed a theory and a constitutional theory when applied to constitutional law, in an equally valid and more illuminating sense it is an avowal of skepticism about various kinds of theorizing, including the kind that I am calling constitutional theorizing.”. POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, [S. l.], v. 73, n. 1, 1998, p. 9. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

específicos” e “consequências sistêmicas das decisões judiciais”; entre o pragmatismo e o consequencialismo; bem como uma tentativa de reconciliar pragmatismo legal e positivismo jurídico¹⁵⁶. Quanto à distinção em relação ao pragmatismo filosófico, Posner afirma que a adjudicação pragmática não pode derivar do pragmatismo enquanto filosofia¹⁵⁷, não sendo, portanto, um corolário do pragmatismo filosófico¹⁵⁸

Além do mais, Posner afirma não estar interessado em questões do pragmatismo filosófico como “se a linguagem reflete ou não a realidade”, “se o livre arbítrio é ou não compatível com uma concepção científica de mundo”, ou mesmo se essas questões têm algum significado, mas sim no pragmatismo “entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”.¹⁵⁹

Na introdução ao mesmo livro, Posner já expõe a diferença entre o pragmatismo cotidiano o entendimento de Dworkin a respeito do tema. Isso porque, de acordo com Posner, o “um juiz pragmatista cotidiano” estaria interessado em “saber o que está em jogo, num sentido prático, ao tomar uma ou outra decisão num caso”, enquanto, para Dworkin, isso significaria que “um juiz desse tipo só está preocupado com as consequências imediatas e o curto prazo”.¹⁶⁰

Ainda, de acordo com Posner, a definição de pragmatismo seria algo difícil, uma vez que o pragmatismo não seria “só uma coisa”, existindo várias formas (o autor defende que podem ser identificadas até cinco)¹⁶¹. Aqui interessa o que Posner chama de pragmatismo cotidiano. Isso porque, de acordo com Posner, ao contrário do pragmatismo clássico, ou a filosofia pragmática, no sentido ortodoxo ou não ortodoxo, o pragmatismo cotidiano teria “muito a contribuir para o direito”.¹⁶² Assim, como aponta Posner:

¹⁵⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vii.

¹⁵⁷ “An initial difficulty is that pragmatic adjudication cannot be derived from pragmatism the philosophical stance.” POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**, [S. /], v. 18, n. 1, 1996, p. 3. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2818&context=journal_articles. Acesso em: 29 jul. 2022.

¹⁵⁸ “So pragmatic adjudication will have to be defended-pragmatically-on its own terms rather than as a corollary of philosophical pragmatism.”. POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**, [S. /], v. 18, n. 1, 1996, p. 3. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2818&context=journal_articles. Acesso em: 29 jul. 2022.

¹⁵⁹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 357-358.

¹⁶⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9.

¹⁶¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 19.

¹⁶² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 38.

O importante é que os juízes e outros tomadores de decisão pensem em termos de consequências sem levar a sério a retórica do formalismo legal e sem esquentar a cabeça com a filosofia pragmática; que eles sejam, em suma, pragmatistas cotidianos.¹⁶³

Quanto ao pragmatismo legal, Posner lista uma série de pontos, dentre eles o fato de o pragmatismo legal não estar preocupado apenas com as consequências específicas de um caso, mas também com as consequências sistêmicas. Assim, não se trataria de “sempre decidir um caso da forma que tenha as melhores consequências imediatas sem considerar possíveis consequências futuras”, sendo que “Tal abordagem seria não pragmática aos desconsiderar as consequências sistêmicas adversas da adjudicação *ad hoc*”¹⁶⁴. Desse modo, se o consequencialismo for entendido como a tomada de um ato com base no fato de “este produzir as consequências globais”, então pragmatismo legal não seria consequencialista, de modo que Posner prefere a utilização da palavra “razoabilidade”¹⁶⁵.

Para Posner, a adjudicação consequencialista está bastante relacionada à distinção entre padrão e norma. Assim, “Padrões convidam a compensações e conduzem a produzir a decisão que gera as melhores consequências para o caso em questão”, já as normas “truncam a investigação e, especificamente, abreviam a consideração judicial de consequências”. Assim, embora a aplicação da norma seja “formalística”, decidir de acordo com a norma não seria algo não pragmático, uma vez que “o prejuízo por 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”.¹⁶⁶

Outro motivo para distinguir o consequencialismo do pragmatismo legal seria a divisão dos poderes compreendida como “divisão de trabalho racional”, de modo que “a demarcação constitucional e legislativa do papel judicial reduz o arbítrio judicial a pesar consequências”. Como aponta Posner, “o juiz não pode assumir a jurisdição sobre um caso só porque acha que as consequências de fazê-lo seriam boas no saldo final”.¹⁶⁷

Após esses pontos, é possível destacar a síntese feita por Posner:

¹⁶³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 42.

¹⁶⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 46-47.

¹⁶⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 50.

¹⁶⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 53-54.

¹⁶⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 54.

[...] o pragmatismo legal não está preocupado apenas com consequências imediatas, não é uma forma de consequencialismo, não é hostil à ciência social, não é um positivismo hartiano, não é realismo legal, não é estudos jurídicos críticos, não é sem princípios e não rejeita a norma jurídica. Ele é resolutamente antiformalista, nega que o raciocínio jurídico difira de forma substancial do raciocínio comum, favorece fundamentos estreitos em vez de amplos para as decisões no início do desenvolvimento de uma área do direito, simpatiza com a retórica e antipatiza com a teoria moral, é empírico, é historicista, mas não reconhece ‘dever’ em relação ao passado, desconfia da norma jurídica que não abre exceções e se pergunta se os juizes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).¹⁶⁸

Para além do pragmatismo cotidiano, Posner também apresenta características do pragmatismo. Na Introdução da obra *Para além do direito*, Posner caracteriza o pragmatismo como “uma abordagem prática e instrumental, e não essencialista: interessa-se por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que ‘realmente é’”. Dessa forma, prossegue Posner, “[...] olha *para a frente* e valoriza a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro.”, e quando o pragmatismo se aplica ao direito, a aplicação dos precedentes seria uma “diretriz”, e não um “dever”¹⁶⁹.

Dentre as características do pragmatismo, Posner fala da “atitude pragmática” *ativista*, que é “voltada para o progresso e a ‘capacidade de execução’”; indica que o pragmatista é *empírico* e que se interessa pelos “fatos”; que possui *ceticismo* em relação à “verdade final sobre qualquer coisa”¹⁷⁰; o pragmatista também é *antidogmático*, mantendo “vivo o debate e aberta a investigação”; o pragmatista é também *experimental*, realizando questionamentos a respeito de questões práticas¹⁷¹.

Para Posner¹⁷², as características por ele elencadas a respeito do pragmatismo não seriam aplicáveis a Dworkin, de modo que o pragmatista:

Provavelmente acharia a suposição de que um juiz tem a obrigação de manter uma ‘harmonia’ entre o que faz e o que fizeram seus predecessores tão estranha quanto a de que um cientista moderno

¹⁶⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 65.

¹⁶⁹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 4-5.

¹⁷⁰ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 5.

¹⁷¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 7.

¹⁷² POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 11.

tem a obrigação de manter harmonia entre o que faz e o que fizeram Arquimedes e Aristóteles. Há motivos práticos de caráter tanto epistemológico quanto político para afirmar que os juízes deveriam, de forma geral, seguir a jurisprudência e manter-se fiéis aos valores imanescentes a sua tradição jurídica. Isso, porém, não envolve nenhuma obrigação; e, se houver boas razões para romper com o passado em prol do presente e do futuro, um juiz não deve hesitar em fazê-lo, da mesma forma que as ciências, uma vez amadurecidas, não hesitam em esquecer seu fundador.¹⁷³

3.2.1.2 Posner e a teoria moral

Em *A problemática da teoria moral e jurídica*, Posner expõe logo no prefácio que o seu tema é, particularmente, a “libertação” do direito em relação à teoria moral¹⁷⁴. O autor apresenta duas versões para o seu argumento, sendo uma versão “forte” e a outra “moderada”. De acordo com a versão forte “a teorização moral não oferece nenhum fundamento útil para os juízos morais [...]” e que “não pode nos tornar moralmente melhores nem em nossa vida privada e nem em nossa atuação pública.” Já de acordo com a versão moderada “mesmo que a teorização moral possa fornecer um fundamento útil para alguns juízos morais, não deve ser usada para a formulação de juízos *jurídicos*.”¹⁷⁵

Posner também indica que a sua abordagem assemelha-se à de Oliver Wendell Holmes Jr. e que se opõe tanto ao “realismo moral metafísico”, como “ao das ‘respostas corretas’”¹⁷⁶. Mas Posner indica que a sua crítica à teoria *moral* não significa uma crítica à *teoria* em geral, indicando que considera úteis tanto a teoria econômica como áreas das ciências naturais, como a biologia da evolução. Além disso, considera útil e de fato utiliza uma teorização que é considerada distinta do tipo científico, não devendo, portanto, ser acusado de “cientificismo”.¹⁷⁷

Para Posner, a teoria moral seria “uma teoria sobre como *devemos* nos comportar; procura captar a verdade no que diz respeito a nossas obrigações

¹⁷³ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 12.

¹⁷⁴ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. xvii-xviii.

¹⁷⁵ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 3-4.

¹⁷⁶ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 17.

¹⁷⁷ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 18-19.

morais”. Assim, estaria relacionada a uma série de questões cujo objetivo seria saber se “nós devemos, ou não, agir de determinado modo”.¹⁷⁸

Para Posner, embora autores como Hart, Dworkin e Habermas tenham uma “pretensão de universalidade, as suas teorias se referem a um determinado ordenamento jurídico, sendo, respectivamente, o inglês para Hart, o norte-americano para Dworkin e o alemão para Habermas.¹⁷⁹

3.2.2 Os argumentos de Dworkin em *A justiça de toga*

Um exemplo da diversidade de significados que o termo pragmatismo pode assumir pode ser encontrado o capítulo *pragmatismo e direito*, presente em *A justiça de toga*. Dworkin inicia dizendo que quando os juristas se designam como pragmatistas isso pode significar que eles “são indivíduos práticos, mais interessados nas reais consequências de decisões políticas e jurídicas específicas do que em teoria abstratas”, mas que o termo “pragmatismo” pode também se referir a “um tipo de teoria filosófica abstrata”. Nesse contexto, Rorty se identificaria como um pragmatista filosófico¹⁸⁰. Esse ponto é importante porque Dworkin demonstra o erro da concepção de Rorty e a consequente necessidade de respostas corretas. Assim, o que Dworkin faz é contrapor a concepção de Rorty de que não devemos procurar entender as coisas como elas realmente são¹⁸¹, pois, para Dworkin, no âmbito do direito “os advogados acham que algumas sentenças judiciais realmente aplicam o direito de modo correto e com retidão, e que outras não o fazem”, e no âmbito da moral “Os cidadãos comuns acham que a Guerra do Golfo foi realmente justa ou injusta”. Assim, Dworkin questiona a afirmação de Rorty de que “pelo menos na teoria jurídica, atualmente somos todos pragmatistas”, uma vez que ainda tratamos as alegações dos juristas como relativas a “afirmações sobre o que é o

¹⁷⁸ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 21-22.

¹⁷⁹ POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 144.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p 53-54.

¹⁸¹ “Rorty diz que devemos abandonar a ideia de que indagação jurídica e moral, ou mesmo científica, é uma tentativa de descobrir o que realmente é assim, o que o direito realmente é, o que os textos realmente significam, que instituições realmente são justas, ou como é, de fato, o universo. Deveríamos desistir da ideia de que um vocabulário de conceitos ou um conjunto de proposições pode ser mais fiel do que outro para alguma ‘realidade’ de existência independente. Em vez disso, deveríamos admitir que nosso vocabulário é apenas o único que temos, aquele que parece atender aos nossos interesses ou ser útil para nós”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p 54.

direito e não sobre o que seria apropriado dizer que ele é”, bem como “supomos que as afirmações dos juristas podem tornar o direito correto ou errado”.¹⁸²

Dworkin identifica que para Rorty e seus seguidores haveria uma distinção entre dois níveis em que as pessoas pensam e falam: um nível interno “no qual se realiza algum empreendimento prático como direito, ciência, literatura ou engajamento moral”, e um nível externo, “em que filósofos e outros teóricos mais *falam* sobre esses empreendimentos do que deles participam.”, sendo esse nível externo o nível em que se tentaria descobrir, “mesmo nos casos difíceis, o que é realmente o direito”. No entanto, como afirma Dworkin, esse nível externo não existe. Por exemplo: não haveria um “nível teórico externo” em que “a afirmação ‘o direito, devidamente compreendido, permite a ação afirmativa’, possa significar algo diferente daquilo que significa no tribunal”.¹⁸³

Como afirma Dworkin, a sua “tese sobre as respostas corretas nos casos difíceis” seria uma “afirmação feita no âmbito da prática jurídica, e não em algum nível filosófico supostamente inefável, externo”. Dessa forma, quando ele (Dworkin) responde afirmativamente à pergunta sobre “se, no sentido comum em que os juristas poderiam dizer isso, seria sensato, correto ou certo afirmar, acerca de algum caso difícil, que o direito, devidamente interpretado, fica ao lado do demandante (ou do réu)”, isso não significa, como podem pensar os teóricos do direito que entendem que essa tese (da resposta correta) significa “alguma coisa além do que é percebido pela opinião comum”, que Dworkin esteja afirmando que *realmente* existem respostas corretas, ou respostas corretas *realmente verdadeira*, ou respostas corretas *em algum lugar*. Sendo esse o mesmo erro cometido por esses teóricos do direito o mesmo que é cometido por Rorty¹⁸⁴.

Dworkin também trata da questão do ceticismo externo e interno no artigo *Objetividade e verdade: melhor acreditar*. Dworkin inicia o artigo, com os seguintes questionamentos:

Será que existe alguma verdade objetiva? Ou devemos finalmente aceitar que no fundo, no fim das contas, filosoficamente falando, não existe verdade ‘real’, ou ‘objetiva’, ou ‘absoluta’, ou ‘fundacional’, ou ‘questão verdadeira’, ou ‘resposta certa’ sobre nada; que mesmo nossas convicções mais confiáveis sobre o que ocorreu no passado,

¹⁸² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p 55.

¹⁸³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p 56-57.

