



**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM PROCESSO E DIREITO AO
DESENVOLVIMENTO**

NAYANNE BRANDÃO GALVÃO

**OS NOVOS PARÂMETROS DECISÓRIOS INSERIDOS PELA LEI N.º 13.655/2018
À LINDB SOB O FILTRO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

**FORTALEZA
2021**

NAYANNE BRANDÃO GALVÃO

OS NOVOS PARÂMETROS DECISÓRIOS INSERIDOS PELA LEI N.º 13.655/2018
À LINDB SOB O FILTRO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

FORTALEZA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

G182n Galvão, Nyanne Brandão.
Os novos parâmetros decisórios inseridos pela lei n.º
13.655/2018 à LINDB sob o filtro da análise econômica do direito /
Nyanne Brandão Galvão. - 2021.
119 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
Área de concentração: Direito, Acesso a Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Lei n.º 13.655/2018. 2. LINDB. 3. Atos decisórios. 4.
Pragmatismo. 5. Análise Econômica do Direito. I. Título.

CDD 340

NAYANNE BRANDÃO GALVÃO

OS NOVOS PARÂMETROS DECISÓRIOS INSERIDOS PELA LEI N.º 13.655/2018
À LINDB SOB O FILTRO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Presto os meus agradecimentos iniciais ao meu orientador, prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo, pelas suas contribuições e sua disponibilidade ao longo deste trabalho.

Aos demais professores do programa de mestrado do Centro Universitário Unichristus, especialmente o prof. Dr. Carlos Marden e o prof. Dr. André Studart, cujas disciplinas foram imprescindíveis para a formação desta pesquisa.

Às minhas amigas do mestrado, Denise, Laís, Lívia, Natália, Roberta e Tainan, que tornaram esse período de intensos estudos mais leve.

Ao meu marido Bruno Coelho, que sempre foi meu maior incentivador e me forneceu todo apoio necessário para a conclusão deste trabalho.

Por fim, à minha filha Beatriz, que ainda está no ventre, mas que me proporcionou novo ânimo para alcançar meus objetivos.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar os novos parâmetros decisórios instituídos pela Lei n.º 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n.º 4.657/42). Pretende investigar se os novos mandamentos legais introduzidos na LINDB são suscetíveis de aplicabilidade prática, e se estão aptos a cumprir os propósitos da Lei n.º 13.655/2018 de conferir maior eficiência e segurança jurídica na interpretação e aplicação do Direito Público. Com enfoque nos artigos 20 a 22, examinam-se as determinações sobre a apreciação das consequências dos atos, das alternativas decisórias e dos obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelos gestores públicos. Os principais desafios para a aplicação desses dispositivos estão relacionados com a ausência de critérios para previsão e valoração das consequências. Desse modo, o estudo irá verificar se o instrumental teórico e empírico fornecido pela Análise Econômica do Direito é capaz de auxiliar na aplicabilidade dos mandamentos da Lei n.º 13.655/2018 e no cumprimento das suas finalidades, uma vez que tal instituto possui ferramentas que auxiliam na compreensão dos comportamentos dos agentes perante as normas, assim como na análise das consequências dos atos e das peculiaridades do caso concreto. Trata-se de pesquisa qualitativa, realizada mediante consulta bibliográfica e de documentos normativos e jurisprudenciais, com a aplicação do método hipotético-indutivo. Constatou-se que a metodologia da Análise Econômica do Direito pode conferir maior tecnicidade, coerência e efetividade às novas diretrizes firmadas pela Lei n.º 13.655/2018, especialmente na consideração das consequências dos atos e de suas alternativas decisórias.

Palavras-chave: Lei n.º 13.655/2018; LINDB; Atos decisórios; Pragmatismo; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This study analyzes the new decision-making parameters instituted by Law n. 13655/2018 to the Introduction to Brazilian Law Norms (LINDB) (Decree-Law n. 4657/42). It intends to investigate whether the new legal mandates introduced in the LINDB are susceptible of practical applicability, and whether they are apt to fulfill the purposes of Law n. 13.655/2018 of conferring greater efficiency and legal certainty in the interpretation and application of Public Law. Focusing on articles 20 to 22, this research examines the consequences of acts, decision-making alternatives, the actual obstacles and difficulties faced by public managers. The main challenges for the application of these provisions are related to the absence of criteria for predicting and evaluating the consequences. Thus, the study will verify whether the theoretical and empirical instrument provided by the Economic Analysis of Law is able to assist in the applicability of the Law n. 13655/2018 and in the fulfillment of its purposes, since this institute has tools that assist in understanding the behavior of agents towards the rules, as well as in the analysis of the consequences of acts and the peculiarities of the particular case. This qualitative research was conducted through bibliography, normative and jurisprudential documents, applying the hypothetical-inductive method. The methodology of the Economic Analysis of Law evidences greater technicality, coherence and effectiveness to the new guidelines established by Law n. 13655/2018, especially in the consequences of acts and their decision-making alternatives.

Keywords: Law n. 13.655/2018; LINDB; Decision-making acts; Pragmatism; Economic Analysis of Law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PRAGMATISMO JURÍDICO COMO PARÂMETRO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO	11
2.1 Aspectos gerais sobre a definição e interpretação do Direito segundo suas correntes filosóficas	11
2.2 Consequencialismo na leitura de Neil MacCormick	24
2.3 O pragmatismo jurídico na perspectiva de Richard A. Posner	27
2.4 As objeções levantadas sobre o pragmatismo jurídico	33
2.5 O pragmatismo jurídico e a conexão com a atividade interpretativa	36
3 O AVANÇO DO PRAGMATISMO NA ESFERA JUDICIAL E CONTROLADORA E SUA SISTEMATIZAÇÃO POR MEIO DA LEI N.º 13.655/2018	39
3.1 A perspectiva pragmática nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)	39
3.2 A perspectiva pragmática nos julgados do Tribunal de Contas da União (TCU).....	44
3.3 Da introdução da Lei n.º 13.655/2018 no ordenamento jurídico brasileiro	46
3.4 Os novos parâmetros decisórios dispostos nos artigos 20 a 22 da LINDB	49
3.5 O suposto paradoxo entre a consideração das consequências e o princípio da legalidade.....	63
3.6 A Lei n.º 13.655/2018 e o postulado hermenêutico do pragmatismo e do consequencialismo jurídico	65
3.7 Os principais desafios na aplicação da Lei n.º 13.655/2018	70
4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA PARA A APLICABILIDADE PRÁTICA DA LEI n.º 13.655/2018	73
4.1 Breve histórico sobre o surgimento da Análise Econômica do Direito e a caracterização do movimento	74
4.2 Premissas fundamentais para a aplicação da Análise Econômica do Direito	78
4.3 Contribuições da Análise Econômica do Direito para interpretação e aplicação do Direito Público	83
4.3.1 Critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks.....	83

4.3.2 A reciprocidade do prejuízo e os custos de transação na visão de Ronald Coase.....	86
4.3.3 Das Instituições e sua relação com os custos de transação.....	89
4.3.4 Dos custos dos direitos na leitura de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein.....	92
4.4 A adoção do corpo teórico da Análise Econômica do Direito para a aplicabilidade prática dos preceitos da Lei n.º 13.655/2018	96
5 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Em 26 de abril de 2018, foi publicada a Lei n.º 13.655/2018 que inseriu dez artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), os quais fixaram novos parâmetros para a interpretação e aplicação do Direito Público. A LINDB, que corresponde ao Decreto-Lei n.º 4.657/1942, desde sua origem, é uma norma destinada, entre outros fins, a estabelecer regras e princípios acerca da interpretação e aplicabilidade das normas do ordenamento jurídico nacional. Assim, o objetivo principal da LINDB sempre foi orientar os juristas acerca da adequada aplicação das normas brasileiras. Contudo, as inovações introduzidas pela Lei n.º 13.655/2018 preocuparam-se com um tema ainda não disciplinado relativo à eficiência e à segurança jurídica dos atos administrativos.

A necessidade da criação da Lei n.º 13.655/2018, de acordo com seus subscritores, partiu do reconhecimento de que as autoridades responsáveis pela interpretação e aplicação do Direito Público, estavam proferindo decisões conflitantes, carecedoras de fundamentação adequada e dissociadas da realidade fática. Esses problemas seriam decorrentes, especialmente, dos seguintes fatores: I) diversidade de legitimados para a aplicação do Direito; II) multiplicação das fontes normativas; III) presença de normas polissêmicas e impregnadas de conceitos indeterminados no ordenamento jurídico; IV) aplicação das leis sem a observância das consequências e das peculiaridades do caso concreto.

Em virtude disso, a Lei n.º 13.655/2018 foi editada para auxiliar nas dificuldades verificadas no proferimento das decisões públicas, assim como nas problemáticas enfrentadas pelos gestores públicos na condução da máquina administrativa. Para o alcance desses propósitos, essa lei estabelece novas regras a serem observadas na interpretação e aplicação do Direito Público, tais como: a) a análise das consequências práticas da decisão, quando forem invocados valores jurídicos abstratos (art. 20), assim como das alternativas decisórias (art. 20, parágrafo único); b) a avaliação das consequências jurídicas e administrativas no processo de invalidação dos atos administrativos (art. 21), bem como a indicação das possíveis condições para uma regularização proporcional e equânime do ato (art. 21, parágrafo único); c) a apreciação dos obstáculos e das dificuldades reais dos gestores, e das

exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22), nas decisões de regularidade dos atos (art. 22, § 1º) e na dosimetria das sanções (art. 22, § 2º).

Por meio dessas diretrizes, a lei em questão pretende aproximar a autoridade decisória da realidade dos fatos, evitando que decisões sejam tomadas, exclusivamente, com base em argumentos abstratos sem a consideração das especificidades do caso concreto e das possíveis consequências dos atos.

Reputa-se que a imposição desses novos parâmetros proporcionará, minimamente, decisões qualitativamente mais fundamentadas e menos sujeitas a discordâncias e reformas. Além disso, espera-se que sejam proferidas decisões que produzam resultados mais eficientes para os interesses perseguidos. Não obstante os benefícios propostos, não se podem ignorar as dificuldades técnicas existentes na aplicabilidade da Lei n.º 13.655/2018.

Com efeito, a Lei n.º 13.655/2018, apesar de pretender a promoção da segurança jurídica e da redução de subjetivismos na elaboração das decisões públicas, dispõe de normas com enunciados abertos que podem conduzir ao resultado inverso do esperado. É o caso da menção aos “valores jurídicos abstratos” (art. 20), das “consequências práticas da decisão”, dos “interesses gerais” (art. 21, parágrafo único), dos “obstáculos e as dificuldades reais do gestor” (art. 22), entre outros termos.

Outro problema, visto como o principal desafio para a aplicabilidade da Lei n.º 13.655/2018, é a ausência de critérios para previsão e avaliação das consequências. Por essa razão, surgem alguns questionamentos, a saber: como realizar as prognoses dos impactos das decisões? Como tornar as antecipações dos efeitos práticos das decisões confiáveis e não meramente especulativas? Como valorar e escolher as possíveis consequências? É possível que as consequências sejam fundamentos suficientes para permitir aos julgadores o preterimento da legislação?

Diante desse cenário, este estudo propõe-se a analisar os mandamentos da Lei n.º 13.655/2018, com enfoque nos enunciados dos artigos 20 a 22, a fim de averiguar se esses novos parâmetros decisórios possuem aplicabilidade prática e se conseguem cumprir os propósitos da legislação.