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 60-62.

ou do que o universo é feito, ou sobre quem somos, ou sobre o que é bonito, ou quem é mal, são somente nossas convicções, somente convenções, somente ideologia, somente insígnias de poder, somente regras de jogos de linguagem que decidimos jogar, somente o produto de nossa disposição irrefreável de nos enganarmos de que seja possível descobrir lá fora, em algum mundo objetivo, atemporal, independente da mente, que nós mesmos tenhamos de fato inventado, por instinto, imaginação e cultura?¹⁸⁵

Como pode ser visto, as questões remetem, dentre outros pontos, à possibilidade de existência de respostas corretas. Dworkin diz que essa perspectiva é conhecida como “pós-modernismo”, “antifundacionalismo” e “neopragmatismo”, e indica duas formas de um “ceticismo profundo”, sendo uma das versões a “geral, indiscriminada, que engloba tudo, a qual ataca a própria ideia de verdade objetiva sobre qualquer coisa”; e uma outra versão, que seria “limitada, seletiva, que aceita a verdade objetiva nas afirmações ‘descritivas’, [...], mas a nega nas verdades ‘valorativas’, como as morais éticas, interpretativas ou estéticas”, sendo ambas “arquimedianas”, como denominado por Dworkin, que são assim porque “pretendem afirmar que estão fora de todo um conjunto de crenças e que é possível julgá-lo, como um todo, a partir de premissas ou atitudes que nada tem a ver com ele”.¹⁸⁶

Mas, como aponta Dworkin, “Todo argumento [...] bem sucedido de que proposições valorativas não são nem verdadeiras nem falsas, deve ser interno ao domínio valorativo, ao invés de ser arquimedeano a esse respeito”. Exemplificando, Dworkin diz que “a tese de que não existe resposta certa sobre se o aborto é um mal é ela própria uma afirmação moral substantiva, a qual deve ser julgada e avaliada da mesma forma como qualquer outra asserção moral substantiva”. Da mesma forma, no âmbito jurídico “a tese de que não há resposta certa para a pergunta sobre como um artigo da Constituição deve ser compreendido é uma afirmação jurídica que deve, novamente, ser julgada ou avaliada como outras afirmações jurídicas”.¹⁸⁷

Já no capítulo *O elogio da teoria*, Dworkin inicia indicando que vai “abordar o papel da teoria no raciocínio jurídico e na prática jurídica”. Após oferecer uma série

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. **Revista Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 24, n. 3, p. 1, 2013. DOI: 10.5102/unijus.v24i3.2613. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2613>. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. **Revista Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 24, n. 3, p. 1, 2013. DOI: 10.5102/unijus.v24i3.2613. DOI: 10.5102/unijus.v24i3.2613. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2613>. Acesso em: 8 mar. 2022.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. **Revista Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 24, n. 3, p. 2, 2013. DOI: 10.5102/unijus.v24i3.2613. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2613>. Acesso em: 8 mar. 2022.

de exemplos em que se discute a responsabilidade de laboratórios farmacêuticos quanto a medicamentos que causaram efeitos colaterais danosos a uma mulher que fez usos desses medicamentos; se a queima da bandeira pode ser considerada como um ato criminoso de acordo com a Primeira Emenda; e de se a Constituição asseguraria um direito ao suicídio assistido, Dworkin pergunta: Qual é a natureza de uma afirmação de que os laboratórios farmacêuticos são, de acordo com o direito, conjunta e individualmente responsáveis? Ou de que a Primeira Emenda protege a queima de bandeiras? Ou de que a Décima Quarta Emenda assegura o direito ao suicídio assistido? Ou, de outra forma: “Qual é a maneira adequada de raciocinar ou apresentar argumentos sobre a veracidade de alegações de direito?”¹⁸⁸

Dworkin apresenta então duas alternativas: a “abordagem teórica” e a abordagem “prática”. De acordo com a abordagem teórica “raciocinar em termos jurídicos significa aplicar a problemas jurídicos específicos [...] uma ampla rede de princípios de natureza jurídica ou de moralidade política”. Já para a abordagem prática “Uma decisão judicial é um acontecimento político, e juízes, advogados e todos os que refletem sobre o direito devem voltar sua atenção para o problema prático imediato que qualquer acontecimento político representa”, de modo que o questionamento a ser feito seria “como podemos tornar as coisas melhores?”, para tanto, seria necessário conhecer as consequências de diferentes decisões, mas não seria necessário uma “biblioteca de filosofia política”¹⁸⁹.

Aquilo que Dworkin chama de “alegação de direito” seria “equivalente à afirmação de que um ou outro princípio oferece uma melhor justificação de algum aspecto da prática jurídica”, sendo essa melhor justificação seria melhor “no sentido interpretativo”. Ou seja, “melhor porque se ajusta melhor à prática jurídica e coloca esta sob uma luz mais favorável”.¹⁹⁰

Dworkin vê o raciocínio moral como *ascensão justificadora*, o que acaba desenvolvendo uma *teoria*. Mas essa teoria estaria relacionada à “responsabilidade moral”, de forma que a *teoria* então “deve procurar assegurar a integridade das convicções, articulando-as de forma coerente”.¹⁹¹ Mas é interessante que aquilo que Dworkin chama de “ascensão justificadora”, começa, por assim dizer, de dentro,

¹⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 71-72.

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 72-73.

¹⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 76.

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges da. Teoria, antiteoria e prática: um passeio pelos Divergent Paths de Richard Posner. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 95, maio/ago. 2019.

para depois ir para um ambiente mais amplo¹⁹². Ao contrário de Hércules, que raciocinaria de “fora para dentro”¹⁹³, as pessoas comuns, como também os juristas e os juízes, raciocinariam de “dentro para fora”. De toda forma, é importante lembrar que Hércules é uma metáfora¹⁹⁴

Dworkin reúne três tópicos que considera como principais quanto ao que defendem aqueles que são contrários à teoria moral: o metafísico, o pragmático e o profissional¹⁹⁵.

Com relação ao aspecto da pragmática, Dworkin discute dois pontos levantados por Posner, sendo o primeiro o fato de a alternativa pragmática ser progressista. Dworkin então discute os dois sentidos que progressista pode ter. Dworkin informa que a sua teoria, a abordagem teórica, é consequencial em dois sentidos: o primeiro sentido é quanto ao seu “objetivo geral”, uma vez que “visa a uma estrutura do direito e da comunidade que é igualitária”, e também é consequencial no “detalhe”, uma vez que, “cada argumento jurídico interpretativo tem por finalidade assegurar um estado de coisas que, de acordo com princípios incorporados à nossa prática, seja superior às alternativas”. Assim a objeção de Posner quanto à abordagem teórica não ser progressista não seria correta, pois ela é consequencial.¹⁹⁶

¹⁹² “Quando afastamos nosso olhar por um instante dos casos particulares que parecem mais pertinentes no momento e olhamos para as áreas adjacentes ao direito, ou, talvez, quando afastamos bastante o nosso olhar e fazemos um exame geral, e, digamos, da responsabilidade civil por acidentes, do direito constitucional ou dos nossos pressupostos sobre poder ou responsabilidade judicial -, podemos nos deparar com uma séria ameaça à nossa afirmação de que o princípio que estávamos prestes a endossar nos permite enxergar nossas práticas jurídicas sob a luz mais favorável. Isso porque podemos descobrir que esse princípio é incompatível ou não se harmoniza, em alguns outros sentidos, com outro princípio com o qual devemos contar para justificar alguma outra esfera mais ampla do direito.”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 76.

¹⁹³ “Ele poderia expressar seus pensamentos sobre uma vasta gama de problemas, desde os mais específicos até outros, mais amplos e abstratos, não de dentro para fora, como fazem muitos juristas, mas sim de fora para dentro, da maneira contrária. Antes de julgar seu primeiro caso, ele poderia elaborar uma teoria gigantesca, de grande abrangência e apropriada a todas as situações. Ele poderia decidir todas as questões fundamentais de metafísica, epistemologia e ética, e também de moral, inclusive de moralidade política. Poderia decidir sobre o que existe no universo, e por que se justifica que ele pense que é aquilo que existe; sobre o que a justiça e a imparcialidade exigem; sobre o que significa a liberdade de expressão quando bem compreendida, e se e por que se trata de uma liberdade particularmente digna de proteção; e sobre quando e por que é correto exigir que as pessoas cuja atividade está ligada ao prejuízo de outras as indenizem por tal prejuízo. Ele poderia combinar tudo isso e outras coisas mais de modo a formar um sistema maravilhosamente arquitetônico. Ao surgir um novo caso, ele estaria muito bem preparado.”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 78.

¹⁹⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 78.

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 83.

¹⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 88-89.

Já quanto ao segundo sentido de progressista, Dworkin afirma que se por um lado a abordagem teórica não é “necessariamente antiutilitarista nos detalhes”, por outro lado ela “tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial”, uma vez que para Dworkin “boa parte do direito [...] deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito e consequência”.¹⁹⁷

Quanto ao segundo ponto da abordagem pragmática, o fato de ser experiencial, Dworkin afirma que há um sentido em que a abordagem teórica também possui essa característica, uma vez que “recomenda que a decisão judicial seja imaginativa em relação a princípios, de modo que um juiz possa propor, como a melhor interpretação de uma área do direito, um princípio que não havia sido reconhecido no passado [...]”, a não ser que com experimental Posner queira dizer que tanto juristas como juízes devam buscar quais as soluções que “funcionam, sem levar em consideração quais são recomendadas ou endossadas por alguma teoria de peso”. Assim, deveriam se perguntar quais soluções “realmente tornariam as coisas melhores”.¹⁹⁸

Um exemplo utilizado por Dworkin pode auxiliar na compreensão desse ponto. O autor apresenta três situações relacionadas ao que funciona: na primeira, um carro quebra, o motor para e o carro não dá a partida. Caso se siga o conselho de “[...] fazer várias coisas para ver o que funciona.”, e assim, ao virar o chapéu ao contrário, fechar os olhos e girar a chave, o carro movimentar-se, não seria necessário discutir, apenas dirigir; na segunda situação, é está relacionada a um cosmólogo tentando descobrir a idade do universo. Nesse caso, a proposta de Posner de não se preocupar com a verdade e sim com o que funciona geraria perplexidade; já a terceira situação seria aquela em que um juiz tenta decidir se laboratórios farmacêuticos seriam responsáveis pelos danos sofridos por uma paciente. Nesse caso, o conselho de não procurar o que é verdadeiro e sim o que funciona seria inútil, uma vez que seria necessário “decidir sobre o que é verdadeiro a respeito de um grande número de questões [...] antes de poder decidir sobre o que ‘funciona’.”, isso porque, ao contrário dos casos anteriores, não haveria “nenhum critério independente que lhe diga o que significa ‘funcionamento’”.¹⁹⁹

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 90.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 91.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 91-92.

Isso porque, como aponta o autor, embora em um contexto diferente, em determinadas situações não é possível ter uma opinião sobre o que é funcionamento, enquanto não se endosse “[...] um princípio geral que identifique um passo como sendo um passo à frente, e não como um passo atrás.”²⁰⁰

Portanto, para Dworkin, os princípios possuem uma importante função para identificar o que funciona.

Por fim, o profissionalismo. Para esse ponto, o campo do direito seria distinto do campo filosófico, não sendo necessário que juristas resolvessem grandes problemas teóricos²⁰¹. Dessa vez Dworkin contrapõe Cass Sunstein e a oposição que ele faz em relação à abordagem teórica, mas conclui que o próprio Sunstein acaba atenuando as refutações que havia feito em relação à abordagem de Dworkin, do papel da teoria na resolução de casos²⁰².

Dessa forma, vale citar a defesa que Dworkin faz da integridade e consequentemente da defesa de um governo com igual consideração:

Toda democracia contemporânea é uma nação dividida, e nossa própria democracia é particularmente dividida. Nossas divisões são de natureza cultural, étnica, política e moral. Não obstante, aspiramos a viver juntos como iguais, e parece absolutamente crucial para essa ambição que também aspiremos que os princípios que nos governam nos tratem como iguais. Devemos nos empenhar o máximo possível em não aplicar uma teoria da responsabilidade aos laboratórios farmacêuticos e outra teoria aos motoristas, em não adotar uma teoria da liberdade de expressão quando estamos preocupados com a pornografia e outra teoria quando o que nos preocupa é a queima de bandeira. Só poderemos perseguir essa indispensável ambição se tentarmos, sempre que necessário, nos colocar em um plano bastante elevado em nossas deliberações coletivas, inclusive em nossas decisões judiciais, de modo a pôr à prova nosso progresso em tal direção. Devemos nos incumbir desse dever soberano se pretendemos alcançar um Estado de Direito que não seja apenas instrumento de avanço econômico e paz social, mas

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 195.

²⁰¹ “Aqui, somos apenas juristas. Não somos filósofos. O direito tem sua própria disciplina, seus próprios meios de exercer seu ofício. Quando você ingressa em uma faculdade de direito, ensinam-lhe a pensar como advogado, não como filósofo. Advogados não tentam decidir insondáveis questões teóricas de teoria moral ou política. Eles decidem questões específicas no varejo, uma por uma, de modo mais limitado e circunscrito. Seus canais de argumentação não são os volumosos tratados filosóficos, mas sim os métodos despreziosos e confiáveis de análise e analogia textuais.”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 93-94.

²⁰² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 102.

um símbolo e espelho da igual consideração pública, que nos dá o direito de afirmar a comunidade.²⁰³

3.2.2.1 Resposta correta e consequencialismo de princípios

Com Pedron e Ommati, vemos que Dworkin, ao desenvolver a tese da única “resposta correta”, resiste tanto ao convencionalismo como ao pragmatismo, especialmente quanto à discricionariedade judicial, uma vez que a “legitimidade dos provimentos estatais” estaria relacionada à “observância da *integridade* do Direito.²⁰⁴

De acordo com Copetti Neto e Leite, Dworkin e Posner teriam respostas diferentes para a pergunta quanto à existência de respostas corretas em direito. Isso porque enquanto Dworkin defenderia a existência de respostas corretas em casos difíceis, Posner defenderia a sua inexistência, havendo apenas “respostas que *deem certo*”²⁰⁵

A diferença entre a resposta dada por Posner e por Dworkin estaria então relacionada à concepção que cada um dos autores tem sobre o conceito de direito. Posner seria um (neo)pragmático que teria criado um pragmatismo *sui generis*. Assim, o pragmatismo teria um “forte aspecto funcional”, uma vez que para uma determinada ideia ser aceita como verdade deve apresentar um *aspecto positivo* e “cooperar com as demais ideias aceitas pelo indivíduo”. Ainda, para o pragmatismo, o significado ou valor de alguma coisa é determinado pelas suas consequências práticas”, e a verdade “é aquilo que é útil e funciona para um arquétipo predeterminado”.²⁰⁶

Para Dworkin, o direito seria um sistema jurídico, com coerência interna. Dworkin defende o direito como integridade; a exigência de que o direito seja visto como uma *rede de trama fechada*; uma ligação intrínseca entre direito e moral; e que

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105-106.

²⁰⁴ PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 103

²⁰⁵ COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. O debate Ronald Dworkin e Richard Posner: notas sobre o direito como integridade. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, Glauco Salomão; ABOUD, Georges (org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 248-249.

²⁰⁶ COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. O debate Ronald Dworkin e Richard Posner: notas sobre o direito como integridade. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, Glauco Salomão; ABOUD, Georges (org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 249.

em casos controversos “juiz deve entrar em um processo interpretativo, sendo guiado pelos princípios”.²⁰⁷

Considerando o que foi exposto anteriormente e buscando unir os pontos que Dworkin discute e desenvolve, é possível então partir para a discussão envolvendo a forma como as decisões jurídicas devem ser tomadas, a partir do pensamento desse autor. Para tanto, também importante a contribuição de Motta, que une tanto a questão do procedimento como a interpretação, ou seja, como explica o autor:

Defendemos o ponto de que uma decisão jurídica deve ter a sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um procedimento constitucionalmente adequado, por meio do qual se garanta, aos interessados, aquilo que Dworkin trata por participação moral; por outro, a decisão deve estar fundamentada em numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a responsabilidade enquanto virtude. Outra maneira de dizê-lo é: a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma dupla dimensão, a saber, procedimental e interpretativa. Essas dimensões são interdependentes e reciprocamente constitutivas. O próprio conceito de procedimento democrático é um conceito interpretativo, apresentar etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas é uma forma de colocá-las sob sua melhor luz. Neste sentido, concebe-se o procedimento atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso.²⁰⁸

Em sentido similar, tratando da “resposta correta” de Dworkin, Meyer aduz que, não obstante as diferentes formas de acordo com as quais a *única resposta correta* é entendida, essa não se trata de “algo posto de antemão”, mas sim de “uma questão interpretativa”²⁰⁹. Assim, como aponta o autor:

O direito que os juízes declaram às partes deve ser a melhor resposta para as mesmas: deve ser a *resposta correta*. A resposta correta é a melhor interpretação que os juízes, responsavelmente, podem fazer das práticas de uma comunidade, algo que eles só

²⁰⁷ COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. O debate Ronald Dworkin e Richard Posner: notas sobre o direito como integridade. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, Glauco Salomão; ABOUD, Georges (org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 250-251.

²⁰⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. São Paulo: JusPodivm, 2021. p. 265.

²⁰⁹ MEYER, Emílio Peluso Neder. Os direitos que temos: a tese da única resposta correta em Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 144-145.

podem fazê-lo por intermédio de *argumentos de princípio*. (grifo do autor).²¹⁰

Ainda assim, é necessário notar que algumas adaptações da teoria de Dworkin são necessárias tendo em vista o contexto brasileiro. Lopes aponta seis distinções do contexto brasileiro em relação à teoria de Dworkin, e que portanto necessitam de adaptações: 1) o primeiro dos pontos a ser considerado é o fato de estarmos em um país do *Civil Law*, 2) o segundo ponto está relacionado à nossa Constituição ainda ser jovem, sem que a distância temporal justifique interpretações muito construtivas, além de ser mais detalhada que a Constituição americana; 3) o terceiro ponto, de acordo com o autor, seria que a “nossa jurisprudência é profundamente fragmentada e pouco argumentada”, de modo que um ‘apego’ ao texto seria uma forma de combater a discricionariedade judicial; 4) o quarto ponto seria o “decisionismo” presente na nossa prática social, sendo a discricionariedade judicial uma das suas expressões; 5) o quinto ponto é a forma como foi recepcionado o integracionismo no Brasil, de modo a fomentar a própria discricionariedade; 6) e o sexto ponto seriam aos nossos “elementos institucionais”, como o desempenho do Legislativo e as decisões judiciais.²¹¹

Da mesma forma, é necessário indicar a concepção de Dworkin a respeito da própria democracia. De acordo com Tassinari, ao analisar o texto “Equality, democracy and consittution: we the people in Court?”, no qual Dworkin discorre a respeito da democracia, identifica duas questões relativas ao *problema democrático* a que se refere o autor, que girariam em torno da questão de: “[...] em que medida podemos dizer que *vivemos em democracia*? Qual o sentido para democracia quando acomodamos, junto a ela, também elementos de sua própria contenção?”²¹²

Assim, Dworkin apresenta duas “perspectivas”, sendo elas a “estatística (*statistical*)” e a outra a “comunitária (*communal*)”, de modo que a partir da perspectiva estatística a democracia seria vista “[...] do somatório de vontades singulares, que, em seu conjunto, por maioria, constituem um todo.”, enquanto a

²¹⁰ MEYER, Emílio Peluso Neder. Os direitos que temos: a tese da única resposta correta em Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 145.

²¹¹ LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 445-447.

²¹² TASSINARI, Clarissa. Ronald Dworkin e o sentido da democracia: breves aproximações. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 110-111

perspectiva comunitária “[...] pressupõe engajamento social, uma responsabilidade individual *em nome de determinado grupo* [...]”²¹³. Já no contexto brasileiro, para a autora, tanto a garantia de igualdade como a estabilidade institucional comporiam uma “concepção mínima de democracia”²¹⁴.

3.2.2.2 A resposta correta e a responsabilidade moral

De acordo com Motta e Mello, “Em *Justice for Hedgehogs*, a resposta de Dworkin aos críticos das teses da única resposta certa e ao argumento da unidade do valor se encontra na teoria da responsabilidade moral.”²¹⁵

No capítulo *Responsabilidade Moral*, da obra *A raposa e o porco-espinho*, Dworkin afirma que, no âmbito das opiniões morais, embora não seja possível *demonstrar* que opiniões morais sejam falsas ou verdadeiras, é possível convencer a outra pessoa de que, no desenvolvimento das opiniões, se agiu com responsabilidade²¹⁶. Assim, Dworkin afirma que “[...] a essência da responsabilidade é a integridade e que a epistemologia da pessoa moralmente responsável será interpretativa.”²¹⁷. Para Dworkin, essas questões estão interligadas:

Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas diversas interpretações concretas alcançam uma integridade geral, de tal modo que cada uma delas sustente as outras numa rede de valores que abraçamos automaticamente. Na medida em que fracassamos nesse projeto interpretativo – e parece impossível obter nele um sucesso total –, nós não agimos a partir de uma convicção plena, e nesse sentido não somos plenamente responsáveis.²¹⁸

²¹³ TASSINARI, Clarissa. Ronald Dworkin e o sentido da democracia: breves aproximações. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 112.

²¹⁴ TASSINARI, Clarissa. Ronald Dworkin e o sentido da democracia: breves aproximações. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 117

²¹⁵ MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A Ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 22, n. 2, p. 747, 2017. DOI - 10.14210/nej.v22n2.p723-753 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>. Acesso em: 8 mar. 2022.

²¹⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 151.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 152.

²¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 153.

Assim, embora a realização completa da responsabilidade moral seja impossível, essa é um “trabalho sempre em andamento”, ou seja: “[...] é responsável aquele que aceita a integridade e a autenticidade moral como ideais apropriados e empenha um esforço razoável para realizá-las.”²¹⁹

Dworkin indaga qual a importância da responsabilidade moral. A importância pode ser relacionada à própria atuação coerente dos governantes. De acordo com o autor, embora os cidadãos não possam exigir que as “autoridades” ajam de acordo com princípios que esse cidadão entenda como sendo relevantes, é possível sim “exigir que as autoridades ajam com base nos princípios que elas mesmas professam.”²²⁰. Aqui pode ser também encontrada a questão relativa à resposta correta. Como aponta Ommati:

No caso do Direito, a melhor interpretação da prática jurídica implica considerá-lo (o Direito) uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz. Isso porque os praticantes dessa atividade (Direito) raciocinam e decidem não apenas com base em regras escritas, mas também com base em princípios, expressos e implícitos, pouco importa, e buscam sempre estabelecer nas diversas controvérsias nas quais se envolvem qual é a resposta correta, quem tem direito e quem não tem, o que o Direito exige em cada situação. É também a partir dessa ordem de ideias que se pode compreender porque se diz que existe um fundamento político do Direito: a busca pela realização das iguais liberdades de todos. Ao se interpretar o Direito a partir dessa perspectiva, a interpretação melhor realiza os objetivos adequadamente atribuídos à prática interpretativa adequadamente identificada como pertinente.²²¹

Como afirma Dworkin, a justificação de um juízo valor é feita com base em argumentos que o corroborem, sendo que esses argumentos são compostos por juízos de valor que novamente são sustentados por argumentos, e assim sucessivamente. Isso porque não existem “partículas morais” que ofereçam uma justificação independente²²². Assim, a argumentação teria fim quando, por meio de

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 164.

²²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 171.

²²¹ OMMATI, José Emílio Medauar. A verdade no direito: reflexões a partir da tese da única resposta correta de Ronald Dworkin. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 369.

²²² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 176-177

uma relação entre as diversas partes de uma teoria elaborada que seja capaz de encontrar a si mesma, ou seja:

O máximo que podemos dizer é: o argumento termina se e quando encontra a si mesmo. [...] Se você organizar todas as suas convicções morais num filtro idealmente eficaz que encapsule sua vontade, elas formarão um grande sistema de princípios e ideias interconectados e independentes. Para defender qualquer parte dessa rede, tudo o que você pode fazer é citar alguma outra parte – até que consiga, de algum modo, justificar todas as partes pelas demais. [...] A veracidade de qualquer juízo moral verdadeiro consiste na veracidade de um número indefinido de outros juízos morais. Do mesmo modo, a veracidade daquele juízo constitui em parte a veracidade de qualquer um desses outros.²²³

Ou seja, como não existem as partículas morais, os conceitos morais são, para Dworkin, interpretativos, de modo que “[...] seu uso correto é uma questão de interpretação, e as pessoas que os usam discordam acerca de qual interpretação é a melhor.”²²⁴

3.3 Breves conclusões sobre o debate Posner vs Dworkin

Streck adverte que é necessário ter cuidado quando, na discussão com Posner, Dworkin afirma ser consequencialista²²⁵. Como explica o autor:

Mas haveria uma contradição, aqui? Na verdade, ele é ‘consequencialista’ não no sentido de Richard Posner (Análise Econômica do Direito). Mas o é no sentido de que o juiz é responsável politicamente pelo que faz com os princípios que constituem internamente uma comunidade democrática. Ou seja, se o juiz decide de um modo, ele está onerado em suportar as consequências desta decisão (e de seus fundamentos) para os próximos casos. Para que fique bem claro as diferenças entre ‘consequencialismo de Posner’ e ‘o de Dworkin’, cabe bem dizer que

²²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 177

²²⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 182

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, n. 1, p. 215, 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>. Acesso em: 30 jun. 2022.

minha crítica ao pamprincipiologismo é um argumento ‘consequencialista’, na linha do que afirma Dworkin.²²⁶

Como apontam Abboud, Carnio e Oliveira, “O grande atrativo da proposta de Posner é, sem dúvida nenhuma, o seu apelo prático. [...] a sua aparentemente, despretensiosa teoria parece dar notas de grande utilidade e adequação aos problemas contemporâneos do direito”²²⁷.

No entanto, ainda de acordo com os autores, tanto o “debate sobre os conteúdos morais dos conceitos jurídicos” como “a reflexão teórica” são inescapáveis. E isso pelo seguinte motivo: “todo aquele que estiver comprometido com alguma ambição de igualdade e democracia terá melhor sucesso se enveredar pelos caminhos da teoria.”²²⁸

Pelo que foi mostrado, é possível concordar com Arruda quando a autora diz que Posner não identifica uma forma de sustentação da sua proposta²²⁹. E continua a autora:

E se Posner não pretende oferecer claramente um fundamento pelo qual devemos agir pragmaticamente, mas tão somente descrições sobre atitudes judiciais em que há indícios de seu viés liberal, então ele escapa ao desafio mais importante do pragmatismo em um contexto jurídico: a definição dos fins e necessidades sociais a serem perseguidas. Afinal, debates sobre o que torna as coisas melhores e debates sobre a distribuição justa de ‘melhorias’ são inevitáveis no âmbito jurídico. É simplesmente uma ‘petição de princípio’ pensar que tais debates podem ser substituídos por um compromisso de boa índole pragmática para a melhoria da sociedade. Uma índole que se refere apenas ao juiz sobre a qual a sociedade tem o controle pelos constrangimentos internos e externos de sua profissão.²³⁰

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, n. 1, p. 215, 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>. Acesso em: 30 jun. 2022.

²²⁷ ABOUB, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 165.

²²⁸ ABOUB, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 166-167.

²²⁹ “Uma vez rejeitada a teoria moral e, portanto, o fundamento teórico para as suas posições, Posner não apresenta nenhum outro modo pelo qual pode sustentar suas ideias, tais como a sua afirmação de que o pragmatismo é melhor porque ela atinge a melhores ‘fins’. Mesmo a ideia de ‘melhores’ assume algum tipo de teoria moral, o que é uma contradição da retórica pragmática.”. ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 259. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificais_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar 2022.

²³⁰ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 260. Dissertação (Mestrado em Direito) -

Retomando a questão do pastiche, de que fala Arruda, Posner se aproxima do ceticismo interno, do ceticismo externo e também de uma postura não cética. A proximidade do ceticismo interno está quando Posner argumenta “pela indeterminação do direito”; a proximidade com o ceticismo externo ocorre quando postula “a inviabilidade da aplicação da filosofia e da teoria moral às decisões judiciais; e a postura não cética encontra-se “ao afirmar que há certas áreas do direito em que há consenso, e que podem ser tratadas objetivamente por meio das regras e precedentes jurídicos”.²³¹

Também é possível concordar com Copetti Neto e Leite, quando dizem que “[...] o professor de Chicago nunca quis compreender bem as críticas de Dworkin, até porque se as levasse ao fim e ao cabo restaria muito pouco de sua proposta jurídica voltada ao pragmatismo.”²³² Por fim, com Dworkin, vemos que as consequências das decisões não precisam ser abandonadas, mas guiadas por princípios:

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas.²³³

- Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

²³¹ ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. f. 274. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

²³² COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. O debate Ronald Dworkin e Richard Posner: notas sobre o direito como integridade. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, Glauco Salomão; ABOUD, Georges (org.). **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana** Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 247.

²³³ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 148.

4 A RECEPÇÃO DA LINDB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: QUAL O SIGNIFICADO DE “OBSERVAR AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS” NAS DECISÕES?

Como dito no primeiro capítulo, a LINDB é compreendida como Lei para interpretação e aplicação do Direito. Esses dois temas (interpretação e aplicação) são centrais para a Crítica Hermenêutica do Direito, matriz teórica fundada por Streck. Assim, no presente capítulo, passamos a analisar como a aplicação é vista pela Crítica Hermenêutica do Direito, a fim de que seja possível construir uma leitura (resposta) constitucionalmente adequada para a compreensão da LINDB e do dever de “observar as consequências práticas”, texto do artigo 20.

A escolha da Crítica Hermenêutica do Direito como lente teórica de análise ao problema da LINDB deve-se ao fato de que tal referencial já vem se debruçando sobre essas questões, bem como porque a CHD oferece respostas abrangentes, isto é, uma teoria da decisão judicial preocupada com a democracia, com os limites da decisão judicial e com a igualdade.

Por tratar tanto de decisões no âmbito administrativo como judicial, será abordado, em tópicos específicos, como a decisão em cada um desses âmbitos pode ser considerada. A importância de distinguir os dois está em que, apesar de ambos tratarem de decisão jurídica, e, como aponta Abboud, tanto na Administração como no Judiciário “as questões jurídicas [...] devem assentar-se em premissas de direito.”²³⁴, possuem, ainda assim, distinções, o que pode ser bem analisado através do texto *Direitos sociais e a falácia do nirvana*, de Wang. No texto podem ser identificados alguns pontos referentes à atuação da Administração e do Judiciário, no debate relacionado à realização dos direitos sociais, demonstrando aspectos inerentes a cada uma dessas diferentes áreas.²³⁵

Indicando a insuficiência de uma simples comparação sem que sejam analisadas as suas peculiaridades, além de apontar que geralmente é feita uma

²³⁴ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 155.

²³⁵ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, DF, v. 21, n. 125, p.482-513, out. 2019/jan. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2018>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2018/1315>. Acesso em: 23 ago. 2022.

comparação entre como os órgãos administrativos funcionam e como as Cortes deveriam funcionar.²³⁶, Wang também demonstra que mesmo as reformas que poderiam ser feitas no Judiciário para conferir maior legitimidade e capacidade institucional na realização de direitos sociais trazem uma série de problemas. Além da comparação “entre o que a Administração e o Legislativo de fato são com o que o Judiciário pode vir a ser”, ignorando-se que também o processo decisório no Legislativo e na Administração também podem ser melhorados. Um segundo problema está relacionado ao fato de as reformas tornarem os tribunais “quase-legislativos ou quase-executivos”. Já o terceiro problema está relacionado à demanda e ao tempo, de modo que “quanto mais aberto e complexo for o processo judicial, menos tempo os tribunais terão para atuar como um fórum ideal para reflexão e deliberação.”²³⁷.

Esses pontos reforçam a distinção entre a área administrativa e judicial, e também a análise em tópicos próprios.

4.1 A LINDB à luz dos elementos paradigmáticos da Crítica Hermenêutica do Direito

Como aponta Streck, por ter um enfoque na decisão jurídica, a Crítica Hermenêutica do Direito relaciona-se com uma teoria da decisão.²³⁸. Ainda de acordo com o autor, “[...] a hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa dworkiniana, trata, sim, de uma teoria da decisão, problemática que retrabalhei como o nome de Crítica Hermenêutica do Direito, colocando, inclusive, uma criteriologia decisória”.²³⁹

²³⁶ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos Sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 21, n. 125, p. 489, out. 2019/jan. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2018>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2018/1315>. Acesso em: 23 agosto de 2022.