A pesquisa será qualitativa, realizada mediante consulta bibliográfica e de documentos normativos e jurisprudenciais, com a aplicação do método hipotético-indutivo. Os julgados selecionados para exame foram decorrentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Contas da União (TCU), por serem decisões

que, antes da vigência da Lei n.º 13.655/2018, consideraram a análise das consequências para o proferimento de suas decisões. Outrossim, elegeram-se algumas decisões de tribunais de justiça do país, de tribunais de contas estaduais e da União, que aplicaram, expressamente, os mandamentos da Lei n.º 13.655/2018.

Como hipótese, supõe-se que os dispositivos da Lei n.º 13.655/2018 podem alcançar, adequadamente, a aplicabilidade prática e o alcance dos seus fins mediante o auxílio da Análise Econômica do Direito. Acredita-se que as ferramentas da Análise Econômica do Direito podem contribuir para os desafios da Lei n.º 13.655/2018, especialmente os relacionados à compreensão dos fatos sociais e à análise das consequências.

Considerando que a Análise Econômica do Direito avalia o comportamento dos agentes frente às normas e às suas possíveis alterações, assim como as consequências dos atos, pretende-se examinar como a metodologia juseconômica pode direcionar e tornar possível a efetividade dos novos dispositivos da LINDB.

Compreende-se não ser exequível estabelecer respostas certas e definitivas para os desafios relacionados à análise das consequências e das peculiaridades do caso concreto, porém, reconhece-se ser possível encontrar, nas bases da Análise Econômica do Direito, meios adequados e racionais para tanto.

A busca por soluções aos entraves da Lei n.º 13.655/2018 mostra-se relevante, visto que as decisões que envolvem o Direito Público possuem repercussões sobre os interesses da sociedade, como o resguardo e a eficiência dos recursos públicos. Assim, é necessária a investigação de parâmetros que possam ser úteis para contornar as problemáticas mencionadas, no intuito de que os benefícios pretendidos pela Lei n.º 13.655/2018 não se tornem inócuos.

Para o alcance dos objetivos desta pesquisa, o trabalho será desenvolvido em três capítulos. No primeiro capítulo, intenciona-se compreender como o pragmatismo interfere na interpretação e aplicação do Direito, a fim de perceber a sua influência nos dispositivos da Lei n.º 13.655/2018. Parte-se do estudo sumário sobre as correntes da Filosofia do Direito, desde o jusnaturalismo até as teorias conhecidas como pós-positivistas. Ato contínuo, analisam-se as teorias da decisão, como o pragmatismo e o consequencialismo. Desenvolve-se o consequencialismo na posição intermediária defendida por Neil MacCormick, já o pragmatismo é aprofundado com base na visão de Richard Posner. Nesse momento, expõem-se as principais ideias do pragmatismo jurídico e as críticas dirigidas à aplicação dessa abordagem.

No segundo capítulo, ilustram-se alguns casos extraídos de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal de Contas da União (TCU), nos quais a análise das consequências foram fundamentais para a escolha da decisão. Procura-se evidenciar que a abordagem pragmática já era reconhecida nessas esferas, ainda que não fosse uma orientação uniforme. Após, apresentam-se as considerações iniciais sobre a criação da Lei n.º 13.655/2018, passando-se, em seguida, para o exame dos artigos 20 a 22 dessa lei, com a identificação das dificuldades técnicas dessas normas, as quais se assemelham aos desafios da adoção do pragmatismo.

Por fim, no terceiro capítulo, perquirem-se os principais aspectos da Análise Econômica do Direito com o intuito de investigar como algumas de suas bases podem ser utilizadas para tornar viável, legítimo e efetivo a aplicação dos enunciados da Lei n.º 13.655/2018. Exibem-se algumas de suas premissas fundamentais e as contribuições das teorias apresentadas por Ronald Coase, Douglas North, Cass R. Sunstein e Stephen Holmes. Ao fim, avaliam-se alguns julgados de tribunais de justiça e tribunais de contas que invocaram os novos parâmetros decisórios estabelecidos pela Lei n.º 13.655/2018, objetivando-se aferir a possível conexão entre os fundamentos utilizados nas decisões e o instrumental oferecido pela Análise Econômica do Direito.

2 PRAGMATISMO JURÍDICO COMO PARÂMETRO PARA A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

As correntes filosóficas que tratam sobre o Direito influenciam diretamente nos pensamentos da sociedade da época, assim como na maneira que os juristas tendem a interpretar e aplicar o Direito (TORRANO, 2019). Nesse momento, pretende-se verificar como o pragmatismo interfere na interpretação e aplicação do Direito, mostrando suas principais ideias e suas possíveis deficiências na prática. Antes de examinar essas questões, é oportuno expor, ainda que de forma sumária, como as correntes da Filosofia do Direito surgiram e se desenvolveram no decorrer da história, a fim de melhor compreender o pragmatismo jurídico ao analisá-lo em confronto com as demais teorias e suas mudanças ao longo do tempo.

2.1 Aspectos gerais sobre a definição e interpretação do Direito segundo suas correntes filosóficas

Dentre os conceitos mais antigos da filosofia do Direito, encontra-se o de Direito natural, sobre o qual já incidiram mutações na forma e no sentido com a chegada dos tempos modernos. A evolução semântica do conceito fez surgir diversas correntes jusnaturalistas que podem ser alocadas no conceito clássico ou no conceito moderno de Direito natural. Enquanto o conceito clássico deposita o fundamento do Direito na “natureza das coisas”, o conceito moderno enquadra o fundamento do Direito na “natureza humana” (GOYARD-FABRE, 2002).

No período da antiguidade, predominava-se a crença de que o Direito teria fundamento cosmológico, isto é, seria derivado da natureza, da divindade dos cosmos. Possuiria, assim, caráter universal, absoluto e imutável. Nessa perspectiva, o Direito era formado por mandamentos não escritos que se confundiam com regras morais de justiça (GOYARD-FABRE, 2002).

Com o surgimento das cidades gregas, por volta do século VIII a.C, criaram-se as leis escritas. Diante disso, formou-se o primeiro embate¹ da filosofia política decorrente da coexistência de leis “civis” ou “positivas” e leis “naturais”, que resultaram

¹ Segundo Norberto Bobbio (2006), no período da antiguidade, apesar de não haver superioridade em princípio entre o direito natural e o direito positivo, na hipótese de conflitos, o direito positivo prevalecia, pois era recepcionado como direito especial enquanto o natural era recepcionado como direito geral ou comum.

na interminável discussão² entre as teorias ³jusnaturalistas e juspositivistas. Nesse momento, o Direito positivo deveria ser oriundo dos preceitos do Direito natural (GOYARD-FABRE, 2002).

Na Idade Média, em razão da influência do cristianismo, o fundamento cosmológico do Direito natural foi substituído pelo teológico, em que aquele continuava sendo uma norma universal e eterna, porém, originava-se da vontade de Deus⁴. Defendia-se que essa lei natural divina tinha por finalidade a promoção do bem comum, de modo que sua observância garantia a unidade, coesão e ordem da comunidade (GOYARD-FABRE, 2002). Nessa época, o Direito positivo e o Direito natural eram de observância obrigatória, mas o primeiro perderia sua legitimidade caso contrariasse alguma lei divina (BOBBIO, 2006).

Com o advento dos Estados Modernos, iniciou-se o movimento de centralização do poder, em que todos os poderes passaram a se concentrar na figura do Estado, entre eles o poder de criar o Direito com exclusividade⁵. Instaurava-se, assim, “[...] o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 2006, p. 27). Paralelo à mudança política, notadamente a partir do século XVII, novos pensamentos no campo da filosofia, com enfoque na figura do homem, colaboraram para que a busca pela fundamentação do Direito deixasse de estar centrada na natureza das coisas ou na ordem sobrenatural do divino e passasse a estar relacionada com a natureza do homem⁶. Esse processo ficou conhecido como “antropologização do jusnaturalismo” (GOYARD-FABRE, 2002, p. 40).

Nesse período de racionalização do Direito, passou-se a reconhecer que o Direito natural necessitava da intervenção expressa do legislador, confiando que o poder racional do homem exerceria papel fundamental para a instituição do Direito. Para os defensores dessa corrente, a ordem jurídica das cidades seria o direito dos

² Durante o longo lapso temporal da antiguidade a idade média, o direito natural e o direito positivo distinguiam-se na origem (fundamento) e na forma, porém não havia diferenças qualitativas entre eles, sendo ambas as espécies enquadradas na categoria de Direito (BOBBIO, 2006).

³ Cabe ressaltar que, de acordo com Nelson Saldanha, a terminologia jusnaturalismo “[...] não existiu na Grécia antiga, nem na linguagem dos pensadores romanos. Ele veio com os *ismos* que começaram a aparecer no Ocidente racionalista depois das obras de Grotius, de Locke, de Voltaire.” (SALDANHA, 2003, p. 302).

⁴ No pensamento de São Tomás de Aquino, a lei natural corresponde a participação da lei eterna, que é de origem divina, em cada criatura racional na capacidade de sua natureza humana (AQUINO, 1945 *apud* MORRIS, 2002).

⁵ Configurava-se o direito positivo como aquele decorrente da vontade do Estado, limitado no tempo e no espaço (BOBBIO, 2006).

⁶ Nesse sentido, tem-se, como expoente desse pensamento, o filósofo Hugo Grócio, o qual afirmou que o Direito natural era ditado pela razão humana (GRÓCIO *apud* MORRIS, 2002).

homens e, por isso, só poderia encontrar seu fundamento na natureza humana (GOYARD-FABRE, 2002).

É necessário ressaltar que a existência de um Deus criador não é abandonada, mas o idealismo metafísico do Direito natural sai do protagonismo para dar lugar à racionalidade humana. Essa é a ideia base que forma o jusnaturalismo moderno. Dessa linha comum, surgem reflexões substancialmente distintas, a depender do contexto filosófico que está inserido, não se formando, por isso, um movimento homogêneo (GOYARD-FABRE, 2002).

Independentemente da corrente jusnaturalista adotada, é possível sintetizar a filosofia do jusnaturalismo como aquela que “[...] sustenta que há um ordenamento das relações humanas diferente do Direito positivo, mais elevado e absolutamente válido e justo, pois emana da natureza, da razão humana ou da vontade de Deus” (KELSEN, 1998, p. 12).

Após essas novas reflexões acerca da concepção do Direito, surgiu, no século XIX, o movimento do positivismo jurídico que absorveu o Direito apenas como aquele originário do poder do Estado. Por consequência, para o positivismo jurídico, o Direito natural não seria enquadrado como Direito, não existindo mais outro Direito que não fosse o positivo. Nesse contexto, o Direito é considerado como o conjunto de normas que são postas pelo Estado, as quais são de observância obrigatória para uma determinada sociedade. A legislação se torna, nesse momento, a fonte exclusiva do Direito ou a prevalecente sobre todas as demais (BOBBIO, 2006).

O positivismo jurídico, ao conceber que Direito é somente aquele que está posto, preocupa-se, exclusivamente, com o estudo de como o Direito é, deixando de lado as discussões acerca de como ele deveria ser ou mesmo os debates sobre sua finalidade⁷ (MACHADO SEGUNDO, 2010). Isso porque as correntes positivistas compreendem que toda teoria é uma atividade racional que busca descrever, objetivamente, seu objeto de estudo, eliminando-se, por conseguinte, os elementos metafísicos⁸. Assim, a teoria do Direito não seria diferente, cabendo a esta promover

⁷ Nesse sentido, Herbert Hart (2001, p. 310) afirma que “Como outras formas de positivismo, a sua teoria não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais [...]”.

⁸ Nesse passo, Hans Kelsen (1998, p. 1), em sua Teoria Pura do Direito, expõe que ela se propõe a “[...] única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?”, excluindo “deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”.

a descrição do Direito, mediante um juízo racional, que não comporta elementos inteligíveis como a moral ou a justiça (LOPES FILHO; LOBO; CIDRÃO, 2018).