²³⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Direitos Sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 21, n. 125, p. 501-504, out. 2019/jan. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2018>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2018/1315>. Acesso em: 23 agosto de 2022.

²³⁸ “Em largas linhas, a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica. É por isso que a CHD pode também ser interpretada como uma teoria da decisão.”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 518.

De acordo com Tassinari, “[...] a reflexão filosófica presente na obra de Streck, dentre outros temas, impulsiona o conhecimento jurídico em direção a uma pergunta fundamental: *como decidir?*”²⁴⁰. Como apontam Trindade e Oliveira,

Tal proposta está inserida no contexto do constitucionalismo contemporâneo que redefiniu o Direito Público, a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional. Assim, procura-se estabelecer o horizonte teórico adequado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. Enfatiza o autor que a obtenção de respostas adequadas à Constituição manifesta-se como direito fundamental do cidadão na medida em que a Constituição estabelece, expressamente, o dever de fundamentação das decisões judiciais.²⁴¹

Assim, a teoria da decisão de Streck, seria uma “*teoria da decisão de modelo construtivista*”. Dessa forma, como apontam os autores, seria

uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento, exigindo a construção de uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do Direito da comunidade política.²⁴²

De acordo com Streck, a LINDB não estaria “de acordo com o paradigma constitucional pós-88”²⁴³, estando inadequada “ao novo direito que surgiu com a

²⁴⁰ TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: JusPODVIM, 2019. p. 149. A autora identifica, nos termos da teoria da decisão, “quatro elementos centrais”, quais sejam: “*um novo modo de compreender o ato interpretativo*”; “*a responsabilidade política dos juizes*”, ponto relacionado à teoria de Dworkin; um “*dever de fundamentação*”, decorrente da responsabilidade política dos juizes e do art. 93, IX, da Constituição; e, por fim, que a exigência de fundamentação deve se dar nos termos das “*respostas constitucionalmente adequadas*”. TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: JusPODVIM, 2019. p. 149-152.

²⁴¹ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHDT**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, set./dez. p. 322-323, 2017. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09>. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁴² TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHDT**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, set./dez. p. 323, 2017. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09>. Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁴³ Como refere o autor “[...] ao se manter, nesta quadra da história, uma ‘lei de introdução ao direito’ (sic) pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros da aplicação ‘geral’ do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao novo constitucionalismo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo. Desse

Constituição”. Dessa forma, há pelo menos três elementos que parecem fundamentais – e estruturantes – para compreender as incompatibilidades da LINDB ao modelo constitucional brasileiro: a) a diferença filosófica entre texto e norma (que Streck elevará a um nível ontológico); b) a concepção de Constitucionalismo Contemporâneo (e sua dissociação com os neoconstitucionalismos); e c) a superação do positivismo (o não positivismo) e o papel dos princípios. Esses são os temas que serão tratados na sequência.

4.1.1 LINDB e a relação (ontológica) entre texto e norma

Para Streck, com a LINDB, a própria diferença entre texto jurídico e norma jurídica seria desrespeitada.²⁴⁴ Assim, pergunta Streck “A Constituição deve ser interpretada segundo os critérios da LINDB? Simples assim? Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro. Logo, se a Constituição é um texto jurídico (e que texto, não?), a referida lei já atribui a ela ‘normas’”.²⁴⁵ É desse modo que a Crítica Hermenêutica do Direito coloca o problema da LINDB à luz da compreensão da relação entre texto e norma.

Como aponta Abboud, “O texto normativo é o *programa da norma*, representa o enunciado legal (lei, súmula vinculante, portaria, decreto etc.), sua constituição é *ante casum* e sua existência é abstrata”. Já a norma, nas palavras do autor, “é produto de um complexo processo concretizador em que são envolvidos o programa normativo e o âmbito normativo.”²⁴⁶

Embora a distinção entre texto e norma elaborada pela Crítica Hermenêutica do Direito tenha identificações com a tese de Müller, ela também particularidades, de forma que a sua abordagem “[...] está baseada na fenomenologia hermenêutica e

modo, jamais se terá a constitucionalização do direito civil; no máximo, ter-se-á uma ‘*codificação da Constituição*.’” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e) m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 165.

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 127-128.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 128.

²⁴⁶ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 69.

nos seus teoremas fundamentais, [...]”, e em especial a diferença ontológica²⁴⁷. Assim, nas palavras de Streck:

Portanto, quando trabalho a *diferença* entre texto e norma, não estou me referindo a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na ‘realidade’), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei etc.). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma *não são coisas separadas* (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete ‘extrair um sentido oculto do texto’, como defendem algumas posturas axiológicas. Não! Definitivamente, não! Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas -, porque o texto só será compreendido em sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos ‘sem coisas’. (grifo do autor).²⁴⁸

Dessa forma, a “construção da relação texto-norma” ocorre “no contexto da diferença ontológica”.²⁴⁹ Ou seja, “*quando me deparo com o texto, ele já ex-surge*”

²⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369. Ainda, como aponta o autor, “Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como ‘um conceito abstrato’). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. o texto já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. O intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 51. A mesma questão a respeito da relação entre texto e norma pode ser aplicada à súmula e ao precedente, como apontam Streck e Abboud “*A norma de que falamos é o sentido do ser do ente (texto)*. o texto só ex-surge na sua ‘normação’, valendo o mesmo raciocínio para a ‘dicotomia’ vigência-validade. Disso já exsurge a indagação: o que é um precedente? Ele não é um texto? O que é uma súmula? Ela não é um texto? Se são textos, não é necessário que a eles se atribuam normas? Parece elementar a conclusão. Quem acredita que texto e norma não são equivalentes, não pode acreditar, sob hipótese alguma, que uma súmula seja plenipotenciária.” STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 54-55.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369. Com a diferença ontológica também seriam superados o objetivismo e o subjetivismo, como aponta o autor: “Dizendo de outro modo, é esta, basicamente, a aplicação da diferença ontológica que fiz ao Direito – e ceio que de forma pioneira no Brasil – a partir da ruptura com a dicotomia texto-norma e vigência-validade. Ou seja, *é assim que se supera qualquer pretensão objetivista* (pela qual a norma estaria ‘contida’ no texto) e qualquer pretensão subjetivista (em que o texto perde importância na medida em que o intérprete atribui ‘qualquer’ norma ao texto, a partir de um conjunto de valores – v.g., o que ocorre com a jurisprudência dos valores e com as demais teorias axiológicas da interpretação jurídica.” STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 282.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 49. Como aponta Streck “A hermenêutica, a partir do que venho denominando uma *Crítica*

normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo. Essa operação ocorre graças à diferença ontológica”.²⁵⁰ Isso porque entre texto e norma não há nem uma cisão e nem uma identificação, mas uma diferença²⁵¹. Assim, “texto e norma não estão ‘colados’, nem ‘descolados’”²⁵². A norma, dessa forma, “[...] será sempre o resultado da interpretação do texto”. No entanto, “o texto não subsiste separadamente da norma”. Da mesma forma, a existência de uma diferença ente vigência e validade e entre texto e norma “não significa que possa existir a vigência como vigência ou o texto como texto”²⁵³. Assim, a partir dessa concepção de texto e norma, a própria existência da LINDB representaria um problema hermenêutico.

4.1.2 LINDB e o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo

No atual contexto histórico, as Constituições possuem um papel normativo central. Para que tal papel seja corretamente compreendido, é necessário que se compreenda o contexto histórico que o precede e que lhe traz substratos. Dessa forma, é possível encontrar tanto o neoconstitucionalismo como o Constitucionalismo Contemporâneo como modelos de compreensão voltados para o entendimento da Constituição, havendo diferenças entre ambos que impactam uma série de outros elementos constitutivos da prática jurídica. De acordo com Lenio Luiz Streck, o neoconstitucionalismo pode ser contextualizado da seguinte forma:

A expressão neoconstitucionalismo surgiu no interior de um contexto histórico específico, no qual a Europa passava por uma transição:

Hermenêutica do Direito, que introduz na relação texto-norma a diferença ontológica (*ontologische Differenz*), locus do mundo prático que é afastado pelas diversas teoria discursivo-procedurais, procura ultrapassar igualmente o dualismo ‘regra/princípio’, evitando-se, assim, a repriminção da subsunção e da dedução para os assim denominados ‘casos fáceis’ [...]”. Assim, de acordo com o autor, “A concepção hermenêutica procura ir além da cisão/separação entre texto e norma. Texto não é um enunciado linguístico; texto é evento; norma é produto da interpretação desse texto, portanto é a condição de possibilidade do sentido do texto. normas não são, pois, ‘capas de sentido’. Isso faz com que não se possa atribuir qualquer norma a um texto.”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 469-470.

²⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 313.

²⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 368.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 285.

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 312.

era necessário romper com um cenário político marcado pela eclosão de regimes totalitários e fazer emergir uma nova fundamentação para o Direito (consagrando a ideia de Estado Constitucional). Isso porque a Segunda Guerra Mundial deixou como herança a angústia de ter se convivido com severas restrições de direitos, amparadas pela legalidade (basta que se observe toda burocracia que a Alemanha nazista produziu para legitimar a violência). Com isso, o movimento neoconstitucionalista surge, especialmente na Espanha e na Itália, tendo Suzanna Pozzolo, Pietro Sanchís, Sastre Ariza, Paolo Comanducci e Ricardo Guastini como seus principais autores, visando à construção de um modelo de Direito não mais pensado sob a perspectiva positivista.²⁵⁴

Com isso, percebe-se que o tema possui um contexto próprio, referente à realidade encontrada nos países em que se passou por momentos totalitários, compreendendo uma tentativa de superação desse contexto. No entanto, algumas ponderações devem ser feitas quanto à utilização do termo no Brasil, considerando-se também o contexto específico.

Isso porque no Brasil a recepção do neoconstitucionalismo de maneira descontextualizada fez com que, como aponta Streck, se constata-se a inserção de teorias diversas, como a jurisprudência dos valores, as teorias da argumentação jurídica e o ativismo judicial norte-americano, o que, de acordo com o autor, acaba “sendo motivo de ambiguidades teóricas e até mal-entendidos”.²⁵⁵ Nesse sentido, o Constitucionalismo Contemporâneo, como exposto por Streck, seria exatamente uma maneira de “superar” os equívocos do Neoconstitucionalismo, ou seja:

O Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).²⁵⁶

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 145.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 146.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 37.

De toda forma, levando em conta o Constitucionalismo Contemporâneo, no campo jurisdicional, é possível notar, a partir do que aponta Streck, um conflito entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o positivismo, de forma a se colocar em conta três questões, relacionadas à interpretação, à aplicação e à possibilidade de se obter uma resposta correta (constitucionalmente adequada), principalmente em países de “modernidade tardia”²⁵⁷. Como aponta o autor, atualmente há um “deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção à jurisdição (constitucional)”, bem como a “invasão” do espaço de regulamentação do legislativo pelo constitucionalismo, tornando-se necessário que se estabeleçam limites ao “poder hermenêutico” que é afeto aos juízes.²⁵⁸

Também importante considerar que há, dessa forma, uma diferença entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo. De acordo com Abboud “*neoconstitucionalismo* reside em um fenômeno político jurídico surgido no pós-guerra”, por outro “o pós-positivismo consiste num paradigma filosófico que se originou a partir do giro linguístico e do giro ontológico-linguístico.”²⁵⁹, sendo que, como aponta o autor, “a premissa maior dos *neoconstitucionalistas* é a de que a norma comporta uma subdivisão entre regras e princípios, sendo os últimos a forma de se introduzir valores para o ordenamento jurídico”.²⁶⁰

Com base nisso, pode-se concluir que, no paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, a Constituição está no centro da criação (legislativa) do direito, mas também de sua aplicação. Isso se relaciona diretamente com a LINDB. Afinal, se a LINDB for compreendida como a lei que institui “a” metodologia aplicativa do direito, teríamos uma lei editada para regular, também, a Constituição (e sua aplicação), o que, como Streck já apontou, seria um grande problema, já que a relação entre texto constitucional e legislação infraconstitucional restaria invertida. Por outro lado, tudo aquilo que envolve a aplicação do direito não pode dizer respeito estritamente às consequências práticas da decisão, mas, fundamentalmente, ao que a Constituição informa como norma.

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 96.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.p. 97.

²⁵⁹ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 86.

²⁶⁰ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 93.

4.1.3 LINDB e o problema do positivismo jurídico

A compreensão sobre o pós-positivismo ou não positivismo²⁶¹ é importante para que se evite incompreensões a respeito do tema. De acordo com Streck, Friedrich Müller foi um dos primeiros a utilizar o termo pós-positivismo, na obra *Metódica Jurídica*. Uma vez que a “teoria estruturante do Direito” ressalta a diferença entre texto e norma, voltada para a “concretude dos fatos” e não apenas para a “positividade”, seria então uma teoria pós-positivista.²⁶²

Assim, o pós-positivismo surge na segunda metade do século XX e tendo em vista o contexto das duas guerras mundiais, de modo a se rediscutir o papel do Direito, tendo em vista o modelo “descritivista” do positivismo.²⁶³ Além disso, também é possível afirmar que a discricionariedade é o principal modo de diferenciar o positivismo do pós-positivismo.²⁶⁴

Abboud identifica, no campo da discricionariedade admirativa, cinco grupos, nos quais estão: a discricionariedade *interpretativa* – onde o ato discricionário seria considerado como oposto ao vinculado, havendo interpretação apenas no primeiro; a discricionariedade *optativa* – onde haveria uma escolha entre diversas escolhas legítimas; a discricionariedade *performática* – onde a discricionariedade traria uma blindagem do ato quanto à revisão jurisdicional, por estar “assentado em enunciados performáticos”; discricionariedade *volitiva* – na qual o ato administrativo estaria justificado por basear-se na vontade da lei ou do administrador; e a discricionariedade *técnica* – na qual se tornaria o ato insindicável por ser fundado em elementos técnicos.²⁶⁵ Sendo que, no âmbito judicial, a discricionariedade

²⁶¹ Na obra *Hermenêutica, jurisdição e decisão: Diálogos com Lenio Streck*, o autor explica que passou a utilizar o termo “não-positivista”, por não aceitar “os pressupostos de todas as formas de positivismo”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 80.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 211.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 212.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 214.

²⁶⁵ ABOUD, Georges. Introdução. In: ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 50.

optativa seria a “faceta da discricionariedade administrativa” que teria logrado êxito.²⁶⁶ Evidentemente, isso representa um risco, como o próprio autor aponta.

Além do que, para Abboud, haveria algo em comum entre as modalidades de discricionariedade, que seria a *alforria jurídico-constitucional*.²⁶⁷

O pós-positivismo, visto a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, não representa uma “atualização”, mas sim uma “ruptura”, com as “bases filosóficas” do positivismo. Assim, ao pós-positivismo podem ser atribuídas as seguintes características: o Direito passa a ser reconhecido “enquanto uma prática”; a “ênfase no acontecer do Direito”, e à sua “indeterminação”; a reaproximação do Direito com o seu entorno, com a moral e a política, portanto não sendo entendido em sua “autonomia absoluta”; a tentativa no sentido de construir uma teoria que seja “não-descritivista” e que vá além de dicotomias como “descrição/prescrição, fato/valor, ser/dever-ser”; procura por uma aplicação “não discricionária”, voltada para a “fundamentação/justificação”; uma maior “fluidez na construção do Direito”; o reconhecimento da “normatividade dos princípios jurídicos”; uma igual ou maior consideração da “legitimidade em relação a validade”, de modo que o Direito deve ser “democraticamente legítimo”.²⁶⁸

Por sua vez, Abboud, Carnio e Oliveira apontam que, para a compreensão do pós-positivismo, três pontos devem ser analisados, sendo eles: “(a) a diferença entre texto e norma; b) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade da lei ou do legislador; c) a sentença deixa de ser processo silogístico: ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção.”²⁶⁹

Quanto ao primeiro ponto, referente à diferença entre texto e norma, é possível identificar que tanto pela distinção identificada por Streck, enquanto “diferença ontológica”, na qual se insere a interpretação, como na perspectiva de Friedrich Müller, quando o referido autor aponta a dimensão do programa da norma e a dimensão do âmbito normativo, bem como a identificação do Direito feito por Dworkin, enquanto “prática interpretativa”, é possível indicar que a norma não seria a

²⁶⁶ ABBOUD, Georges. Introdução. In: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 325.