É pertinente esclarecer que, na mesma linha das correntes jusnaturalistas, os defensores do positivismo jurídico prescrevem diferentes vertentes. Apesar disso, é possível afirmar que a rejeição à metafísica é o elemento comum dos positivistas e é o que os distingue dos jusnaturalistas (MACHADO SEGUNDO, 2010). Nessa linha, para os positivistas, quanto mais a teoria jurídica se aproxima de elementos que podem ser objetivamente verificáveis, melhor será capaz de explicar as práticas sociais que se tornam Direito. Desse modo, a corrente positivista não reconhece outro Direito que não seja o decorrente de fatos sociais, visto ser o único suscetível a uma descrição racional objetiva (LOPES FILHO; LOBO; CIDRÃO, 2018).

Norberto Bobbio (2006), em sua obra “Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito”, constata que os positivistas não convergem em todas as questões suscitadas por esse movimento. No entanto, Bobbio (2006) elenca características que entende como fundamentais do positivismo, ainda que não sejam genuínas desse movimento, por serem sustentadas com maior constância pelos seus pensadores. Tais características são sintetizadas pelo autor em sete pontos a seguir discriminados.

A primeira característica está relacionada ao modo como os positivistas abordam o estudo do Direito. Para os juspositivistas, o Direito é representado por fatos sociais e não por valores (BOBBIO, 2006). Sendo assim, “Na linguagem juspositivista o termo ‘direito’ é então absolutamente avalorativo [...]” (BOBBIO, 2006, p. 136). Justifica-se que o referido movimento tem o objetivo de transmutar o estudo do Direito para o campo da ciência, o qual se ocupa somente dos juízos de fato, ou seja, de conhecimentos objetivos acerca da realidade, ao inverso dos juízos de valor, que promovem a construção da realidade com base em perspectivas pessoais ou subjetivas (BOBBIO, 2006).

Partindo-se da premissa de que o Direito não é capaz de ser verificável por juízos de valor, o positivismo jurídico expõe que a validade do Direito está adstrita à sua estrutura formal, e não ao seu conteúdo. Em face disso, para os positivistas, são válidas todas as normas que foram elaboradas pelo Estado na forma estatuída pelo ordenamento jurídico, independentemente do seu teor. Diferentemente da posição jusnaturalista, que condiciona a validade da norma ao critério valorativo da justiça (BOBBIO, 2006).

Nesse sentido, pode-se citar Hans Kelsen (1998) que, em sua Teoria Pura do Direito, argumenta que os valores, por serem relativos, não podem ser fundamentos de validade do ordenamento jurídico. Por essa razão, Kelsen (1998) propõe a necessária separação entre o Direito e a moral, uma vez que, para o autor, não existe uma moral absoluta, mas vários sistemas morais legítimos⁹. Assim, um ordenamento jurídico considerado justo para um determinado sistema moral pode ser considerado injusto sob o critério de outro sistema moral.

Além disso, o Direito pressupõe uma ordem coercitiva estatal, a qual é incompatível com a lógica da moral. Visto isso, conforme Kelsen (1998), não se aceita que, para uma norma ser considerada Direito, ela tenha que obedecer a uma moral mínima. Por outro lado, cumpre salientar que o autor não ignora a presença de elementos morais nas normas jurídicas, mas adverte que tal escolha não incumbe à ciência jurídica.

O segundo ponto delineado por Bobbio (2006) dirige-se à definição do Direito. De acordo com a posição positivista, o Direito tem sua definição vinculada ao elemento da coação. Por esse ponto de vista, a coação é reputada como elemento típico do Direito, que integra a estrutura das suas normas. A razão de ser desse pensamento decorre da concepção de que o Direito pertence ao Estado e este, por sua vez, é detentor de autoridade suficiente para impor-lhe a sua sociedade.

Bobbio (2006) explica que a natureza coercitiva do Direito possui duas teorias, uma clássica e uma moderna. A teoria clássica¹⁰ da coação pode ser percebida na doutrina de Rudolf Von Ihering (*apud* BOBBIO, 2006), o qual defende que as normas jurídicas são observadas em razão do poder coativo do Estado. Já a teoria moderna pode ser extraída da doutrina de Hans Kelsen¹¹, segundo a qual o

⁹ Kelsen (1998, p. 73) explicita que “Em vista, porém, da grande diversidade daquilo que os homens efetivamente consideram como bom e mau, justo e injusto, em diferentes épocas e nos diferentes lugares, não se pode determinar qualquer elemento comum aos conteúdos das diferentes ordens morais”.

¹⁰ Outro filósofo importante para a doutrina da natureza coercitiva do Direito é John Austin, o qual proclama que o elemento da coação é condição necessária para a observância do Direito (AUSTIN, 1954 *apud* MORRIS, 2002).

¹¹ Segundo Kelsen (1998, p. 37-38), “Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa – como às vezes se afirma – que pertença à essência do Direito ‘forçar’ (obter à força) a conduta conforme ao Direito, prescrita pela ordem jurídica”. Segue esclarecendo que “O Direito é uma ordem coativa não no sentido de que ele – ou, mais rigorosamente, a sua representação – produz coação psíquica; mas, no sentido de que estatui atos de coação, designadamente a privação coercitiva da vida, da liberdade de bens econômicos e outros [...]” (KELSEN, 1998, p. 38). E que é a comunidade jurídica, que possui o monopólio da coação, estabelece, por meio da ordem jurídica, “[...] as condições sob as quais a coação física deverá ser aplicada e os indivíduos que a devem aplicar” (KELSEN, 1998, p. 40).

Direito tem por escopo disciplinar o uso da força por uma determinada sociedade. Assim, ao passo que na teoria clássica a coação é meio para assegurar a vigência do Direito, para a teoria moderna a coação é o próprio objeto final das normas jurídicas.

O terceiro ponto característico do positivismo traçado por Bobbio (2006) refere-se à questão das fontes do Direito. De partida, é preciso destacar que as fontes do Direito são “[...] aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (BOBBIO, 2006, p. 161). Disso decorre que a norma válida é tão somente aquela elaborada pela fonte autorizada. Para o positivismo jurídico, o ordenamento jurídico é composto de várias fontes que se posicionam em uma estrutura hierárquica. Desse modo, as leis são a fonte predominante do Direito porque representam a vontade soberana do Estado, já as demais fontes, como os costumes, regulamentos, normas negociais e decisões judiciais são consideradas fontes subordinadas, que dependem das leis para receberem a qualificação de normas jurídicas.

O quarto ponto exposto por Bobbio (2006) versa sobre a teoria da norma jurídica. Segundo a doutrina do positivismo jurídico, toda norma resulta de um comando. Esse pensamento constrói a teoria imperativista do Direito que se subdivide em várias ramificações, mas que tem por base a concepção do Estado como a fonte exclusiva do Direito e a lei como a manifestação do poder normativo estatal. Com base nessa teoria, a norma consuetudinária não é recepcionada como norma jurídica, visto que não se desenvolve em uma estrutura de comando, mas se origina de uma manifestação espontânea.

Um dos expoentes da teoria imperativista do Direito, no seio da corrente juspositivista¹², foi John Austin, o qual definia o Direito como ordens de comando, à semelhança das ordens dadas por um assaltante, emitidas por um soberano ou conjunto soberano de pessoas aos membros da sociedade política que, por estarem em condição de sujeição, devem obedecer às leis positivas sob pena de sanção (AUSTIN, 1954 *apud* MORRIS, 2002).

¹² É oportuno ressaltar que essa teoria foi notoriamente combatida por positivistas contemporâneos como Herbert Hart (2001), na sua obra “O Conceito de Direito”, argumentando, entre outros pontos, que nem todas as normas possuem elementos de coerção, podendo ser leis que apenas conferem poderes ou direitos; que a ideia de soberano é incompatível com o Estado Moderno; que as pessoas obedecem as normas não apenas por medo das sanções, mas porque se tornam padrões de conduta decorrentes das práticas sociais.

O quinto ponto descrito por Bobbio (2006) aborda a teoria do ordenamento jurídico oriunda do próprio movimento positivista. Essa teoria, em essência, defende que a norma jurídica não pode ser considerada isoladamente, mas deve ser observada em consonância com todas as demais normas que integram o ordenamento. Desta teoria, resultam três características essenciais do Direito, quais sejam: a unidade, a coerência e a completude.

A unidade do Direito retrata que todas as normas jurídicas pertencem a um sistema unitário. Essa característica não é exclusiva dos positivistas, visto que os defensores do jusnaturalismo também concebem o Direito como um sistema unitário de normas. A diferença é que os jusnaturalistas enquadram o Direito em uma unidade material, defendendo que as normas decorrem, por consequência lógica, umas das outras. Em contrapartida, para os positivistas, o Direito estabelece uma unidade formal, por serem todas as normas emanadas do Estado. Logo, a unidade material dos jusnaturalistas está relacionada ao conteúdo das normas, e a unidade formal dos positivistas se refere ao modo como as normas são introduzidas (BOBBIO, 2006).

Quanto à característica da coerência do Direito, evidencia-se que as normas jurídicas são, necessariamente, coerentes entre si, negando-se a possibilidade de ocorrer antinomias entre elas. Essa afirmação parte da premissa de que há uma norma implícita, em todo ordenamento jurídico, segundo a qual, na existência de normas que sejam incompatíveis, apenas uma delas pode ser reconhecidamente válida e integrar o ordenamento jurídico. Dessa forma, “[...] a compatibilidade de uma norma com seu ordenamento (isto é, com todas as outras normas) é condição necessária para a sua validade” (BOBBIO, 2006, p. 203).

No que diz respeito à característica da completude, cabe registrar que é considerada como o ponto central do positivismo. Diretamente relacionada com o princípio da certeza do Direito, essa característica sustenta que não há lacunas na legislação, acreditando-se que o juiz sempre pode obter normas, ainda que implicitamente, do ordenamento jurídico. À vista disso, os juspositivistas extraem duas conclusões: não cabem aos órgãos julgadores a criação do Direito e não se admite a escusa de julgadores para resolver conflitos sob a justificativa de ausência da lei (BOBBIO, 2006).

Bobbio (2006) assinala que a crença na inexistência das lacunas na lei encontra respaldo em duas teorias distintas: a teoria do espaço jurídico vazio e a teoria da norma geral exclusiva. A teoria do espaço jurídico vazio, defendida especialmente

na Itália por Santi Romano, estabelece que os fatos que não estão regulados por normas jurídicas assim não o foram porque se tratam de situações irrelevantes para o mundo do Direito e, por esse motivo, integram um espaço jurídico vazio. Por sua vez, a teoria da norma geral exclusiva¹³, representada notadamente por Donati na Itália, expõe que as lacunas são inexistentes, não por existirem fatos irrelevantes para o Direito, mas porque cada norma jurídica possui implicitamente uma segunda norma “a qual exclui da regulamentação da norma particular todos os atos não previstos por esta última e o submete a uma regulamentação jurídica antitetica” (BOBBIO, 2006, p. 209). Por exemplo, se uma norma diz “é proibido fumar dentro de estabelecimentos privados”, esta norma contém outra implícita que enuncia “é permitido fumar nas vias públicas”.

Bobbio (2006) destaca que muitos juristas defendem a existência de lacunas no Direito. Contudo, de acordo com o autor, esses operadores, quando se referem às lacunas, não as suscitam no sentido técnico-jurídico, de real inexistência de uma norma para resolver um caso concreto, mas no sentido ideológico, quando não existe uma norma que esteja em consonância com seus ideais de justiça. Nessa mesma linha, Kelsen (1998) salienta que a ficção de lacunas no Direito normalmente está interligada com a insatisfação do órgão aplicador com a norma geral existente em face da sua concepção ético-política que a reputa como desacertada ou não equitativa. O autor assevera que essa defesa pela existência de lacunas no Direito proporciona, indevidamente, poder, ao tribunal, de decidir arbitrariamente, criando uma norma jurídica individual para o caso concreto, sempre ao se deparar com uma norma geral considerada por ele injusta ou insatisfatória.

Enuncia, ainda, Bobbio (2006) que há quem defenda que a existência de lacunas no Direito decorra da inconsistência entre a letra expressa da lei e a vontade do legislador. Nesses casos, para o autor, igualmente não seriam hipóteses de lacunas no Direito, tendo em vista que, uma vez verificada a mencionada incongruência, os órgãos julgadores podem recorrer “[...] à analogia e aos princípios gerais do Direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do direito” (BOBBIO, 2006, p. 210).

¹³ Compartilhando desse posicionamento, Kelsen (1998, p. 273) declara que “[...] quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta”.

Por outro ângulo, há positivistas que admitem a real existência de lacunas no Direito. Entre eles, menciona-se o positivista contemporâneo Herbert Hart. Este autor, na sua obra “O Conceito do Direito”, reconhece que, inevitavelmente, haverá casos que não estarão previstos ou regulados por normas jurídicas, configurando-se o Direito como parcialmente indeterminado ou incompleto (HART, 2001). Em virtude disso, Hart (2001) entende que caberá ao juiz, no exercício do seu poder discricionário, criar o direito para aquele caso concreto. Ressalta, contudo, que o poder de criação dos juízes não seria conferido na mesma medida daquele incumbido aos órgãos legislativos, mas estariam limitados à edição de uma norma individual, devidamente justificada, apta a solucionar o caso específico.

O sexto ponto exposto por Bobbio (2006) ocupa-se com o método da ciência jurídica, alusivo à atividade interpretativa do jurista. Conforme Bobbio, nos termos do positivismo jurídico, a interpretação do Direito, a ser operada pelo jurista, deve ser mecanicista, isto é, uma atividade meramente declaratória da legislação preexistente¹⁴. Em decorrência desse entendimento, a função da jurisprudência estaria limitada à interpretação passiva e contemplativa do Direito positivado, sem o exercício de atividade criativa. A tarefa de interpretação estaria restrita, assim, a buscar a vontade do legislador por meio dos elementos textuais da norma. Admite-se, apenas em certas ocasiões, a interpretação extratextual, quando se fizer necessário, por exemplo, o uso da analogia, desde que o emprego desse recurso não contrarie o que está expresso na lei. Diante dessa realidade, Bobbio (2006, p. 221) reconhece que:

O juspositivismo tem uma concepção formalista da ciência jurídica, visto que na interpretação dá absoluta prevalência as formas, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos e as deduções puramente lógicas que se possam fazer com base neles, com prejuízo da realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesses que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa.

¹⁴ Lopes Filho, Lobo e Cidrão (2018) esclarecem que a Escola da Exegese é a que notoriamente correlaciona o positivismo ao formalismo, teoria esta que seria inexistente no positivismo contemporâneo. Ressalvam os autores que “Conquanto a Escola da Exegese não tenha tido maior prevalência do pensamento jurídico ocidental, suas bases dominam o imaginário da prática jurídica ao longo de todo o século XX, e ainda se apresentam no Brasil como um modelo paradigmático de positivismo” (LOPES FILHO; LOBO; CIDRÃO, 2018, p. 351).

Essa concepção estática da interpretação delineada por Bobbio como característica do positivismo foi refutada por Kelsen (1998) em sua “Teoria Pura do Direito”. Segundo Kelsen (1998), as normas jurídicas, em sua maioria, permitem uma variedade de interpretações, o que resulta em diversas possibilidades de aplicação jurídica. Desse modo, a interpretação da lei não conduz, necessariamente, a uma única solução, mas a vários possíveis caminhos de igual valor. Essas múltiplas possibilidades estão dispostas dentro do que ele denominou de moldura interpretativa. Dentre as alternativas da moldura, caberá ao órgão julgador escolher a que melhor se adequa ao caso concreto, uma vez que não seria possível criar um critério científico que pudesse selecionar qual a opção mais correta. A definição desses critérios seria encargo da Ciência Política.

De forma semelhante, Hart (2001) explica que as regras contêm conceitos gerais e/ou abstratos. Isso decorre da impossibilidade de o legislador antever todas as circunstâncias possíveis, ou mesmo de uma indefinição de sua finalidade, que ocasionam, pela natureza da linguagem, várias possibilidades de interpretação. Por isso, o autor defende que toda norma seria indeterminada até certo ponto, o que ele denominou de textura aberta.

Por fim, o sétimo ponto descrito por Bobbio (2006) corresponde à teoria da obediência, a qual consiste, para os positivistas, no dever que toda a sociedade tem de obedecer a lei vigente de forma absoluta, independentemente do seu conteúdo. No caso de descumprimento, o sujeito será devidamente sancionado. A explicação desse dever absoluto de obediência remonta à formação do Estado Moderno, em que o Direito estatal assumiu a importância de se tornar a única fonte do Direito.

O positivismo jurídico teve inegável contribuição para a Teoria do Direito ao estabelecer sua independência metodológica, bem como para a identificação do Direito como mecanismo de mudança social (GICO JÚNIOR, 2010). Cabe-se também realçar a importância do positivismo para o avanço dos estudos relativos aos aspectos formais da ordem jurídica (MACHADO SEGUNDO, 2010). Apesar disso, em razão das crises mundiais pós guerras que resultaram em diversas e graves violações aos direitos da pessoa humana, sob o suposto amparo do positivismo, passou-se a discutir sobre a ineficiência dessa teoria para a resolução dos complexos problemas das sociedades modernas (FERNANDEZ, 2013).

Conforme explana Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p. 56), o positivismo normativista, por não ter o escopo de estudar a finalidade do Direito e as

práticas jurídicas, não proporciona ao cientista métodos que o permitam julgar a ordem jurídica vigente. Enfatiza que o direito existe para o atendimento de alguns fins, de modo que ignorá-los é o mesmo que implodir o objeto de estudo. Acrescenta que a visualização do Direito sobre apenas um aspecto diverge da própria epistemologia positivista. Nesse passo, o autor registra que essa incapacidade do positivismo, somada à neutralidade axiológica defendida pelo movimento, dificultou que a teoria pusesse barreiras ao regime nazista, bem como oportunizou o renascimento do jusnaturalismo na Alemanha no período de redemocratização.

Após o breve renascimento do Direito natural na Alemanha, surgiram correntes doutrinárias conhecidas por pós-positivistas. Essas correntes foram assim intituladas por serem criadas após a superação da dialética entre o jusnaturalismo e o juspositivismo. Essa aparente superação fundamenta-se, essencialmente, na admissão da normatividade dos princípios jurídicos, os quais seriam dotados de valores, desde que estivessem positivados na ordem jurídica. Entretanto, é pertinente ressaltar que a designação “pós-positivismo” não está acompanhada de um conteúdo claro sobre essa corrente. Defini-la apenas como uma teoria formada após o movimento positivista não corresponde à realidade, visto que há correntes doutrinárias, denominadas como positivistas, que surgiram de forma contemporânea às correntes ditas “pós-positivistas” (MACHADO SEGUNDO, 2010).

Machado Segundo (2010) alerta que há teóricos que não se intitulam como jusnaturalistas ou juspositivistas. O que se nota é que, a partir da segunda metade do século XX, foram elaboradas diversas teorias, não necessariamente convergentes entre si, que buscam explicar a ciência do Direito. Ademais, não se demonstra correto afirmar que as correntes jusnaturalistas e as juspositivistas foram superadas, pois o que se verifica é que essas teorias subsistem no tempo mediante defesas mais aperfeiçoadas sobre elas. Por exemplo, para as correntes filosóficas atuais do jusnaturalismo, reconhece-se que o Direito natural não seria algo eterno e imutável, como acreditado inicialmente, mas que possuiria conteúdo variável no tempo e no espaço (MACHADO SEGUNDO, 2010). O positivismo também sofreu modificações. Dentre elas, surgiu a corrente do positivismo inclusivo ou brando, a qual permanece com a ideia que o Direito se origina de uma fonte formal autorizada, mas passa a admitir que essa fonte pode exigir um critério moral para a validade da norma. Para

os adeptos¹⁵ dessa corrente, aceita-se a inclusão da Moral no Direito, ainda que de forma contingencial (LOPES FILHO; LOBO; CIDRÃO, 2018).

Embora não haja a superação teórica do jusnaturalismo e do positivismo, as correntes ditas pós-positivistas apresentam-se como teorias alternativas ao estudo do Direito. No Brasil, o novo paradigma foi denominado de “neoconstitucionalismo”¹⁶. Daniel Sarmiento (2009, n.p.) clarifica que o neoconstitucionalismo está relacionado com alterações no fenômeno jurídico, tanto no aspecto da dogmática jurídica, como no âmbito da prática jurídica, as quais ele sintetiza nos seguintes pontos:

- (a) reconhecimento da forma normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teoria da argumentação etc;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez mais da Filosofia nos debates jurídicos;
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Em razão da abertura do Direito aos princípios e valores morais, o neoconstitucionalismo recebe contestações, sobretudo em relação à maior margem de subjetividade que propicia aos intérpretes e aplicadores das leis. Para os críticos, essa abertura ocasiona a proliferação de decisões conflitantes que, em alguns casos,

¹⁵ Herbert Hart (2001), no posfácio de sua obra “Conceito do Direito”, em resposta às críticas de Ronald Dworkin, afirmou que a regra de reconhecimento não estabelece apenas critérios formais para o reconhecimento da validade jurídica de uma norma, mas pode conter critérios morais para essa verificação.

¹⁶ Humberto Ávila (2009) declara que o movimento neoconstitucionalista não está verdadeiramente albergado no ordenamento constitucional brasileiro. Segundo o autor, não se pode afirmar que a Constituição brasileira seja principiológica, mas um complexo de muitas regras e alguns princípios que não se sobrepõem, mas que possuem funções distintas e complementares (ÁVILA, 2009). Ávila (2009) sustenta que também não é cabível declarar que o método de subsunção foi substituído pela ponderação no processo de aplicação das normas. O autor explica que a Constituição por ser formada, em sua maioria, por regras, elas não podem ser desconsideradas, cabendo apenas ao aplicador verificar as suas possíveis interpretações e escolher aquela que melhor se amolda aos ideais constitucionais (ÁVILA, 2009). Além disso, Ávila (2009) afirma que não se pode defender a proeminência do judiciário frente aos poderes, especialmente o legislativo, tendo em vista que a Constituição privilegiou a participação do povo na elaboração das leis por meio da representação do poder legislativo. Ao fim, Ávila (2009, n.p.) conclui que: “O neoconstitucionalismo baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida não constitucionalismo: um movimento ou uma ideologia que barulhentosamente proclama a supervalorização da constituição enquanto silenciosamente promove a sua desvalorização.”.

não se tratam mais de controvérsias sobre o que é certo ou errado, mas sobre conflitos de valores, mostrando que a aplicação dos princípios, por si só, não se revela como satisfatória para a resolução de problemas concretos (FONTES, 2015).