²⁶⁷ ABBOUD, Georges. Introdução. In: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 154.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 217-218.

²⁶⁹ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 372.

mesma lei, surgindo portanto com a interpretação. Quanto ao segundo ponto, a descoberta da vontade da lei ou do legislador não seria o objetivo da interpretação no pós-positivismo tendo em vista a historicidade, o momento em que é realizada a interpretação. Quanto ao terceiro ponto, a sentença não seria o resultado de um silogismo por conta de ser uma atribuição de sentido, ou seja: “[...] um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização de um caso concreto.”²⁷⁰

Assim, o pós-positivismo, como informa Oliveira, não estaria adstrito a uma nova concepção quanto aos princípios, em termos de sua “emergência” e sua classificação enquanto norma, mas estaria voltado também a questões como a indeterminação do direito, bem como ao que seria a *norma jurídica*.²⁷¹ Isso porque, como aponta o autor, haveria outros pontos na discussão e que estão envolvidos com os princípios:

Por certo que o conceito de princípio é determinante neste aspecto, pois os problemas advindos da indeterminação do direito passam pelo problema dos princípios, das cláusulas gerais, enunciados abertos, etc. Mas não basta dizer que nas teorias pós-positivistas os princípios são levados a sério, se não se coloca, corretamente, de qual conceito de princípio se está falando e qual o sentido em que seu significado se projeta.²⁷²

Ainda no que se refere ao positivismo, importante discutir a questão da discricionariedade. Isso porque, de acordo com Streck, no positivismo, “a discricionariedade judicial era e é uma fatalidade. A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do Direito”.²⁷³ Assim, para Streck, as teorias pós-positivistas ou não positivistas se preocupam com o seguinte ponto: “o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica”.²⁷⁴

²⁷⁰ ABOUB, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 373-376.

²⁷¹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170-171.

²⁷² OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 171.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 538.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. cap. 6. *E-book*. Como aponta o autor “Este ponto é fundamental para que fique bem claro para onde as teorias do Direito *pós-positivistas* (ou *não positivistas*, o que para os limites e objetivos desta obra, dá no mesmo) pretendem apontar sua artilharia: o enfrentamento do problema interpretativo, que é o elemento fundamental de toda experiência jurídica. Isso significa que, de algum modo, todas as teorias do Direito que se projetam nesta dimensão *pós-*

Vinculada à superação do positivismo, está também a adequada compreensão dos princípios. De acordo com Streck, os princípios constitucionais não significariam a positivação dos valores. O princípio atravessa a regra, “resgatando o mundo prático.” De acordo com o autor, *o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro [...]*²⁷⁵. Sendo necessária também a correta compreensão da relação entre princípios e moral²⁷⁶

Os princípios podem ser entendidos como uma “blindagem contra discricionariedades ou arbitrariedades.”²⁷⁷. Nesse contexto, importante combater o que Streck denomina de pamprincipiologismo, por afetar a autonomia do direito:

In fine, o estado da arte do quadro principiológico se torna ainda mais complexo e problemático quando se constata que se está diante de um conjunto de ‘princípios’ dos quais é difícil – para não dizer impossível – reconhecer o DNA em tempos de pós ou não positivismo e da busca da autonomia do Direito.

[...]

Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do Direito (e a força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno chamado de ‘pamprincipiologismo’ [...]

²⁷⁸

positivista (ou não positivista) procuram responder a este ponto; buscam enfrentar o problema das vagezas e ambiguidades dos textos jurídicos; procuram, enfim, enfrentar problemas próprios da chamada razão-prática – que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo (sintático-semântico). Daí o epíteto *pós-positivismo* ou não positivismo, que se refere à emergência de um novo modelo de teoria do Direito, no interior da qual o problema da razão prática recebe uma espécie de ‘dignidade epistemológica’”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 539.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e) m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 170.

²⁷⁶ “Nesse sentido, é necessário (re)afirmar o seguinte: o vínculo entre princípio e moral tem seu ponto de estofa exatamente no momento em que se percebe que a inserção do mundo prático representa um compromisso dos juizes no momento da decisão. Ou seja – e isto é uma questão de democracia –, a cooriginariedade entre Direito e moral, que tem seu enraizamento no todo principiológico da Constituição, impõe um dever de correção ao órgão julgante. Isto significa que, mais do que uma pauta ideal para os juizes, a tese da resposta correte (ou constitucionalmente adequada) impõe-lhes um dever: *o de demonstrar a legitimidade de suas decisões* (espécie de *accountability*)”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 582.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. cap. 4. *E-book*.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 574-575.

Como se pode perceber, a ausência de uma discussão hermenêutica comprometida com a qualidade da prestação jurisdicional na aplicação do artigo 20 da LINDB é produto da visão paradigmática que se tem do Direito. Daí ser relevante compreender que, inserido no Constitucionalismo Contemporâneo, o debate sobre “observar as consequências práticas da decisão” exige uma responsabilidade política do julgador ainda maior, porque implica uma justificativa sobre o locus da aplicação do conjunto normativo (constitucional e legislativo) que, junto com as consequências da decisão, também orbita o caso concreto. Ser não positivista implica observar com cautela todos os elementos que estão envolvidos na resolução do caso concreto. Ser não positivista implica discutir o sentido constitucionalmente adequado dado à LINDB, porque, no fundo, isso reflete um compromisso com a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas.

4.2 LINDB e a busca por respostas constitucionalmente adequadas no âmbito judicial

Na construção de sua teoria da decisão, Streck defende a existência de uma diferença entre decisão e escolha, afirmando que “tanto em um modelo hermenêutico (Crítica Hermenêutica do Direito) ou integrativo (dworkiniano), sentença e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado”²⁷⁹. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discrecionalidade*. Quando um jurista diz que o juiz possui poder discricionário para resolver os casos difíceis, o que ele quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier.

É nesse sentido que o autor afirma que a decisão se dá não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalte-se, por relevante, que essa

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 253.

construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).²⁸⁰

A exigência de fundamentação das decisões estaria então relacionada às duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX, quais sejam: o constitucionalismo e a invasão da filosofia pela linguagem. Dessa forma:

A Constituição do Brasil, ao estabelecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, não o fez no plano de uma ‘repetição’ dogmático-histórica do conceito, mas, sim, fê-lo sob a égide de duas grandes revoluções copernicanas que atravessaram o século XX: o constitucionalismo, que traz para dentro do Direito os conflitos sociais e tudo aquilo que era território ‘exclusivo’ do normativismo-privatístico, e a invasão da filosofia pela linguagem, que redundou na derrocada do esquema sujeito-objeto (nas versões das duas metafísicas).²⁸¹

Como diz Streck, “Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, pois.”²⁸² Por isso, de acordo com Streck, a resposta correta “deve ser entendida como uma metáfora”. Assim, “A metáfora da resposta correta, desse modo, será a explicitação de que é possível atravessar o ‘estado de natureza hermenêutico’ instalado no Direito. A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não significa um *genesis* a cada enunciação”.²⁸³ Como apontado por Streck na obra *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*, “A metáfora nos mostra que, ao nos situarmos no mundo, isso não implica um *genesis* a cada enunciação”. Dessa forma, “[...] estabelece-se a convicção (hermenêutica) de que há um desde-já-sempre (existencial) que conforma o meu compromisso minimamente objetivado(r)”.²⁸⁴

De acordo com Streck, a resposta constitucionalmente parte tanto da hermenêutica filosófica como da teoria de Dworkin:

Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 117.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 476.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 438.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 418-419.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. cap. 7. *E-book*.

desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da ‘*law as integrity*’ de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e integridade para conter as ‘contingências’ do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a ‘interpretação’ da ‘aplicação’ (daí a noção de *applicatio*, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*, tudo acontecendo como *applicatio*). (grifo do autor).²⁸⁵

Streck afirma, também, que a resposta correta de que fala não se trata de uma “simples adesão à proposta de Dworkin”, tendo em vista a diferença entre o *common law* e o *civil law*²⁸⁶. Inclusive, como aponta o autor “[...] aquilo que Dworkin parece buscar ‘fora’ do sistema já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira.”²⁸⁷

Diz Streck que a “*applicatio* é esse momento em que se encontram fundamentação e aplicação, sem que, no entanto, cada um deles possa ser compreendido isoladamente.”²⁸⁸²⁸⁹. De acordo com Streck “Deixar de lado o mundo

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 254. Como aponta o autor, podem ser encontrados pontos de contato entre Gadamer e Dworkin, “[...] além da coincidência entre a correção da interpretação, em Gadamer, e a tese da resposta correta, em Dworkin, podemos apontar, também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, bem como o significado prático dado à tarefa interpretativa; de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do Direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo *mundo prático*, operada pela tradição hermenêutica.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 543.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 254.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 393.

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 456. Com relação à aplicação, Gadamer diz que “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Prefácio à segunda edição. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 406. Gadamer diz que “[...] pensamos que a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Prefácio à segunda edição. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. p. 407.

²⁸⁹ Como apontam Trindade e Oliveira “Assim sendo, tanto o sentido da lei como o sentido de um texto literário qualquer ou, ainda, de um fragmento histórico do passado apresentam, sob a ótica gadameriana, uma mesma característica: o momento normativo da lei, do texto e do fragmento histórico, isto é, aquele momento que diz respeito a eles próprios, em que eles querem dizer por si mesmos, jamais pode ser cindido do momento cognitivo em que eles, de fato, são aplicados, lidos e investigados, respectivamente. Isso significa dizer, em última análise, que um momento pertence

prático é negar a história efetual na ingenuidade da fé metódico-procedural. Por isso não se pode esquecer que o método é o supremo momento da subjetividade.”²⁹⁰.

Ainda de acordo com Streck:

A applicatio evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica filosófica. Aquilo que é condição de possibilidade não pode vir a transformar-se em um ‘simples resultado’ manipulável pelo intérprete. Afinal, não podemos esquecer que mostrar a hermenêutica como produto de um raciocínio feito por etapas foi a forma que a hermenêutica clássica encontrou para buscar o controle do ‘processo’ de interpretação. Daí a importância conferida ao método, ‘supremo momento da subjetividade assujeitadora’. [...] a compreensão de algo como algo (etwas as etwas) simplesmente ocorre, porque o ato de compreender é existencial, fenomenológico, e não epistemológico. (grifo do autor).²⁹¹

Como se pode perceber, a Crítica Hermenêutica do Direito é construída a partir de aportes filosóficos. Tudo isso torna possível, também, o que Streck chama de defesa da autonomia do direito. Para o autor, no Estado Democrático de Direito, há um crescimento do grau de autonomia do direito, que se manifesta pela Constituição:

Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Ou seja, a sua autonomia passa a ser a sua própria condição de possibilidade.²⁹²

ao outro, de tal maneira que ambos formam uma unidade inseparável, que está diretamente ligada à estrutura universal da experiência hermenêutica.”. TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHDT**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 322, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09/6434> Acesso em: 12 abr. 2022.

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 439

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 446

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 401-402.

A partir disso, são identificados os chamados “predadores” do Direito, endógenos²⁹³ e exógenos²⁹⁴. A respeito dos predadores externos e internos, Streck afirma que:

Por isso o acerto de Dworkin, ao exigir uma ‘responsabilidade política’ dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Uma decisão adequada à Constituição (resposta hermenêuticamente correta) será fruto de uma reconstrução histórica do direito, com respeito à coerência e a integridade (exame da integridade legislativa e respeito a integridade das decisões anteriores). Não haverá grau zero de sentido. A resposta adequada à Constituição deverá estar fundada em argumentos de princípio e não em argumentos de política (teleológicos), como bem ensina Dworkin. Do mesmo modo, a resposta correta deve buscar a preservação do grau de autonomia que o direito atingiu nesta quadra da história, evitando-se os ‘predadores’ externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os ‘predadores’ internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie.²⁹⁵

Portanto, para preservar a autonomia do direito e para que a resolução de situações jurídicas controvertidas esteja de acordo com o paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo (rompendo com o positivismo e todo seu legado), é necessário que os predadores internos e externos estejam afastados da decisão jurídica. Essa afirmação, por si só, implica conceber a tomada de decisão jurídica a partir de um exercício hermenêutico que atenda a construções de sentido constitucionalmente adequadas. Daí porque a metáfora da resposta correta, embora

²⁹³ “[...] que funcionam no plano da dogmática jurídica (entendida como senso comum teórico), pelo pamprincipiologismo, pelos embargos declaratórios [...], pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta na discricionariedade judicial [...], pela aposta no ativismo e nas suas derivações, como o instrumentalismo processual e todas as formas e fórmulas que deslocam o problema da legitimidade da interpretação/aplicação do Direito em favor do protagonismo judicial [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 631-632.

²⁹⁴ “[...]que funcionam no plano da teoria do Direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção (e o uso) da moral como corretiva do Direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais, e, finalmente, os discursos *law economics*, que pretendem colocar o Direito a reboque de decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo).” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 632.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luis. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 103, ago. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v1i1.374>. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374/601>. Acesso em: 24 jun. 2022.

tenha sido elaborada muito mais direcionada ao âmbito judicial, pode também ser aplicada à esfera administrativa. Antes que de adentrar na relação entre respostas constitucionalmente adequadas e direito administrativo, torna-se relevante aprofundar os critérios criados por Streck que dão contorno à resposta constitucionalmente adequada.

4.2.1 Cinco princípios, seis hipóteses e três perguntas fundamentais

No âmbito da resposta constitucionalmente adequada Streck²⁹⁶, indica seis hipóteses em que o juiz pode deixar de aplicar uma lei, três perguntas fundamentais e cinco princípios/padrões que são fundantes da decisão jurídica. Começando pelas seis hipóteses, estas ocorreriam nos seguintes casos: (i) *quando a lei for inconstitucional*; (ii) *quando estiver em face do critério de antinomias*; (iii) *quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição*; (iv) *quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto*; (v) *quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto*; e (vi) *quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio*. Ressaltando-se que, na ausência de um dos referidos elementos, haveria violação do princípio da autonomia do Direito.²⁹⁷

As três perguntas fundamentais a que o juiz deverá responder seriam: (i) *se está diante de um direito fundamental com exigibilidade*; (ii) *se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas*; (iii) *e se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos*.²⁹⁸

Por sua vez, os cinco princípios fundamentais seriam: (i) a preservação da autonomia do direito; (ii) o controle hermenêutico da interpretação constitucional – a superação da discricionariedade; (iii) o respeito à integridade e à coerência do Direito; (iv) o dever fundamental de justificar as decisões; (v) o direito fundamental a

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 258-259.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 635.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 259. Nesse sentido, conferir também STRECK, Lenio Luiz. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao#top>. Acesso em: 13 abr. 2022.

uma resposta constitucionalmente adequada.²⁹⁹ Dessa forma, seguimos com a caracterização dos referidos princípios³⁰⁰:

Preservar a autonomia do Direito – de acordo com Streck

O Direito exurgido do paradigma do Estado Democrático de Direito (forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política a economia e a moral.