Em outra vertente, surgiu, ainda no início do século XX, o movimento chamado “Realismo Jurídico”, o qual teve destaque nos Estados Unidos. As bases desse movimento estavam normalmente relacionadas com as ideias de indeterminação do Direito; de reconhecimento que as decisões judiciais são exaradas conforme as influências ideológicas e políticas de seus aplicadores e que, por isso, os juristas deveriam se voltar para o estudo pragmático do Direito, buscando conhecimento nas demais ciências para uma melhor aproximação com a realidade social (GICO JÚNIOR, 2010). Um dos reconhecidos precursores do Realismo Jurídico foi o professor Oliver Wendell Holmes, da universidade de Harvard. Holmes era contrário à aplicação formalista dos precedentes, justificando que, como o Direito não fornece uma única e definitiva solução para os conflitos, fazia-se necessária sua aproximação com outras áreas do saber para o alcance dos fins sociais pretendidos pelas normas (FERNANDEZ, 2013).

Outra corrente que influencia o pensamento jurídico contemporâneo é o pragmatismo. Com origem na filosofia, a sua construção se deve principalmente às obras¹⁷ de William James, Charles Sanders Peirce, John Dewey e, mais recentemente, Richard Rorty, nos Estados Unidos. O pragmatismo é contrário às teorias filosóficas essencialmente abstratas e distantes da realidade fática, como as decorrentes da metafísica¹⁸. Essa corrente possui três características basilares que consistem no antifundacionalismo, no contextualismo e no consequencialismo. O primeiro se relaciona com a negação da existência de fundamentos únicos e definitivos para teorias e argumentos. O segundo se refere à consideração do contexto histórico e da experiência humana daqueles que são os responsáveis pelas investigações científicas ou filosóficas. E o terceiro consiste na necessidade de se examinar as interpretações possíveis das normas para escolher as que vão resultar nas melhores consequências para o caso concreto. Essas características são reconhecidas como comuns ao

¹⁷ Sobre as principais ideias de William James, Charles Sanders Peirce, John Dewey, confira: KINOUCI, Rodrigues Renato. Notas introdutórias ao pragmatismo clássico. **Scientiæ Studia**, São Paulo, v. 5, n. 2, 2007, p. 215-26.

¹⁸ Richard Posner (2010) explica que os pragmáticos não rejeitam a metafísica, mas repudiam que o estabelecimento da verdade pode ser feito a partir de proposições metafísicas. Enfatiza que, nem mesmo a verdade derivada de um conhecimento científico deve ser vista como absoluta. Por isso, afirma que os pragmatistas são falibilistas.

pragmatismo filosófico e ao pragmatismo jurídico, conquanto existam pontos de divergência entre eles. No caso do pragmatismo jurídico, um dos seus expoentes é o jurista americano Richard A. Posner, cujos referenciais teóricos serão estudados adiante. Antes, faz-se pertinente o estudo do consequencialismo, o qual, por muitas vezes, é confundido com o pragmatismo.

2.2 Consequencialismo na leitura de Neil MacCormick

O consequencialismo é um termo que compreende diversas teorias filosóficas pertinentes à análise das consequências das ações humanas. Sendo assim, a abordagem do consequencialismo ultrapassa a esfera do Direito, mas possui, perante ele, especial importância por ser considerado critério de julgamento (CHRISTOPOULOS, 2015). Luis Fernando Schuartz (2011, p. 383-384) define o consequencialismo jurídico como:

[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas.

Partindo desse parâmetro, Schuartz (2011) esclarece que tanto é consequencialista a posição que defende que uma decisão somente é correta se realiza a valoração das consequências e decide pela solução que apresenta os melhores resultados (consequencialismo forte), como a posição que confere, à análise das consequências, peso, no máximo, igual ao atribuído aos argumentos não consequencialistas (consequencialismo fraco).

As teorias consequencialistas divergem sobre o limite a ser estabelecido entre o respeito às normas vigentes e à consideração das consequências. Por esse motivo, o uso de argumentos consequencialistas, no âmbito do Direito, abrange o debate de algumas questões como: a) os argumentos consequencialistas devem ser aplicados em toda decisão ou apenas nos casos difíceis? b) os argumentos consequencialistas só podem ser empregados quando não há normas aplicáveis ao caso ou quando há regras autorizando sua aplicação? c) como solucionar o conflito entre argumentos consequencialistas e os deontológicos? d) consequências de ordem social, econômica, entre outras, também podem ser consideradas nas decisões ou

somente as consequências jurídicas? e) como mensurar o peso das consequências presentes no caso? (CHRISTOPOULOS, 2015).

Um autor relevante para o estudo das discussões jurídicas acerca do uso das consequências é o filósofo escocês Neil MacCormick, o qual se debruça sobre os aspectos práticos da sua teoria argumentativa. MacCormick (2008) atesta que o emprego do silogismo, que ele chama “justificação de primeira ordem” ou “justificação dedutiva”, figura como uma moldura de argumentação jurídica dentre a qual as decisões judiciais, as petições das partes, e outros textos jurídicos se desenvolvem. No entanto, MacCormick (2008) afirma que o silogismo não é capaz de solucionar todos os casos e, por isso, as possibilidades de argumentação jurídica não podem se esgotar nesse processo dedutivo.

Nos chamados “casos difíceis”, em que há dúvidas sobre a existência de uma norma aplicável ao caso, problemas de interpretação da norma existente, dificuldades no exame dos fatos, entre outras circunstâncias, MacCormick (2008) sustenta que, como a justificação dedutiva não é capaz de resolver tais impasses, é preciso uma “justificação de segunda ordem” que oriente e limite o poder discricionário do juiz.

A justificativa de segunda ordem proposta por MacCormick (2008) é composta por alguns critérios avaliativos que ele denomina de universalizabilidade, consistência, coerência e consequencialismo. A universalizabilidade está associada com a fundamentação da decisão a partir de argumentos universalizáveis, extraídos da lei ou dos precedentes, que possam ser aplicados aos casos de mesmas características. A consistência se refere à exigência de a decisão não criar contradições entre as normas do ordenamento jurídico. A coerência é relativa à necessidade de a decisão estar em harmonia com o conjunto de valores e princípios relevantes e comuns ao caso. O consequencialismo é um critério de justificação que pode ser utilizado quando ainda restar aberta a solução do caso, mesmo após a aplicação da consistência e da coerência, de modo que o argumento definitivo passa a ser a avaliação sobre as consequências.

Quanto aos argumentos consequencialistas, MacCormick (2008) expõe que há duas posições extremas. A primeira defende que o processo de tomada de decisão deve se basear somente na análise de todas as suas possíveis consequências, escolhendo aquela que apresenta a melhor relação de custo e benefício. A segunda compreende que o processo de fundamentação da decisão não

guarda qualquer compromisso com as suas consequências, mesmo que próximas. Para o autor, nenhum desses entendimentos é razoável.

De acordo com MacCormick (2008), a primeira visão não seria compatível com a construção de uma justificação racional da decisão, considerando que o futuro é indefinido e as possíveis consequências de um caso podem ser incalculáveis. A segunda também não deve ser admissível, pois a própria natureza e qualidade das decisões estão relacionadas com o alcance de certas consequências. Além disso, alerta que o julgador deve ter prudência e responsabilidade com as consequências dos seus atos. Assim como as pessoas são responsáveis pelas consequências de suas condutas, os juízes não devem ser excluídos dessa mesma regra.

Como proposta, MacCormick (2008) sugere uma posição intermediária, segundo a qual algumas consequências relevantes devem ser consideradas no processo de justificação das decisões. Para a escolha e análise das consequências, o autor estabelece algumas diretrizes. Primeiramente, MacCormick declara que o julgador, ao escolher uma das alternativas que sejam juridicamente admissíveis para o caso concreto, deve ter em mente que tais justificativas serão universalizáveis, pois a linha de posicionamento escolhida será a preferida para os demais casos análogos.

Acerca da dificuldade em avaliar todas as possíveis consequências do caso, bem como as bases que serão utilizadas para esse processo, MacCormick (2008) esclarece que as consequências extrajurídicas, como as sociais, são especialmente difíceis de serem mensuradas, especialmente porque os julgadores não possuem recursos, estrutura e tempo necessários para esse tipo de investigação.

À vista disso, MacCormick (2008) compreende que as consequências a serem analisadas pelos julgadores devem ser as estritamente jurídicas, dentre aquelas que não se limitam às consequências causais e particulares da decisão. De acordo com MacCormick (2008), deve-se dar relevância às decisões que provocam impactos no comportamento das pessoas, como as que conferem direitos ou deveres a todos àqueles que se encontram em situações similares, a partir da decisão. Tal conduta tem notável importância nas áreas do Direito em que as pessoas fundamentam suas ações a partir de decisões judiciais, gerando mudanças de comportamento. Assim, ao examinar as consequências, o julgador deve lembrar que, a partir da sua escolha, estará autorizando ou proibindo determinados comportamentos.

Nesse viés, dentre as possíveis consequências de um ato, Maccormick (2008) sugere que se examinem apenas aquelas que possuam implicações jurídicas. Mas qual seria o critério avaliativo dessas consequências jurídicas? Os critérios destacados pelo autor para justificação de segunda ordem servem de limites para a apreciação das consequências jurídicas. Isso quer dizer que a decisão que usa o argumento definitivo das consequências, mesmo assim, não pode deixar de observar a universalidade, a consistência e a coerência. Portanto, a decisão construída sob a fundamentação de uma determinada consequência deve possuir bases universalizáveis; não pode contrariar norma vigente, nem estar em desacordo com os princípios e valores do sistema jurídico, principalmente aqueles ligados diretamente ao ramo do Direito que envolvem o caso.

Dessa maneira, conclui-se que o consequencialismo proposto por MacCormick é uma posição intermediária, a qual permite a utilização das consequências com implicações jurídicas na adjudicação judicial, somente nos casos difíceis e desde que a solução escolhida não contrarie as normas, os valores e princípios do ordenamento jurídico aplicáveis ao caso.

2.3 O pragmatismo jurídico na perspectiva de Richard A. Posner

O pragmatismo jurídico não é considerado uma Teoria do Direito, mas uma teoria normativa da decisão judicial que serve de método de argumentação. É comum que correntes teóricas novas, desenvolvidas para debater questões relacionadas ao Direito, sejam derivadas de construções filosóficas firmadas anteriormente. Sendo assim, não é incompreensível que o pragmatismo jurídico seja visto como uma teoria jurídica que se relaciona com a teoria filosófica do pragmatismo¹⁹ desenvolvida por autores como Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey e Richard Rorty. No entanto, não parece adequado afirmar que o pragmatismo jurídico corresponde, simplesmente, à aplicação das ideias da filosofia pragmatista, essencialmente referentes às características do antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, à atividade jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2009).

¹⁹ Cf. ROCHA, Márcio Oliveira; MEDEIROS, Gláucio Guimarães. A nova lei de introdução às normas do direito brasileiro: uma crítica racional sobre a densificação dos valores de uma decisão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.92, n.2, p.136-155 Dez. 2020.

Na obra “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Richard Posner (2010, p. 3) busca demonstrar que o pragmatismo jurídico não representa a mera aplicação das proposições da filosofia pragmática ao Direito e defende que “[...] os apelos ao pragmatismo para guiar a adjudicação e outros atos governamentais devem ter suas amarras cortadas da filosofia.”. Segundo Posner (2010), o pragmatismo que produz efeitos no mundo jurídico é o que ele denominou de pragmatismo cotidiano, o qual se distingue do pragmatismo filosófico. O pragmatismo cotidiano se utiliza do senso comum para solucionar os casos concretos. Em contrapartida, o pragmatismo filosófico se baseia em proposições da filosofia acadêmica, de alto nível técnico e de difícil entendimento, que possuem pouca repercussão prática na atividade de juízes e advogados.

Conforme delineado por Posner (2010, p. 38-40), o discurso pragmático cotidiano consiste em “[...] uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhos utópicos”, já o discurso pragmático filosófico “[...] é acadêmico, sutil, complexo e realizado num vocabulário técnico proibitivo. Ele também tende a ser contemplativo em vez de orientado para ação [...]”. Contudo, reconhece Posner (2010) que essas duas espécies de pragmatismo não são incompatíveis, mas sim independentes. Como exemplo, Posner (2010) cita a orientação dada pelo pragmatismo jurídico de que a adoção do formalismo nas decisões judiciais, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser uma estratégia pragmática, como será melhor explicitado adiante, a qual não advém das ideias da filosofia pragmática.

Passando para a descrição do pragmatismo cotidiano, Posner (2010) explica que o juiz adepto a essa corrente se propõe a conhecer os interesses dispostos no caso sob análise, de modo que a solução escolhida, entre as alternativas possíveis, proporcione as melhores consequências para as partes diretamente envolvidas, bem como para os demais interessados atingidos.

O autor ressalta que as consequências a serem consideradas pelo juiz pragmático não são apenas as imediatas e de curto prazo. As consequências futuras também devem ser avaliadas (POSNER, 2010). Essas consequências incluem as denominadas sistêmicas, que estão associadas à unidade, à coerência, à continuidade, à previsibilidade dos direitos e deveres, entre outros valores do sistema jurídico. Nesse sentido, a decisão pragmática não se traduz na tomada de decisão *ad*

hoc. O juiz pragmático tem por objetivo, portanto, formar uma decisão que seja a mais razoável para o caso concreto, preocupando-se com as consequências imediatas e futuras, tanto as específicas como as sistêmicas.

Posner (2010) esclarece que o juiz pragmático não desconhece as virtudes das normas jurídicas padrão, apenas não concorda em torná-las sagradas. À vista disso, Posner (2010) destaca que são decisões pragmáticas aquelas que seguem a solução expressa nas leis ou nas decisões judiciais pretéritas, uma vez que nem todos os casos possuem vários resultados alternativos que exigem a análise de diversas consequências. Desse modo, frisa o autor que “A incerteza e a indeterminabilidade são preocupações pragmáticas, não valores pragmáticos.” (POSNER, 2010, p. 49).

Outrossim, Posner (2010) informa que cabe ao juiz pragmático sopesar, de um lado, as consequências de aplicar imediatamente os textos de lei ou as decisões judiciais anteriores e, de outro, os efeitos de inovar o material jurídico pré-estabelecido. Sabe-se que as normas e decisões postas podem ter boas consequências em razão da confiança atribuída a elas pela comunidade. Porém, podem ter más consequências quando não estão adequadas a solucionar eficientemente a controvérsia do caso concreto.

Não obstante, Posner assevera (2010, p.48) que, apenas em algumas hipóteses, deve-se conferir maior peso às consequências sistêmicas, pois, se assim não o fosse, o pragmatismo jurídico se fundiria com o próprio formalismo legal (“conformidade cega as normas preexistentes”). Para o autor, a adoção do formalismo legal pode ser uma estratégia pragmática, mas somente em casos excepcionais, não como uma regra do sistema (POSNER, 2010).

Pode-se questionar sobre quais ferramentas terá o julgador para decidir se seguirá os padrões contidos nas normas jurídicas, preservando-se as consequências sistêmicas, ou se adotará soluções diversas que melhor atendam as consequências específicas do caso. Posner (2010) responde que não há um algoritmo formado que possa ser empregado para alcançar o equilíbrio no mencionado dilema, mas que caberá ao julgador se utilizar da sua racionalidade, pesando os ônus e os benefícios em cada caso.

Ainda que seja conferida notável importância às consequências no processo de tomada de decisão, Posner (2010) comunica que o pragmatismo não é, substancialmente, uma forma de consequencialismo. Elucida que o consequencialismo corresponde a um conjunto de doutrinas (principalmente o

utilitarismo²⁰), que analisa determinado ato ou decisão exclusivamente com base no valor de suas consequências ²¹ (POSNER, 2010). Assim, enquanto no consequencialismo as consequências são a única base para julgar determinada ação ou para decidir por determinada solução, no pragmatismo, a consideração das consequências, inclusive aquelas relacionadas com o bem-estar da coletividade, são apenas uma das estratégias utilizadas. Desse modo, Posner (2010, p. 50) declara que “[...] prefiro a ‘razoabilidade’ às ‘melhores consequências’ como padrão para avaliar decisões judiciais de forma pragmática”.

Até mesmo porque, como já informado, cabe ao pragmatista sopesar os custos de rejeitar as consequências do caso específico e o ganho de seguir a norma “[...] por simplificar a investigação, minimizar o arbítrio judicial, aumentar a transparência da lei e tornar as obrigações legais mais definitivas” (POSNER, 2010, p. 54). Julgamentos que seguem essa última proposição são pragmáticos e não consequencialistas. Ademais, tanto por razões de ordem prática como por motivos jurisdicionais, não é verossímil que o julgador consiga examinar todas as prováveis consequências de suas decisões (POSNER, 2010).

Posner (2010) sustenta que, enquanto o formalismo legal impõe um certo dever com o passado, de forma que a legitimidade de suas decisões se extrai de uma norma ou princípio preexistente, o pragmatismo tem um olhar mais voltado para o futuro, não se colocando como prisioneiro de normas ou decisões anteriores. Isso não significa que o pragmatista desconsidera ou rejeita as normas e os entendimentos já formados, mas que a possível continuidade desses dispositivos decorre de um prestígio ao valor social, e não de um dever com o passado.

De acordo Posner (2010), os pragmatistas são historicistas, haja vista reconhecerem que doutrinas e normas já elaboradas são vestígios históricos que devem nortear os julgadores. Todavia, entendem que tais materiais disponíveis não devem ser recepcionados como verdades atemporais, sobretudo porque, em vários casos, essas fontes formais se mostram inadequadas frente às novas problemáticas.

Posner (2010) ressalta que o pragmatismo não se aplica apenas quando não existem leis, contratos, jurisprudências, aptos a solucionar um caso concreto, pois

²⁰Teorias relacionadas com a maximização da riqueza, do bem-estar do indivíduo e/ou da coletividade (POSNER, 2010).

²¹ Observa-se que Posner tratou o consequencialismo apenas na visão extrema. Contudo, cabe registrar que a primeira publicação do livro “law, pragmatic e democracy” ocorreu no ano de 2003, e a posição intermediária de Neil Maccormick, no livro “rhetoric and the rule of law” foi publicado em 2005.

não se comporta como mero complemento do material convencional de adjudicação. Nesse momento, o autor (2010) diferencia o pragmatismo do positivismo proposto por Hart, uma vez que este defende que a lógica pragmática estava limitada ao preenchimento das lacunas no Direito. Para Posner (2010), as fontes convencionais vigentes não possuem prioridade absoluta sobre as demais fontes extraídas do próprio caso particular. Porém, quando não se está diante de consequências trágicas, o pragmatista segue a linha que é mais prudente observar as interpretações já assentadas no material legal disponível, a fim de preservar as expectativas da comunidade.

O pragmatismo legal possui orientação empirista, à semelhança do raciocínio prático comum. Torna-se essencial a investigação dos fatos para solucionar um caso concreto, fatos estes que incluem, como já mencionado, as consequências sistêmicas dos atos (POSNER, 2010). Quanto a esse aspecto, ressalta Posner (2010) que a orientação empirista do pragmatismo não resulta na negação aos princípios legais. Defende-se que os princípios, a depender do nível de abstração, são utilizados para auxiliar na organização da investigação ou para complementá-la. Como exemplo de princípio que poderia ser adotado na orientação da investigação dos fatos, o autor menciona o princípio legal da negligência, segundo o qual a ausência de um cuidado razoável pode implicar responsabilização. Nessas ocorrências, em conformidade com a orientação empirista, caberia ao julgador o exame das seguintes questões: “(Que precauções estavam disponíveis para o réu? Quão eficazes das teriam sido? Qual a probabilidade de o acidente ocorrer? A vítima poderia tê-lo evitado e, em caso afirmativo, a que custo)?” (POSNER, 2010, p. 59).

A teoria pragmatista procura fundamentar suas ideias nos fatos e consequências, afastando-se de crenças, conceitualismos, generalidades. Em virtude disso, o pragmatismo é contrário às correntes que defendem o uso de teorias abstratas, morais e políticas, como guias de formações das decisões judiciais, tendo em vista que esses tipos de abstrações ignoram os resultados das investigações. Posner (2010) admite que as teorias científicas também são abstratas, contudo, as abstrações dessas teorias são utilizadas apenas como ponto de partida, sendo posteriormente confrontadas com os achados das investigações, podendo ser preservadas ou refutadas, a depender dos resultados.

O pragmatismo jurídico não é avesso a toda e qualquer teoria, desde que sejam teorias que orientem uma investigação empírica. Dessa forma, Posner (2010)

argumenta que o pragmatismo não está preocupado em conservar a autonomia conceitual do Direito. Justifica que o Direito deve estar aberto às intromissões de outras áreas do saber, a exemplo da economia, visto que os estudiosos dessa ciência têm por objeto de estudo a análise das consequências que são indispensáveis para um exame legal pragmático.

Conforme Posner (2010), o juiz pragmático orienta seu processo de decisão de dentro para fora. Examina-se primeiro os fatos do caso concreto para, após, analisar os possíveis fatos futuros, a fim de evitar projeções prematuras em atenção à prudência e ao empiricismo. Diante disso, em sua decisão, o juiz pragmático privilegia fundamentações estreitas na construção inicial da solução. Posner (2010) acrescenta que os pragmatistas não acreditam na existência de respostas certas para os casos difíceis do Direito, sendo, por isso, favoráveis à retórica como forma de raciocínio.

No seu último apontamento sobre o pragmatismo jurídico, no livro “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Posner (2010) anuncia que essa corrente não se confunde com o realismo jurídico, nem com os estudos jurídicos críticos. Esses movimentos foram marcados por intensos debates políticos, diferentemente do pragmatismo por ele defendido, o qual não possui tais amarras, mas se funda nos estudos avançados da Ciência Política, da Economia, entre outras disciplinas sociais e científicas. Após a exposição das principais nuances sobre o pragmatismo jurídico, Posner (2010, p. 65) sintetiza essa corrente da seguinte forma:

Num resumo brutalmente breve, 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 prático 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 juízes não poderiam fazer melhor em casos difíceis do que chegar a resultados razoáveis (em oposição a resultados demonstravelmente corretos).

Na esteira do pensamento de Posner (2010), percebe-se que o pragmatismo legal ou jurídico não representa a negação à existência do Direito na forma desenhada pelo positivismo jurídico, na medida em que não exclui do processo

de tomada de decisões as normas postas e a jurisprudência consolidada. Por outro lado, o pragmatismo demonstra a necessidade de o julgador, em conjunto com esse material convencional disponível, investigar as demais fontes do Direito decorrentes do caso concreto, como as possíveis consequências, imediatas e futuras, das decisões.

2.4 As objeções levantadas sobre o pragmatismo jurídico

Ronald Dworkin (1999), que promove a defesa da integridade²² do Direito, na obra “O Império do Direito”, registra sua oposição ao pragmatismo jurídico. Dworkin (1999) afirma que essa teoria é uma concepção cética do Direito por não reconhecer que os precedentes judiciais e as legislações em vigor fornecem, por si só, o substrato necessário para a decisão do Estado de empregar ou não o seu poder coercitivo.