Controle hermenêutico da interpretação constitucional – de acordo com o autor:

Ratio final, este princípio deve ser lido como a imposição de limites às decisões judiciais ou, em outras palavras, como o enfrentamento do problema da discricionariedade (judicial). Veja-se: se no primeiro princípio a discricionariedade fragiliza o acentuado grau de autonomia alcançado pelo Direito no presente paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, aqui o controle hermenêutico se apresenta como um remédio contra o poder discricionário. (grifo de autor).

Efetivo respeito à integridade e à coerência do direito – nas palavras de Streck:

A partir desse princípio (padrão), objetiva-se estabelecer efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmat(cis)tas em geral.. [...] ‘Sua funcionalidade depende de um outro padrão’, qual seja, ‘o da necessidade da fundamentação das decisões’ (art. 93, IX, da CF), aqui alçado a dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão. (grifo de autor).

Dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação – como aponta Streck:

A fundamentação (justificação da decisão, em face da mediação entre o geral e o particular (o todo e a parte e a parte e o todo) na

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 259.

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 630-645.

tomada de decisões práticas (aqui reside a questão da moral, porque a Constituição agasalha em seu texto princípios que traduzem deontologicamente a promessa de uma vida boa, uma sociedade solidária, o resgate das promessas da modernidade etc.) faz com que nela – na fundamentação do compreendido o intérprete (juiz) não possa impor um conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico interpretativo

Portanto, por este princípio, é possível discutir a aplicação do Direito a partir da historicidade de cada ato hermenêutico interpretativo, isto porque o dever de fundamentar significa uma blindagem contra historicismos e a-historicidades. Com efeito, a historicidade da compreensão se apresenta como elemento fundamental do dever de fundamentação das decisões e, ao mesmo tempo, como pressuposto do princípio do direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Há que se levar em conta, ademais, que justificar queer dizer fundamentar. E que isso vai muito além de ‘motivar’. Posso ter vários motivos para fazer algo; mas talvez nenhum deles seja justificado.

Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada – como afirma o autor:

Este princípio traduz-se na garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Trata-se de um princípio no sentido adequado do termo, tendo uma relação de *estrita dependência* com o dever fundamental de justificar as decisões. (grifo do autor).

Sendo assim, como diz Streck, o direito a uma resposta constitucionalmente adequada será *consequência da obediência aos demais princípios*, ou seja

[...] isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação.³⁰¹

Ainda em relação às 6 hipóteses os cinco princípios, então, se fundiriam com as seis hipóteses em que uma lei pode não ser aplicada, sendo intercambiáveis “Esses princípios se fundem com as seis hipóteses – explicitadas anteriormente – pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma lei, na medida em que são intercambiáveis. Também ocorrerá a necessidade de se fazer as três perguntas

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 647.

fundamentais antes referidas, para filtrar e afastar atitudes/decisões de caráter ativista”.³⁰²

Para Streck, “mais do que possível, é necessário buscarmos busca por respostas hermeneuticamente adequadas (corretas)”³⁰³ Assim, como aponta Streck é *a possibilidade efetiva de respostas corretas que se constitui como blindagem contra ativismos/discricionariedades*³⁰⁴. Como aponta o autor:

Negar a possibilidade de que possa existir (sempre), para cada caso, uma resposta conformada à Constituição, portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo), pode significar a admissão de discricionariedade interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do Constitucionalismo Contemporâneo, introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas.³⁰⁵

De acordo com Streck:

[...] se quisermos deixar que o texto – que não subsiste como texto (jurídico), mas, sim, somente como uma norma (que é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, *aquilo que se diz sobre ele*) – nos diga algo, sua correção deverá ser aferida a partir da Constituição, e assim é possível afirmar que a resposta correta (verdadeira no sentido hermenêutico-constitucional da palavra) será a resposta adequada à Constituição. (grifo do autor).³⁰⁶

No Direito, ainda haveria uma particularidade, ou seja, “[...] diante da especificidade do Direito, em que cada texto jurídico deve estar conformado a um outro que lhe é superior (a Constituição), uma interpretação será constitucional (portanto, correta) e outra, inconstitucional (portanto, incorreta)”³⁰⁷. Diz Streck:

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 259.

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 368.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 462.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 471.

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 383.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 380.

A resposta correta é, pois, *applicatio*, (superada, portanto, a cisão – metafísica – do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação). Isto porque a interpretação do Direito é um ato de ‘integração’, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado (correto) se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). E – registre-se – a tradição não depende da vontade ou da discricionariedade do intérprete. (grifo do autor).³⁰⁸

4.2.2 Desdobramentos da proposta de Streck (por Georges Abboud)

A partir dos cinco princípios elencados por Streck a respeito da resposta adequada à Constituição, Abboud³⁰⁹ elabora mais uma série de requisitos que devem ser observados pelo juiz para a decisão correta, totalizando sete, sendo eles:

a) *Identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto*; b) *O julgador deverá identificar a legalidade aplicável ao caso*; c) *O julgador deverá identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso*; d) *deve haver um resgate da análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina*; e) *Deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu*; f) *O julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele é superior às demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões*; g) *O julgador para construir a resposta correta deve se preocupar com as consequências jurídicas da decisão*.

Como pode ser visto, o último requisito, relativo à observância das consequências, é de especial importância para o presente trabalho. Passamos então a identificar cada requisito:

- a) *Identificar precisamente a facticidade ínsita ao caso concreto*, conforme o autor:

[...] o que torna o direito um fenômeno infinito é a própria infinidade da vida. Do contrário, o direito seria uma mera reunião de leis,

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 387.

³⁰⁹ ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 472-474.

portarias e decretos. Em assim sendo, o processo de concretização da norma jurídica não pode prescindir do caso concreto. [...] Portanto, se o Judiciário não identificar precisamente e corretamente qual a questão fática a ser solucionada, não estará sendo atendido o primeiro requisito necessário para a formação da resposta correta.

- b) *O julgador deverá identificar a legalidade aplicável ao caso, segundo o qual:*

Em nosso sistema, em razão do que dispõe o inc. II do art. 5º da CF. Não se pode construir a resposta correta sem identificar antes de tudo qual a legalidade que rege o suporte fático. [...] Não há opção em aplicar ou não a lei. Ela somente pode ser desaplicada caso seja vislumbrada a sua inconstitucionalidade. Outrossim, não há argumento fundado em precedente que possa derrocar a incidência da lei. Ainda que não haja lei regulamentando a matéria, o juiz deve identificar qual dispositivo ou princípio constitucional que rege o caso concreto

- c) *O julgador deverá identificar as demais fontes jurídicas positivas aplicáveis ao caso, de modo que:*

[...] no ato de julgar deve-se perscrutar se há súmula (simples ou vinculante) sobre o tema, se há precedentes importantes a nortear a solução do novo caso. Nunca perdendo de vista que a aplicação de todas essas fontes não opera mecanicamente, demandando, para tanto, um intenso trabalho hermenêutico. A resposta correta do caso concreto nunca chega pronta numa súmula ou numa decisão dotada de efeito vinculante.

- d) *Deve haver um resgate da análise teórica do direito, mediante a incidência da fonte não positiva do direito, a doutrina, assim:*

Apenas elabora-se a resposta correta mediante um resgate da própria concepção teórica do direito. [...] A força vinculante da doutrina advém da obrigatoriedade de se motivar as decisões judiciais contidas no inc. IX do art. 93 da CF. Em outros termos, na quase totalidade dos casos, a decisão judicial não estará devidamente fundamentada se não estiver utilizando a doutrina como fundamento e mecanismo de análise do texto legal perante o caso concreto.

- e) *Deve haver estrita relação de individualização dos pedidos do autor bem como das exceções e dos pontos de defesa do réu, a partir do qual*

Em termos simples, a malfadada expressão de que o Judiciário não é obrigado a analisar todas as alegações trazidas pelas partes é, no

mínimo, um enunciado performático. Isso porque todas as alegações do autor e da defesa que possam alterar o julgamento da lide devem ser estritamente analisadas pelo julgador.

- f) *O julgador deve demonstrar porque a solução proferida por ele é superior às demais, compreendendo a apresentada por uma das partes ou presente em outras decisões, de modo que*

O dever de fundamentação somente estará devidamente preenchido se o julgador evidenciar as razões jurídicas pelas quais a decisão que proferiu é superior à apresentada por uma das partes quando ele acolhe a decisão apresentada pela parte contrária. Ou ainda, caso tenha julgado com base em matéria de ordem pública, proferindo decisão que não acolhe nem o ponto de vista do autor, nem o do réu, ao julgador torna-se obrigatória a demonstração do porquê a solução que ele alcançou é a mais correta [...].

- g) *O julgador para construir a resposta correta deve se preocupar com as consequências jurídicas da decisão, de modo que*

Mister salientar que essa assertiva não contradiz nossa crítica à discricionariedade e ativismo. Nossa perspectiva é contrária à imposição de um consequencialismo utilitarista e economicista às decisões judiciais. Todavia, isso não quer dizer que o magistrado não deve se preocupar com as consequências/reflexos legais de sua decisão.

4.3 LINDB e a busca por respostas constitucionalmente adequadas no âmbito administrativo

Abboud defende a “[...]concepção de resposta correta no âmbito administrativo e judicial”³¹⁰. Assim, de acordo com o autor:

Tanto a Administração quanto o Judiciário interpretam a lei para proferir decisão ou ato administrativo. Ambos estão vinculados à Constituição, o que lhes obriga proferir a melhor decisão para o caso concreto, mais especificamente, a decisão mais constitucionalmente adequada para o caso: a demonstração de ser a melhor solução e deve estar posta na fundamentação do ato ou da decisão.³¹¹

³¹⁰ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 208.

³¹¹ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 218.

Como visto, as alterações da LINDB, além da esfera judicial, alcançam também a esfera administrativa. Partindo desses pontos, é possível pensar uma ligação com a atividade da Administração Pública. De acordo com Leonel Pires Ohlweiler, embora possa ser polêmica a afirmação do Direito Administrativo enquanto conceito interpretativo, ainda assim essa concepção seria necessária por “abrir a compreensão do fenômeno jurídico administrativo para outros âmbitos [...]”³¹². Desse modo, o autor identifica o que significa compreender o Direito enquanto conceito interpretativo:

Como conceito interpretativo, [...] o Direito Administrativo é compreendido como prática interpretativa, ou seja, dotado de um conjunto de objetivos e princípios que lhe conferem sentido, mas não um sentido abstrato, obtido por meio de conceitos semânticos, mas um propósito construído no horizonte de sentido das relações intersubjetivas e projetado na história institucional da comunidade política a que pertence.³¹³

Interessante notar que, como aponta o autor, na conceituação quanto ao Direito administrativo, há a necessidade de se observar uma “pré-compreensão”, um “*a priori fundante*”³¹⁴. Para Ohlweiler, uma forma de se considerar o tema seria por meio de uma “Teoria da Decisão Administrativa”, ou seja, “o agir da Administração Pública, [...] com o propósito de materializar determinados objetivos constitucionais, sempre com a preocupação de evitar decisões arbitrárias”³¹⁵. Dessa forma, o autor indica uma concepção de Direito Administrativo que leva em consideração tanto a decisão, como os princípios e a interpretação:

O Direito Administrativo, assim, poderia ser indicado como o campo de conhecimento que estuda as condições de possibilidade (Streck) da decisão administrativa, seja no que tange ao conjunto de regras e princípios correlacionados ou no aspecto atinente às suas formas de expressão (atos administrativos, poderes, contratos, prestação de

³¹² OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22.

³¹³ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 22-23.

³¹⁴ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 24.

³¹⁵ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25.

serviços, administração de bens, etc.). Na medida em que qualquer decisão situa-se no campo da interpretação, tal perspectiva desloca o foco de atenção para o modo de ser do Direito Administrativo, o questionamento sobre os seus propósitos (Dworkin), hermeneuticamente falando.³¹⁶

Assim, de acordo com Ohlweiler, a resposta à pergunta sobre o que é o Direito Administrativo não estaria relacionada à um “enunciado”, e sim compreendendo a “linguagem como um *locus* privilegiado para abrir clareiras”³¹⁷. Ainda na linha de Dworkin, o Direito Administrativo seria não apenas um conjunto de regras, mas de regras e princípios que justifiquem essas regras³¹⁸.

Outro ponto discutido pelo autor está relacionado à hermenêutica, notadamente a hermenêutica filosófica de Georg-Gadamer. Assim, no plano do Direito e do Direito Administrativo, a hermenêutica de Gadamer se diferencia do que autores como Betti defendiam, uma vez que para Gadamer a interpretação parte de um “projetar-se”, ou seja, a interpretação já inicia com um projetar de sentido, que leva em conta as próprias expectativas do intérprete, enquanto Betti defendia uma concepção voltada para a “metodologia (sic) de interpretação do ato administrativo.”³¹⁹ Dessa forma, considerando as peculiaridade do Direito Administrativo, seria possível indicar que, na sua atividade interpretativa:

Os intérpretes e aplicadores necessitam laborar com a viragem hermenêutica para entender que tais sentidos ocorrem no horizonte da história institucional do Direito Administrativo, ou seja, o diálogo hermenêutico deve privilegiar a consciência sobre a existência de prejuízos inautênticos e responsáveis por interpretações ruins, quer dizer, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.³²⁰

³¹⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 25-26.

³¹⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 27-28.

³¹⁸ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 29.

³¹⁹ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 164.

³²⁰ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 168.

Isso porque a hermenêutica desenvolvida por Gadamer possui pontos de encontro com o Direito Administrativo, uma vez que a hermenêutica filosófica está relacionada à compreensão, e o Direito Administrativo relaciona-se tanto com a compreensão como com a decisão, considerando-se também que a própria compreensão do intérprete é possibilitada pela tradição da qual faz parte, no caso, o constitucionalismo.³²¹

Dessa forma, a “conversação” que a hermenêutica filosófica proporciona com o texto, entendido enquanto algo que proporciona uma pergunta, propõe ao intérprete a compreensão quanto a essa pergunta, através de um diálogo que ocorre no “horizonte de sentido histórico”. Dessa forma, a mediação está relacionada tanto à história quanto ao intérprete, e assim “[...] faz parte da verdadeira compreensão a recuperação de conceitos do passado histórico, mas nunca como sentido objetificado ou congelado no tempo, mas mediado com a própria compreensão do intérprete.”³²²

A hermenêutica de Gadamer também auxilia na compreensão da discricionariedade administrativa. Isso porque a hermenêutica de Gadamer é contrária à arbitrariedade, por possuir como uma de suas bases a tradição. Assim como na arte o intérprete deve levar em consideração “aquilo que está dado previamente”, os textos também pertencem a uma tradição. Assim, da mesma forma que as decisões judiciais não podem estar relacionadas a “arbitrariedades interpretativas”, também não seriam possíveis decisões administrativas pautadas por “subjetivismo”.³²³

De acordo com Georg-Gadamer, quando este analisa a semelhança entre a hermenêutica jurídica e a teológica, identificando que ambas se voltam para a aplicação naquele “instante”:

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao

³²¹ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 168-169.

³²² OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 175.

³²³ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 180-181.

instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. [...] Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem da salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.³²⁴

Aqui está presente a *applicatio*, que, como informa Streck, está relacionada à “reviravolta” proporcionada por Gadamer, ao se contrapor ao ato de cindir a interpretação em “momentos interpretativos”, sendo que para Gadamer o erro nessa cisão estaria no fato de que “nós sempre estamos aplicando”³²⁵. Assim, como aponta Streck:

A *applicatio* tem direta relação com a pré-compreensão (*Vorverständnis*). Há sempre um sentido antecipado. Não há grau zero de sentido. Assim, pode-se dizer que nem o texto é tudo e nem o texto é um nada. Por exemplo: nem a lei escrita é tudo; mas não se pode dizer que este texto (lei escrita) não tem valor ou importância para o intérprete.