Dworkin (1999) aponta que, para os pragmatistas, a justificativa a ser utilizada pelo Estado, para a adoção da coerção, extrai-se das necessidades do caso concreto, e não do compromisso com a coerência da decisão judicial ou da legislativa pretérita. Segundo Dworkin (1999), os pragmatistas acreditam que, ao se desvincularem das decisões do passado e seguirem fatores contemporâneos ao momento da decisão, alcançam um futuro mais próspero para toda a comunidade. Todavia, o autor ressalta que:

Os juízes certamente vão divergir sobre qual regra, estabelecida em que circunstâncias, seria de fato melhor para o futuro sem levar em consideração o passado. Em alguns casos, não estarão de acordo sobre as consequências prováveis de uma regra específica, e, em outros, pelo fato de terem concepções diferentes sobre o que é uma boa comunidade (DWORKIN, 1999, p. 185-186).

Dworkin (1999) pontua que o pragmatismo não se propõe a examinar as teorias que discutem o que seria o melhor para a comunidade, de maneira que não há a formação de um consenso entre os pragmatistas de qual seria a melhor decisão nesses termos. Há juízes pragmatistas que entendem, por exemplo, que o melhor método para a escolha da sua decisão será aquele que resulte em maiores riquezas para a sociedade. De outro lado, há julgadores que pensam que o melhor caminho é

²²A concepção de Dworkin (1999) de Direito como integridade relaciona-se com o compromisso com a coerência perante os princípios da justiça, da equidade, e do devido processo legal que justificaram os precedentes judiciais e as legislações.

aquele que produza menos injustiças para o caso específico. Em virtude disso, Dworkin (1999) adverte que, como o pragmatismo não estipula as bases do que seria uma boa comunidade, propicia-se que os julgadores formem suas decisões com atenção exclusiva aos seus entendimentos subjetivos, uma vez que não lhes é exigido coerência com as decisões judiciais ou legislativas pré-existentes.

Dworkin (1999) defende, em sua teoria, que as pessoas possuem direitos que podem ser derivados de decisões políticas anteriores, reconhecendo a existência de pretensões juridicamente tuteladas. Na via inversa, o autor informa que o pragmatismo não reconhece aos cidadãos direitos conferidos pelas legislações ou decisões pretéritas quando o atendimento a esses direitos ocasionar maior prejuízo para a comunidade. Com efeito, para os pragmatistas, essas decisões são apenas instrumentos que podem auxiliar na construção de um futuro melhor, não possuindo, assim, fundamento independente.

Apesar disso, os pragmáticos admitem a necessidade de existirem normas públicas que regulem a sociedade e possibilitem a sua convivência harmônica. No entanto, adotam a estratégia de agir, em alguns casos, “como se” as pessoas fossem detentoras de direitos. Nessa estratégia do “como se”, Dworkin (1999) explica que os pragmáticos incluem na lista dos possíveis direitos aqueles que são claramente reconhecidos nas legislações, excluindo os direitos previstos em legislações antigas que se respaldam em políticas ultrapassadas. Também podem estar incluídos na lista do “como se” os direitos provenientes das reiteradas decisões judiciais, mas igualmente sem abranger todos eles. Forma-se, assim, uma doutrina de observância à lei e aos precedentes de modo relativizado.

De acordo com Dworkin (1999, p. 193), os pragmatistas consentem que as legislações obscuras não são fontes do Direito pertencentes à estratégia do “como se”, pois não veem razões para investigar as intenções dos antigos legisladores, já que “[...] a regra correta é aquela que se mostrar melhor para o futuro”. O mesmo pensamento se aplica aos precedentes oriundos de decisões confusas ou polêmicas. Os pragmatistas julgam não estarem obrigados a desvendar o fundamento dessas decisões, tampouco sujeitos a decidirem os casos subsequentes, em analogia às decisões do passado, enquanto se verificar a divergência entre eles. Por outro lado, Dworkin (1999) concorda que, quando os juízes se negam a seguir os precedentes cujas orientações são inquestionavelmente obscuras, não se configura real prejuízo ao poder geral dos precedentes.

Dworkin (1999, p. 189) denuncia que, em algumas ocasiões, os juízes pragmatistas cometem o que ele denominou de “nobre mentira”, que consiste em simular a adoção de uma lei obsoleta em suas decisões, invocando, no entanto, a existência de nova interpretação. Sucede-se que, na realidade, os juízes estariam ignorando a legislação e aplicando seu novo entendimento na crença de estarem melhor servindo aos interesses de longo prazo da comunidade. Em face disso, para Dworkin (1999, p. 194), os juízes pragmáticos devem ser vistos

[...] Como se inventassem novas regras para o futuro de acordo com suas próprias convicções sobre o que é melhor para a sociedade como um todo, livres de quaisquer pretensos direitos que decorriam da coerência com a jurisprudência, mas apresentando-as, por razões desconhecidas, com a falsa aparência de regras extraídas do passado.

À luz dessas considerações, Dworkin (1999) conclui que a base central do pragmatismo é o seu ceticismo frente às pretensões jurídicas, implicando o descompromisso com a coerência dos princípios que motivaram os atos precedentes.

Para além das críticas formuladas por Ronald Dworkin (1999), Diego Arguelhes e Fernando Leal (2009) assinalam que o pragmatismo jurídico defendido por Richard Posner (2010), embora se apresente como uma tese sofisticada sobre como os juízes devem decidir, não fornece as instruções necessárias para os julgadores aplicarem seus preceitos. Não há bases firmadas que orientem os juízes, no caso concreto, a procederem com a inovação das normas existentes ou de segui-las por estratégias pragmáticas. Para Arguelhes e Leal (2009), o critério da razoabilidade invocado por Richard Posner (2010), por ser nitidamente subjetivo, não cumpre essa finalidade.

Em sentido semelhante, Mariah Ferreira e Evanilda Bustamante (2015) declaram que o pragmatismo cotidiano sustentado por Richard Posner (2010) permite um elevado grau de subjetividade aos julgadores, haja vista defender que a decisão a ser adotada pelo juiz deve ser aquela que melhor privilegia o bem comum, sem definir os critérios para essa concepção. Assim, no processo de tomada de decisão, fica o juiz autorizado a decidir com base no seu ponto de vista, resultando em uma maior insegurança jurídica para o sistema.

Nota-se que as críticas aqui destacadas se concentram, sumariamente, na ausência de parâmetros para selecionar a decisão que melhor atenda ao futuro da comunidade, como proposto por Richard Posner (2010), e na falta de critérios para

que os juízes valorem se devem dar continuidade ao material legal disponível ou se devem inovar para o alcance das melhores consequências. Portanto, a depender de como a abordagem pragmática é aplicada nos casos concretos, ao invés de auxiliar na formação de decisões razoáveis e que melhor atendam à sociedade, pode contribuir para o aumento da insegurança jurídica.

2.5 O pragmatismo jurídico e a conexão com a atividade interpretativa

Como visto, o modelo pragmático propõe que, no processo de tomada de decisão, as consequências dos atos, tanto as imediatas como as futuras, incluindo as sistêmicas, sejam consideradas a fim de alcançar os melhores resultados diante das peculiaridades do caso concreto. Para tanto, conforme a teoria de Richard Posner (2010), a estratégia pragmática pode observar as fontes convencionais do Direito, como pode ser direcionada a formar um novo entendimento sobre determinada matéria, o que ocorre especialmente nos casos difíceis do Direito.

Como evidenciado pelos críticos, na teoria de Richard Posner (2010), não foram fornecidos critérios que auxiliem os julgadores a valorar as consequências dos casos concretos ou parâmetros para que possam decidir se devem ou não seguir os precedentes e a legislação posta. Ainda assim, acredita-se que as limitações dessa abordagem não devem afastar a possibilidade de sua utilização na atividade de interpretação e aplicação do Direito (OLIVEIRA, 2011).

Com efeito, o pragmatismo jurídico é instrumento legítimo para a atividade interpretativa, tendo em vista que esse modelo não intervém pela imediata e irrestrita rejeição das normas ou precedentes vigentes. O que o pragmatismo afirma é que o material legal convencional não pode ser aplicado de forma desconexa com a realidade fática, como fundamento de Direito exclusivo e absoluto (OLIVEIRA, 2011).

Rafael Oliveira (2011) argumenta que a atividade interpretativa não se traduz na mera declaração da vontade do legislador, mas corresponde a uma tarefa construtiva que elabora as normas para o caso concreto. Assim, para o Oliveira, o magistrado, na sua atividade interpretativa, precisa contextualizar a norma com o caso sob análise, visto que, em maior ou menor grau, promove a criação do direito para aquele caso específico. Em sentido semelhante, Humberto Ávila (2011, p. 30) esclarece que o produto da atividade interpretativa é a elaboração da norma jurídica, a qual não se confunde com o texto legal:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Ilustrando o seu pensamento, Ávila (2011) aponta a norma da segurança jurídica, a qual não reside em nenhum dispositivo legal específico, mas é proveniente da interpretação de textos normativos. De outro lado, cita o dispositivo constitucional que designa à proteção de Deus, sob o qual não se gera nenhuma norma. Ávila demonstra, assim, que não há necessária correspondência entre o dispositivo legal e a norma jurídica.

Ávila (2011) prossegue explicando que a atividade interpretativa não possui como atribuição a simples investigação do significado do texto normativo como se cada dispositivo legal tivesse um conteúdo inerente e imutável. Para o autor, é preciso racionalizar que “[...] o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço [...]” (ÁVILA, 2011, p. 31).

Na mesma direção, Oliveira (2011) declara que não há conceitos definitivos nos textos normativos, à medida que seus significados variam conforme o cenário histórico, político e socioeconômico do momento da sua aplicação. Ressalta que, como as regras e princípios ensejam várias possibilidades de interpretações, resultando em diferentes alternativas de aplicação do Direito, exige-se dos julgadores a devida ponderação das circunstâncias do caso concreto. Somente assim será possível promover a aproximação entre os textos normativos e a realidade, evitando a ineficiência do ordenamento jurídico.

De fato, há uma “íntima ligação entre a atividade interpretativa e o pragmatismo, notadamente pela necessidade de criação da norma a partir do texto da lei, com a conseqüente valorização do contexto e das conseqüências da interpretação” (OLIVEIRA, 2011, p.131). Nesse passo, o dispositivo legal é apenas o ponto de partida da atividade interpretativa, de modo que, na execução dessa tarefa, os aplicadores do Direito devem produzir as normas jurídicas do caso concreto apoiados nos seus respectivos contextos fáticos. A atividade interpretativa, nos termos suscitados pelo

pragmatismo, torna-se caminho indispensável para a aplicação efetiva do Direito ao aproximá-lo da realidade fática (OLIVEIRA, 2011).

Oliveira (2011) observa, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro, ao regular uma sociedade marcada pelo pluralismo, resguarda interesses e valores de diversos setores, muitas vezes contrapostos. Essa circunstância corrobora a defesa pela inviabilidade de coexistirem normas absolutas e pela necessidade de se abrir margens para a devida ponderação do caso específico.

Com efeito, a abordagem pragmática, ao negar dogmas, valorizar o contexto fático e avaliar as consequências, apresenta-se como instrumento idôneo para a atividade interpretativa, sobretudo porque tende a auxiliar na redução do abismo entre o dispositivo legal e a realidade fática, conferindo, assim, maior efetividade na concretização de ordenamentos jurídicos plurais.

No capítulo seguinte, será apresentada a inclusão da abordagem pragmática na jurisprudência brasileira, bem como na legislação, notadamente por meio da Lei n.º 13.655/2018, que inseriu novos artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942).

3 O AVANÇO DO PRAGMATISMO NA ESFERA JUDICIAL E CONTROLADORA E SUA SISTEMATIZAÇÃO POR MEIO DA LEI N.º 13.655/2018

3.1 A perspectiva pragmática nos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF)

Em uma entrevista concedida ao Jornal Valor Econômico, no ano de 2004, Nelson Jobim, à época Ministro do Supremo Tribunal Federal, sustentou que o Judiciário deveria ter uma atuação pragmática, com vistas especialmente às consequências econômicas e sociais de suas decisões. Em sua justificativa, Jobim (2004, n.p.) pontuou que:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões.