[...]

A hermenêutica é universal. Todos os objetos, atos, etc., são textos. E sempre são interpretados. Mas isso nunca ocorre no vácuo: quem quer compreender um texto deve deixar que o texto lhe diga algo. *Applicatio* quer dizer desde sempre já estou operando com esse conjunto de elementos e categorias que me levam à compreensão. Mesmo quando raciocino com exemplos abstratos estou aplicando. (grifo do autor).³²⁶

Importante notar que é possível encontrar ligações entre a obra de Dworkin e a de Gadamer. De acordo com Vieira, Dworkin pode ser considerado um “tradutor” ou “legatário” de Gadamer ao Direito, na medida em que, por meio da hermenêutica filosófica, desenvolve temas como a historicidade, o que vai repercutir na sua noção de integridade.³²⁷ Dessa forma:

Assim como Gadamer, Dworkin vê a interpretação como um ato produtivo, não repetitivo, por isso afirma que o direito deve ser

³²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 461.

³²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 40 temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 21.

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 40 temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 21-22.

³²⁷ VIEIRA, André Luís. Aplicação do direito na democracia: lições de Ronald Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 88.

sempre reinterpretado, mesmo quando em outros momentos a interpretação tenha sido satisfatória. O direito como integridade exige do intérprete, assim como na hermenêutica filosófica, uma atitude interpretativa e auto-reflexiva.

No direito como integridade, o jurista não compreende o direito como um sistema de regras formal que serve para fundamentar suas decisões. Assim como na hermenêutica filosófica, o intérprete não pode ignorar o horizonte histórico em que está inserido.³²⁸

Ou seja, a interpretação ocorre em cada caso:

A hermenêutica jurídica se dá na relação entre a facticidade e a historicidade do intérprete. O processo de compreensão acontece na mediação do universo de linguagem prévio, onde o hermeneuta se espelha (historicidade), e o evento ou fato que se apresenta diante dele (facticidade), provocando um estranhamento que 'gira' o círculo hermenêutico. Com isso, Gadamer que (sic) dizer que o sentido de um texto é determinado pelo tempo e contexto histórico nos quais o leitor está inserido diante de um caso concreto.³²⁹

Por sua vez, para Streck, a compreensão de nossas posições teóricas depende de uma dimensão filosófica³³⁰, assim, é possível identificar dois paradigmas filosóficos, que acabam refletindo na compreensão do direito. Com Streck, é possível identificar tanto o paradigma envolvendo a *filosofia clássica* como o paradigma envolvendo a *filosofia da consciência*, como expõe o autor:

a) o da *filosofia clássica*, também nomeado como realismo filosófico, em que o fator organizacional de toda a racionalidade gira em torno dos 'objetos' ou daquilo que é 'dado' ao conhecimento [...]

Nesse aspecto, o tipo de atividade interpretativa que terá lugar no contexto desse paradigma será *objetivista*, porque presa ao objeto conhecido, ou, ainda, objeto cognoscível;

b) o da *filosofia da consciência*, que coloca como fator de organização, que se antecipa em todo processo de conhecimento, a

³²⁸ VIEIRA, André Luís. Aplicação do direito na democracia: lições de Ronald Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 94.

³²⁹ VIEIRA, André Luís. Aplicação do direito na democracia: lições de Ronald Dworkin. In: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 96.

³³⁰ "As posições teóricas que assumimos refletem, muitas vezes, apenas a superfície de um processo compreensivo muito mais complexo. Na verdade, em inúmeros casos, elas acabam por espelhar um conjunto de elementos que conformam o *modo* de se organizar o pensamento e de determinação do processo de conhecimento que rege uma determinada época. Essa dimensão profunda, organizadora de nossa racionalidade, não pode ser acessada através dos instrumentos teóricos desenvolvidos por uma ciência qualquer. Essa dimensão é filosófica. Para termos acesso a ela, necessitamos nos envolver em um processo catártico, de *des-construção* da história da filosofia. Um processo no qual, desde Heidegger, nós mesmos estamos envolvidos em face de nossa facticidade." STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 142.

subjetividade que conhece as coisas. Nesse âmbito, o conhecimento não é ‘dado’. Aqui o conhecimento é ‘construído’ por um sujeito que emprega um método específico de análise e passa a estabelecer os sentidos.

Daí que, nesse contexto, teremos um tipo de interpretação que podemos nomear com *subjetivista*. (grifo do autor).³³¹

Por outro lado, a própria construção do Direito Administrativo enquanto forma de controlar “práticas subjetivistas” nas decisões administrativas relaciona-se com a discricionariedade administrativa. E embora haja diferenças entre a discricionariedade administrativa e judicial, a construção de critérios por meio da jurisprudência quanto à conformação das decisões administrativas à Constituição decorre da própria associação da interpretação dos textos por meio da administração à “tradição do Constitucionalismo Contemporâneo”.³³²

De acordo com Fonseca e Limberger³³³, embora tratando do contexto referente à compreensão dos tratados internacionais de direitos humanos a partir de uma visão hermenêutica, do Constitucionalismo Contemporâneo e do contexto do Estado Democrático de Direito possibilitado pela própria Constituição, é possível compreender que:

Assim, numa dinâmica hermenêutica, a Constituição, constitui o modo-de-ser de uma sociedade e de um Estado e, por isso, não está à disposição. A Constituição hermeneuticamente deve traduzir um presente que não esquece o passado e que mira o futuro, inaugura novos tempos, sem perder a história, a qual deve ser trazida no contexto de qualquer interpretação, é o compromisso da comunidade com a tradição.³³⁴

É nesse sentido que ganha importância outro conceito, o de interpretação criativa. Para Dworkin, tanto a interpretação artística como a interpretação de uma

³³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143-144.

³³² OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo**: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 182.

³³³ FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/51457>. Acesso em: 24 jun. 2022.

³³⁴ FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: Aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 322, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/51457>. Acesso em: 24 jun. 2022.

prática social são um tipo de interpretação “criativa”³³⁵. Da mesma forma, Dworkin não concorda com o fato de que a interpretação criativa esteja relacionada a encontrar os “propósitos” ou as “intenções” dos autores, mas sim que a interpretação criativa é *construtiva*. Assim, nesses casos, a interpretação possui um *propósito*, que é do intérprete³³⁶. No entanto, como Dworkin adverte, o intérprete não pode fazer “qualquer coisa”:

Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado.³³⁷

Assim, como aponta Motta, a interpretação construtiva:

[...] trata-se, em última análise, da compreensão de algo (um texto, por exemplo) que deve levar em conta fatores históricos (como a ‘intenção do autor’), mas que, uma vez dirigida por um ‘interesse’ (como a atribuição de um sentido ‘jurídico’ ao texto) do intérprete (também ele ‘situado’ historicamente) resultará na ‘construção’ de um ‘sentido’ novo, mas ainda assim ‘fiel’ ao texto (ou seja, nem por isso deixará de ser uma interpretação ‘correta’). Cuida-se de reconhecer a impossibilidade de reconstruir as ‘intenções históricas’, e de ainda assim, mantermo-nos fieis à tradição à qual aderimos.³³⁸

Partindo da intenção do autor na interpretação artística, Dworkin afirma que na interpretação da prática social, com a cortesia, o que os cidadãos buscam ao participar de uma prática não é recuperar um estado mental anterior, mas sim “encontrar uma explicação significativa de seu comportamento que o faça sentir-se bem consigo mesmo”, unindo, portanto, as funções de “autor e crítico”³³⁹. Com isso, Dworkin afirma que há algo que “une” tanto a interpretação artística como a interpretação das práticas sociais, que é o fato de a interpretação estar relacionada a um propósito, ou seja, “ela propõe uma forma de ver o que é interpretado [...] como

³³⁵ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61.

³³⁶ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 62-63.

³³⁷ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 64

³³⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 92.

³³⁹ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 70.

se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra”.³⁴⁰

Quanto ao “propósito” do Direito Administrativo, na linha do que coloca Dworkin ao se referir do Direito, Ohlweiler identifica duas dimensões, que seriam: “(a) o propósito não é estanque, pois somente compreendido no horizonte de sentido da historicidade que o sustenta” bem como “(b) [...] o propósito de uma prática social para decisões jurídicas no Direito Administrativo está hermeneuticamente ligada com o caso, na medida em que não se pode falar em abstrato da decisão.”³⁴¹. Assim, para que se possa determinar o propósito do Direito Administrativo, como aponta o autor, é necessário considerar o aspecto interpretativo, mas também o constitucional, ou seja, é necessário “problematizar o conceito interpretativo do respectivo instituto, [...] mas sempre com o olhar crítico em algo que se reputa crucial para qualquer processo de interpretação de questões neste campo do Direito: a constitucionalização”, considerando portanto o “horizonte histórico de sentido do Constitucionalismo Contemporâneo”. Dessa forma, seria possível afirmar que “o Direito Administrativo serve a um propósito constitucional (*point*)”³⁴².

Georges Abboud aponta uma forma de compreensão da LINDB. Para o autor, por conta da criteriologia da LINDB, a decisão do julgador seria submetida a um “teste de universalização funcional”. Assim, duas perguntas devem ser respondidas: a) A solução por ela alcançada é replicável em casos análogos do ponto de vista normativo?; b) Ainda que seja replicável, a solução alcançada continua sendo constitucionalmente adequada em face das consequências administrativas e judiciais a serem por ela criadas?³⁴³.

Para que traga ganhos democráticos, a aplicação das inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 deve responder a três perguntas, quais sejam: o que se entende por *consequencialismo*? O *consequencialismo* é *compatível* com a Constituição

³⁴⁰ DWOKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 71.

³⁴¹ OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 33.

³⁴² OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36-37.

³⁴³ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 374.

brasileira? A decisão conforme as consequências *pode fomentar um aumento na segurança jurídica?*³⁴⁴

Quanto à primeira pergunta, o consequencialismo seria sintetizado “na influência de toda a ordem de feitos que serão desencadeados pela decisão judicial na atividade intelectual do julgador”. A análise das consequências da decisão significaria, portanto, não só uma coerência com as decisões passadas, mas também com a integridade com relação ao futuro. O consequencialismo não poderia ser entendido como uma forma de transformar o lícito em ilícito ou o constitucional em inconstitucional. O consequencialismo seria assim uma “calibração”, seria “o dever de o juiz olhar para o futuro antes de concluir o seu julgamento”. Compreendido assim, “Essa mirada ao futuro imporá ao juiz demonstrar como sua decisão acrescenta qualidade ao ordenamento e seus fundamentos podem ser replicados em causas análogas ou futuras [...]”³⁴⁵.

4.4 A LINDB compreendida a partir do artigo 93, IX da constituição e do artigo 489 do Código de Processo Civil: uma questão de coerência e integridade

Com relação à compatibilização com a Constituição, a LINDB deve ser lida em conjunto com o art. 489, §1º do CPC e à luz do art. 926, IX, da Constituição Federal. Afinal, “consequências não podem invalidar lei ou a Constituição.”³⁴⁶ De acordo com Abooud, tanto a lei nº 13.655/2018 como o art. 489, §1º do Código de Processo Civil, mas de modo especial a lei nº 13.655/2018, seriam uma “resposta *darwinista* do legislativo em face do judiciário” quanto a decisões por parte deste que gerem imprevisibilidade e insegurança jurídica. Seria então a alteração da LINDB uma resposta do legislativo ao ativismo judicial³⁴⁷.

No entanto, quando se fala de consequências, torna-se necessário ressaltar que as consequências, no momento da decisão, não devam ser simplesmente

³⁴⁴ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 375.

³⁴⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 375-376.

³⁴⁶ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.377-378.

³⁴⁷ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 372. De acordo com Abooud, os arts 20 a 30 e o art. 489, §1º constituiriam “o bloco de regras jurídicas a nortear a aplicação do direito contemporaneamente.”. ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 373.

ignoradas, mas sim que as consequências a serem consideradas devem ser as *consequências jurídicas*, e não somente as consequências *práticas*, de modo a promover tanto *integridade* como *segurança jurídica*.³⁴⁸

De acordo com Abboud, quando se fala em consequencialismo, em termos de uma teoria da decisão, o que não se quer dizer é a “confusão entre a solução de problemas morais e jurídicos”³⁴⁹. Assim, para Abboud, questões como: “devemos nos desviar das lições da Kant?”; é permitido “levar em conta as *consequências* da decisão no ato de decidir?”; “Não deveria ser o juiz ‘inconsequente’ em relação às consequências decorrentes da solução que o direito dá ao problema apresentado?” representariam um *falso problema*³⁵⁰. Como aponta o autor, o direito precisa da faticidade. Assim “A decisão judicial (ato hermenêutico) é exarada *a partir* da conjugação entre direito e realidade, de modo que o consequencialismo, pode-se dizer, é quase que intrínseco à busca pela solução constitucionalmente mais adequada [...]”. Assim, de acordo com Abboud, desde uma dimensão prático-normativa, o consequencialismo “pode ser sintetizado como a influência de toda ordem de efeitos que serão desencadeados, pela decisão judicial, na atividade intelectual do julgador”.³⁵¹

De acordo com Streck, o CPC, lido *em sua melhor luz*, “abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente

³⁴⁸ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 378. Complementa o autor que o consequencialismo não significa a previsão de todas as consequências possíveis: “Com isso, pretendemos apenas reforçar que não cabe ao Judiciário a avaliação de todas as consequências que possam ser ocasionadas a partir de sua decisão inclusive no âmbito político e social. O que o consequencialismo como regra de calibragem deve impor é que o julgador (administrativo/judicial) verifique todas as consequências aferíveis de sua decisão. Ou seja, todas as consequências apresentadas pelas partes e cuja verificabilidade pode ser ou não atestada por provas técnicas, por exemplo, a pericial.” ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 378.

³⁴⁹ ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 365, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a73> Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/73>. Acesso em 24 jun. 2022.

³⁵⁰ ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 366, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a73> Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/73>. Acesso em 24 jun. 2022.

³⁵¹ ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 367, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a73> Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/73>. Acesso em 24 jun. 2022.

democrática”.³⁵² Para Streck, há uma mudança paradigmática que ocorre a partir do art. 926, uma vez que o CPC passou a exigir coerência e integridade *na e da* jurisprudência. Nesse contexto, *coerência* significa tanto “igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento” como também “jogo limpo”. Já a *integridade* remete aos dois princípios de que fala Dworkin, o princípio legislativo e o princípio jurisdicional, exigindo que “os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”.³⁵³

Além da coerência e da integridade, é possível apontar que a vedação ao livre convencimento “implica um menor protagonismo e a necessidade da adoção do paradigma da intersubjetividade, ou seja, a subjetividade do juiz deve ser suspensa e controlada pela intersubjetividade estruturante do direito”.³⁵⁴

Da mesma forma, Trindade aponta que a revolução paradigmática quanto à produção das decisões jurídicas ocorre através da supressão do livre convencimento, a delimitação quanto aos elementos da fundamentação – realizada por meio do art. 489, §1º – e da exigência “que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, coerente e íntegra (art. 926)”.³⁵⁵ Como diz Ommati, o Código de Processo Civil, com os arts. 926 e 489 §1º, ajudariam a ler o art. 93, IX à sua melhor luz³⁵⁶.

Assim, de maneira similar, Oliveira aponta que, levando-se em conta tanto a estabilidade como a previsibilidade decisional, o Código de Processo Civil contribui com o art. 926 e também com o §1º do art. 489, que “estabelece parâmetros mínimos para o controle da fundamentação das decisões judiciais”, o que também é

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 180.

³⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 161-162.

³⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 165, jul. 2016. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.39>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/articulo/view/39>. Acesso em: 06 mar. 2022.

³⁵⁵ TRINDADE, André Karan. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 19.

³⁵⁶ OMMATI, José Emílio Medauar. A verdade no direito: reflexões a partir da tese da única resposta correta de Ronald Dworkin. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 366.

importante para compreender o art. 20 da LINDB, pois esses parâmetros mínimos “permitem avaliar, ainda que minimamente, a interpretação efetuada pelo órgão judicial”.³⁵⁷ Assim, seria possível traçar um paralelo entre as exigências de *coerência*, *estabilidade* e *integridade* e a questão referente à fundamentação das decisões, pois, como afirma o autor, “A fundamentação das decisões é, em si mesma, um valor democrático, [...] Independentemente de fazê-la funcionar de forma mais eficiente [...] ou não, o dever de fundamentação representa uma exigência insuperável [...]”³⁵⁸. Em síntese:

[...] o disposto no art. 926, *caput*, bem como no 489, §1º, indicam que o novo Código abre um importante horizonte interpretativo quando viabiliza possibilidades de controle intersubjetivo das decisões das decisões judiciais, seja por conta da maior proteção conferida à garantia da fundamentação das decisões (prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal), seja em face dos deveres de coerência e integridade que determina à jurisprudência dos tribunais.³⁵⁹

Sendo possível apontar também que “o dever de fundamentação *completa* e *estruturada* disciplinada no art. 489 do CPC/2015” é uma *explicitação de sentido* do que está presente nos arts. 5ºLV e 93, X, da Constituição Federal.³⁶⁰

³⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 57.

³⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 62-63.

³⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 66.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 113, dez. 2016. DOI:<http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i19.p112-128.2016>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/999/388>. Acesso em: 15 mar. 2022.

5 CONCLUSÃO

Com o presente trabalho o que se pretendeu foi propiciar uma análise e uma compreensão da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do consequencialismo no âmbito da decisão jurídica, tendo em vista que a reforma legislativa trouxe a discussão desse tema. Mas sobretudo, o que se buscou foi demonstrar que o consequencialismo por si só não pode ser utilizado como forma de balizar as decisões. O trabalho buscou analisar como devem ser consideradas as consequências práticas no momento da decisão jurídica. Isso ocorreu a partir da análise da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Essa consideração ocorre a partir da edição da Lei nº 13.655/2018, que trouxe, dentre os seus artigos, o artigo 20, determinando a consideração das consequências práticas nos casos em que forem utilizados valores jurídicos abstratos. Impactando tanto a atividade da Administração Pública como também do Poder Judiciário.

Ao caracterizar-se como fazendo parte de uma inovação legislativa que busca trazer um olhar mais próximo para a realidade das questões e decisões jurídicas, o art. 20 da LINDB é percebido por parte da doutrina como sendo benéfico, uma vez que propiciaria que questões mais abstratas não sejam utilizadas sem a análise de questões práticas, gerando, portanto, uma proximidade com as dificuldades encontradas pelos administradores, por exemplo.

No entanto, se a forma como as consequências devem ser consideradas é um elemento que gera dúvida exatamente por não se saber quais consequências serão consideradas, então é preciso saber o que seria o próprio consequencialismo jurídico.

O consequencialismo presente na LINDB, também, passaria a ser uma forma de contribuir para a segurança jurídica. No entanto, a consideração das consequências, sem efetivos critérios de decisão, teria o potencial de trazer até mais insegurança, pois o que se torna possível de acontecer é a própria sobreposição da subjetividade do intérprete.

Durante o desenvolvimento do trabalho constatou-se que a doutrina encontra divergência quanto a recepção do consequencialismo a partir da LINDB. Assim, para parte da doutrina o dispositivo contido no artigo 20 viria para reforçar a motivação das decisões, uma vez que traria a possibilidade de controle por meio da verificação

das consequências. No entanto também haveria a possibilidade de se exacerbar o subjetivismo do intérprete.

O exercício da atividade relativa à Administração Pública também é tido como um dos fatores para a elaboração da LINDB, pois o controle realizado sobre a atividade dos administradores seria realizado sem a consideração das efetivas condições em que os administradores têm que tomar as suas decisões.

No entanto, a questão passa a ser exatamente o controle da extensão que se faz da análise das consequências, ou seja: uma decisão que traga determinadas consequências, consideradas como mais desejáveis sob determinado ponto de vista, pode ser sobreposta a uma decisão que seja normativamente exigida?

Portanto, é necessário considerar que a análise da realidade, que também é um dos pontos que justificam a alteração na LINDB, não é suficiente para resolver todos os problemas, havendo mesmo uma necessidade de se melhorar a qualidade decisória.

A análise da referida questão da análise do consequencialismo nas decisões pode ser vista também a partir da conceituação de Ronald Dworkin, com suas importantes noções de direito como conceito interpretativo, direito como integridade e de combate à discricionariedade. Além do mais, identifica-se que as consequências que devem ser consideradas, são as consequências jurídicas. Isso, portanto, ocorre mesmo nas situações em que uma determinada decisão vá trazer, na avaliação pessoal do decisor, as melhores consequências.

A consideração do direito como um conceito interpretativo, tanto no campo judicial como no campo administrativo, que ocorre também com a adoção de princípios, são uma forma de contrapor a discricionariedade do intérprete. Dessa forma haverá uma resposta correta tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo.

Através do debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin, percebe-se também o quanto a questão de observar as consequências pode ser complexa. Isso porque, embora a ênfase de Posner em relação às consequências, a crítica feita por Dworkin quanto ao pragmatismo não considerar os direitos que as pessoas possuem por meio de decisões anteriores mostra que não apenas as consequências devem ser observadas.

Do mesmo modo, Dworkin demonstra novamente a importância dos princípios, dessa vez na análise das consequências. Assim, uma vez que para

Dworkin as consequências não seriam algo a ser necessariamente abandonado, mas sim que devam ser consideradas a partir de princípios, como forma de não refletir apenas uma preferência pessoal.

A Constituição possui força normativa, de modo que todos os seus dispositivos devem ser cumpridos, dessa forma, o art. 93, IX da Constituição, ao determinar o dever de fundamentação, é peça importantíssima para a compreensão da decisão jurídica.

A necessidade de se buscar uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição reflete um tema de grande importância. Isso porque a questão da decisão é tema de grande importância no âmbito jurídico. Ou seja, a questão da resposta correta (Dworkin) ou resposta constitucionalmente adequada (Streck) está ligada diretamente a uma questão democrática. A decisão jurídica, ainda, refere-se aos direitos que os cidadãos possuem. Essa questão se mostra relevante tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo.

No desenvolvimento da resposta constitucionalmente adequada Streck aponta princípios que são importantes para que se construa uma decisão adequada à Constituição, estando entre eles o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Por sua vez, Abboud indica entre os requisitos mínimos para uma resposta correta a consideração a respeito das consequências da decisão.

Sendo assim, torna-se necessário identificar critérios para uma adequada compreensão da LINDB. Dessa forma, seguindo a concepção de Abboud, é possível realizar uma leitura da LINDB que seja conjugada como o art. 489, §1º do Código de Processo Civil e o art. 93, IX da Constituição Federal, de forma a controlar as consequências da decisão, indicando quais os fundamentos que levaram a tal decisão.

O Código de Processo Civil traz importantes contribuições para a construção de uma decisão que respeite a integridade e a coerência do direito. Isso porque são esses os temas tratados diretamente com o art. 926. Da mesma forma, o art. 489, §1º, com aportes para a fundamentação das decisões.

Ainda, no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, novas questões se colocam, devendo ser repensado o papel da Constituição. Isso se torna ainda mais importante considerando-se a Constituição de 1988, e no contexto do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, a relação texto e norma pode ser discutida, uma vez que, como discutido, a compreensão da relação entre texto e norma, a partir do que aponta Streck, ocorre tendo em conta a diferença ontológica.

Por fim, à preocupação com as consequências, ou com o que pode efetivamente funcionar, antecipa-se uma questão, relativa à legitimidade das decisões. Ou seja, antes mesmo de se procurar saber se determinada decisão trará determinadas consequências, há a questão da legitimidade das decisões em um Estado Democrático de Direito, sendo necessário identificar as bases em que ela se constrói.

O direito como integridade e como conceito interpretativo; a exigência de uma resposta constitucionalmente adequada, e o art. 20 da LINDB, lido em conjunto com o art. 489, §1º do CPC e o art. 93, IX da Constituição, fornecem elementos para uma decisão jurídica produzida no contexto do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUB, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Introdução. *In*: ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **SUPREMA - Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul./dez. 2021. DOI: <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n2.a73> Disponível em: <https://suprema.stf.jus.br/index.php/suprema/article/view/73>. Acesso em 24 jun. 2022.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis?** a guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-graduação em direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 8 mar. 2022.

BINENBOJM, Gustavo. Prefácio. **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/2018: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 93-122.

BRUM, Guilherme Valle. Políticas públicas, princípios e consequencialismo: notas sobre o artigo 20 da lei de introdução às normas do direito brasileiro. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.). **Nova LINDB**: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

COPETTI NETO, Alfredo; LEITE, Glauco Salomão. O debate Ronald Dworkin e Richard Posner: notas sobre o direito como integridade. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, Glauco Salomão; ABBOUD, Georges (org.). **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

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

Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068/799>. DOI: <https://doi.org/10.21056/aec.v20i75>.

Acesso em: 29 jul. 2022.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. Vitória, v. 19, n. 2, p. 305-318, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594>.

Acesso em: 22 mar. 2022.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Objetividade e verdade: melhor você acreditar. **Revista Universitas JUS**, Brasília, DF, v. 24, n. 3, 2013. DOI: 10.5102/unijus.v24i3.2613.

Disponível em: <https://www.publicaçõesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/2613>. Acesso em: 8 mar. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FERREIRA, Rafael Fonseca; LIMBERGER, Têmis. Um diálogo sobre a autonomia da Constituição e os direitos humanos: aproximações hermenêuticas à noção de bloco de constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 317-330, 2018. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/51457>. Acesso em: 24 jun. 2022.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Prefácio à segunda edição. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

GOMES, José Jairo. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro: LINDB**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUEST, Stephen. Prefácio ao livro. **Ronald Dworkin: direito, política e pessoa humana**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

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, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77650. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 14 fev. 2022.

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, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77648. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 14 fev. 2022.

LOPES, Ziel Ferreira. Adaptações necessárias à teoria dworkiniana no Brasil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a análise econômica do direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225-248.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Ensaio de teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209-224.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - o equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77651. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651>. Acesso em: 16 mar. 2022.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. A nova Lindb e o consequencialismo como mínimo existencial. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 18 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico#:~:text=A%20nova%20LINDB%20e%20o%20consequencialismo%20jur%C3%ADdico%20como%20m%C3%ADnimo%20essencial&text=Em%2025%20de%20abril%20deste,pesquisas%20acad%C3%A2micas%20imparciais%20e%20emp%C3%ADricas>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MELLO, Cláudio Ari; MOTTA, Francisco José Borges. A Ambição do ouriço: um ensaio sobre a versão final da filosofia do direito de Ronald Dworkin. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 22, n. 2, p. 723-753, 2017. DOI - 10.14210/nej.v22n2.p723-753 Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10993>. Acesso em: 8 mar. 2022.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, 2018. DOI: 10.12660/rda.v0.2018.77649. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>. Acesso em: 14 fev. 2022.

MEYER, Emílio Peluso Neder. Os direitos que temos: a tese da única resposta correta em Dworkin. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p.141-175.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia; PRAXEDES, Marco (coord.). **LINDB no direito público**: lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. Dworkin e a decisão jurídica: a leitura moral da Constituição e o Novo Código de Processo Civil. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a decisão jurídica**. São Paulo: JusPodivm, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB**: lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Os (des)caminhos hermenêuticos do direito administrativo**: historicidade e constitucionalização para a efetividade dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 139-152, 2021. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/182875>. Acesso em: 14 fev. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 42-68.

OMMATI, José Emílio Medauar. A verdade no direito: reflexões a partir da tese da única resposta correta de Ronald Dworkin. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz; LEITE, George Salomão; ABOUD, Georges. **Ronald Dworkin**: direito, política e pessoa humana. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 351-374.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporânea: uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandon.** Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio. A teoria jurídica de Ronald Dworkin como expressão de uma teoria pragmática do direito. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 31, 2018. Disponível em: <<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2879/1387>>. Acesso em: 05 Jul. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v13i31.2879>

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

POSNER, Richard A. Against constitutional theory. **New York University Law Review**, [S. l.], v. 73, n. 1, 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2854&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

POSNER, Richard A. Conceptions of legal theory: a response to Ronald Dworkin. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, n. 377, 1997. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=5749&context=journal_articles. Acesso em: 9 de out. de 2022

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Para além do direito.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**, [S. l.], v. 18, n. 1, 1996. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2818&context=journal_articles. Acesso em: 29 jul. 2022.

POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin and a note on pragmatic adjudication. **New York University Annual Survey of American Law**, [S. l.], v. 63, n. 9, p. 9, 2007. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2800&context=journal_articles>. Acesso em: 9 de out. de 2022

RAMOS. André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à lei de introdução às normas do direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS PÉREZ, María Lourdes. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 26, p. 347-385, nov. 2003. DOI:<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.17>. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2003-n26-una-filosofia-para-erizos-una-aproximacion-al-pensamiento-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 24 jul. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Quem controla o controlador? notas sobre alteração na LINDB. **Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba,

v. 5, n. 9, p. 12-29, nov./maio, 2018. Disponível em:
<https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/31/29>. Acesso em: 17 out. 2022

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. DOI: 10.12660/rda.v248.2008.41531. Disponível em:
<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 22 jan. 2022.

STRECK, Lenio Luis. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, [S. l.], v. 1, n. 1, p. 93-105, ago. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.18542/hendu.v1i1.374>. Disponível em:
<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/374/601>. Acesso em: 24 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, DF, n. 1, 2013. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/856>. Acesso em: 30 jun. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: 40 temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica (e)m crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Homeschooling e as três perguntas fundamentais na teoria da decisão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2018. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2018-out-27/observatorio-constitucional-homeschooling-tres-perguntas-fundamentais-teoria-decisao#top>. Acesso em: 13 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 924-934, dez. 2020. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569>. Disponível em:
<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569/612>. Acesso em: 15 fev. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Uma análise hermenêutica dos avanços trazidos pelo novo CPC. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 144-167, jul. 2016. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.39>. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/39>. Acesso em: 06 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 112-128, dez. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v14i19.p112-128.2016>. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/999/388>. Acesso em: 15 mar. 2022.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges da. Teoria, antiteoria e prática: um passeio pelos Divergent Paths de Richard Posner. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 82-101, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1606/584>. Acesso em: 15 mar. 2022.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do Judiciário. *In*: STRECK, Lenio Luiz (org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: JusPODVIM, 2019.

TASSINARI, Clarissa. Ronald Dworkin e o sentido da democracia: breves aproximações. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 107-121.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica hermenêutica do direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHDT**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, set./dez. p. 311-326, 2017. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.93.09>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TRINDADE, André Karan. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro. *In*: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no código de processo civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 17-41.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Consequencialismo e decisão judicial. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (org.). **Consequencialismo no poder judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 73- 86.

VIEIRA, André Luís. Aplicação do direito na democracia: lições de Ronald Dworkin. *In*: OMMATI, José Emílio Medauar (coord.). **Ronald Dworkin e o direito brasileiro**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021. p. 87-105.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, 2020. DOI: 10.12660/rda.v279.2020.82006. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006>. Acesso em: 14 fev. 2022.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e124-2018>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2018/1315>. Acesso em: 23 agosto de 2022.