Nesse passo, alguns anos seguintes, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), amparado na sua competência constitucional, editou o Código de Ética da Magistratura, publicado no Diário da Justiça em 18 de setembro de 2008, o qual dispõe, em seu artigo 25, a seguinte previsão: “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar” (CNJ, 2008, n.p.).

A despeito da aparente evolução, é oportuno salientar que a preocupação com as consequências nos processos judiciais, assim como o desapego à literalidade dos textos de lei ou à jurisprudência pacificada, não são orientações uniformes entre os julgadores. Por outro lado, verifica-se que a perspectiva pragmática já foi aplicada em diversas oportunidades pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sobretudo no enfrentamento de ações diretas de inconstitucionalidade, antes mesmo da diretriz conferida pelo mencionado Código de Ética da Magistratura (OLIVEIRA, 2011).

Ilustra-se, como exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 1.946-5 cujo objeto de impugnação foi o art. 14 da Emenda Constitucional n.º

20/1998²³. Esse dispositivo acresceu o inciso II ao art. 201 da Constituição Federal, o qual estabeleceu que os valores dos benefícios concedidos pelo Regime Geral de Previdência estariam condicionados a um limite específico. Nessa ação, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, afirmou-se que a nova previsão normativa contrariava várias regras da Constituição Federal, em especial o art. 7º, inciso XVIII, que assegura, às trabalhadoras gestantes, a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias sem prejuízo do seu salário.

Na ocasião do julgamento, em 03/04/2003, a Suprema Corte, por meio do voto do Ministro Relator Sydney Sanches, decidiu pela procedência parcial do pedido, no sentido de conferir ao art. 201, inciso II, interpretação conforme à Constituição sem redução de texto (BRASIL, 2003). Para tanto, firmou-se o entendimento de que o citado normativo não alcançava à licença gestante, a qual permaneceria devida no mesmo quantitativo do salário da empregada, a ser paga pelo empregador com posterior ressarcimento pela previdência social, com base na legislação vigente (BRASIL, 2003).

Destacou-se, nos fundamentos da decisão, que, caso a licença maternidade de responsabilidade da previdência social estivesse sujeita a um valor máximo, a quantia excedente, necessária para atingir a integralidade do salário da trabalhadora gestante, tornar-se-ia ônus da parte empregadora (BRASIL, 2003). Contudo, essa circunstância poderia resultar no desinteresse do mercado para a contratação de trabalhadores mulheres e, por consequência, no maior estímulo para a admissão de empregados apenas do sexo masculino, o que configuraria a discriminação por sexo nos critérios de admissão, vedada pelo art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988.

Evidenciou-se, ainda, que, se fosse permitida a limitação do valor da licença-maternidade, poderia ocorrer o incentivo à discriminação por sexo na fixação do salário, situação igualmente proibida pelo art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2003). Isso porque, a classe empregadora tenderia a firmar o salário das mulheres no limite do teto previdenciário, independentemente de suas

²³ “Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.” (BRASIL, 1998).

atribuições, para que não precisassem suportar a diferença do valor excedente quando da concessão da licença-maternidade.

Diante disso, nota-se que a fundamentação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da ADI n.º 1.946-5, para conferir uma nova interpretação ao disposto no art. 201, inciso II, da Constituição Federal de 1988, adicionado pelo art. 14 da Emenda Constitucional n.º 20/1998, foi em atenção às prováveis consequências sociais e econômicas negativas caso o benefício de licença gestante, compensando pela previdência social, estivesse restrito a um valor máximo, nos termos da norma questionada.

Caso semelhante se verifica na ADI n.º 2.240-7 proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT), na qual se requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei n.º 7.619/2000, do Estado da Bahia. Na ocasião, argumentou-se que o normativo impugnado criou o município de Luís Eduardo Magalhães em confronto ao disposto no art. 18, § 4º, da Constituição da República, que condiciona a formação de municípios à edição de lei complementar federal que fixe o período em que esses novos entes federativos podem ser criados (BRASIL, 2007).

Nessa ação, o Advogado-Geral da União posicionou-se pela procedência do pedido de inconstitucionalidade em razão da lei questionada ter criado um novo ente municipal sem que a lei complementar federal fosse editada (BRASIL, 2007). De igual forma, manifestou-se o Procurador-Geral da República, afirmando que “é flagrante a violação do texto constitucional pela lei baiana, dado o não atendimento das condições insertas na Constituição do Brasil, na ocasião em que se deu o desmembramento” (BRASIL, 2007, n.p.).

Não obstante, a Suprema Corte, em 09/05/2007, mesmo reconhecendo que a criação de novos municípios dependeria da criação da lei complementar federal exigida pelo texto constitucional, optou, mediante voto da maioria, por não declarar a nulidade da lei impugnada. Em sua motivação, o Ministro Relator Eros Grau (BRASIL, 2007, n.p.) alegou o seguinte:

[...] o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de 6 anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumprem considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual. [...] No município de Luís Eduardo Magalhães foram celebrados os casamentos e registrados nascimentos e óbitos. O município recebe recursos

federais e estaduais e participa da arrecadação de tributos federais e estaduais. Segundo dados obtidos no sítio do IBGE (www.ibge.gov.br), no ano de 2000 foram realizadas eleições no município de Luís Eduardo Magalhães, organizadas pelo TRE-BA, de que participaram 9.412 eleitores. Em 2004, eram 20.942 os dias eleitores do Município. No ano de 2001, o Município contava com 18.757 habitantes, que se movimentavam numa frota de 2.921 veículos. A frota, por sua vez, saltou para 3.928 veículos em 2004. Em 2002, foram assentados 469 nascimentos no cartório de registros públicos. Em 2003 foram 383 registros. [...] Em 2003 contava com 8.174 alunos matriculados, 7.842 na rede municipal de ensino, composta por 14 escolas e 262 docentes. [...] Em suma, o município de Luís Eduardo Magalhães existe, de fato, como ente federativo dotado de autonomia municipal, a partir de uma decisão política. Esta realidade não pode ser ignorada. Em boa-fé, os cidadãos domiciliados no município supõem seja juridicamente regular a sua autonomia política.

É possível inferir do voto do relator que foi empregada a lógica pragmática para a formação da sua decisão, considerando que, embora a criação do município de Luís Eduardo Magalhães tenha sido claramente inconstitucional, haja vista a ausência da lei complementar federal, o Ministro Eros Grau promoveu a adequação do texto constitucional à realidade fática. Com efeito, o relator ressaltou que não poderia ignorar todos os efeitos já produzidos pelo novo ente federativo, sob pena de maiores prejuízos para a sua sociedade.

Outro caso mais recente foi debatido na ADI n.º 3.649 apresentada pelo Procurador-Geral da República diante da Lei n.º 4.599/2005, do Estado do Rio de Janeiro, que disciplinava a contratação temporária de pessoas no âmbito da Administração Pública. Segundo o Procurador-Geral, a lei em questão continha previsões genéricas para a contratação temporária, em contrariedade ao determinado pelo art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, o qual exige que a lei especifique os casos em que serão admitidos esse tipo de contratação excepcional (BRASIL, 2014).

Além disso, afirmou o Procurador-Geral que, como a lei em referência não se amoldava à regra constitucional que fixa os requisitos para a validade da contratação temporária, transgredia, por via de consequência, o normativo posto no art. 37, inciso II, do mesmo artigo constitucional, que impõe a realização de concurso público para o provimento de cargo ou emprego público (BRASIL, 2014).

A Advocacia-Geral da União pronunciou-se pela inconstitucionalidade da mencionada lei fluminense perante a ausência de especificidade da lei ao estabelecer as hipóteses de contratação temporária (BRASIL, 2014). Por sua vez, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sua maioria, embora tenha reconhecido a

inconstitucionalidade na íntegra da Lei n.º 4.599/2005, assinalou que era necessária a modulação dos efeitos temporais dessa decisão, a fim de preservar os contratos em curso, os quais não poderiam exceder o prazo de doze meses. Na ementa dessa decisão, julgada em 28/05/2014, consignou-se que:

A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos ex tunc faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um periculum in mora inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade (BRASIL, 2014, n.p.).

Observa-se que, no citado caso concreto, a Suprema Corte, mesmo admitindo a inconstitucionalidade da lei de contratação temporária do Estado do Rio de Janeiro, decidiu pela validação das contratações já efetivadas e concedeu, ainda, um prazo de 12 (doze) meses para que o Estado regularizasse a sua legislação. Ponderou-se na decisão, invocando a técnica de interpretação consequencialista²⁴, que a declaração de nulidade da lei em comento desde a sua vigência poderia ocasionar maiores danos à população carioca ao inviabilizar por completo as contratações temporárias que realmente se fizessem urgentes e necessárias (BRASIL, 2014).

Diante desses exemplos, percebe-se que a Suprema Corte do País, ainda que de maneira não uniforme, passou a considerar, no processo de tomada de decisão, além das fontes ortodoxas do Direito, o contexto fático do caso concreto, bem como as possíveis consequências de suas decisões.

Por fim, é possível afirmar que os julgados expostos nesse estudo se aproximam da perspectiva pragmática defendida por Richard Posner (2010), visto que as consequências práticas dos atos em análise foram avaliadas nos processos decisórios e, uma vez constatadas graves consequências para o interesse geral, as legislações incidentes sobre o caso foram, excepcionalmente, afastadas.

²⁴ É pertinente ressaltar que, no capítulo anterior dessa pesquisa, diferenciou-se o pragmatismo do consequencialismo. No entanto, observa-se que muitos julgados utilizam essas expressões como sinônimas.

3.2 A perspectiva pragmática nos julgados do Tribunal de Contas da União (TCU)

Os órgãos de controle, notadamente o Tribunal de Contas da União (TCU), em alguns casos, já reconheceram a necessidade de ponderar as especificidades do caso concreto em contraponto ao disposto na legislação ou na sua jurisprudência. Como amostra dessa atuação, apresenta-se a seguir duas situações julgadas pelo TCU em que a deliberação da Corte avaliou os efeitos de suas decisões.

O primeiro exemplo é extraído do Processo n.º 011.517/2010-7, no qual o TCU analisou um contrato firmado pela Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes do Estado de Mato Grosso (Dnit/MT) que objetivava a execução de obras e serviços de revitalização de trechos rodoviários na BR-364 (BRASIL, 2013a). No caso, verificaram-se fortes indícios de superfaturamento na contratação, em razão de quantitativos inadequados e preços acima da média de mercado (BRASIL, 2013a). Diante desse fato, a unidade técnica do Tribunal solicitou, com amparo no art. 276 do Regimento Interno do TCU, a concessão de medida cautelar visando à suspensão da execução contratual (BRASIL, 2013a).

O Relator do caso, Ministro Aroldo Cedraz, mesmo identificando os fortes indícios de irregularidades, considerou que a paralisação da obra seria mais prejudicial para o caso concreto, pois as rodovias na BR-364 tinham o maior volume de tráfego no Estado de Mato Grosso. Além disso, a ausência dos serviços de recuperação agravaria os defeitos já existentes no pavimento, o que, por consequência, resultaria em maiores custos aos cofres do Estado (BRASIL, 2013a).

Perante as mencionadas circunstâncias fáticas, o Relator, seguido pelos demais ministros, em sessão plenária realizada em agosto de 2010, salientou que poderiam ser adotadas outras medidas para o resguardo do interesse público, como o abatimento nos saldos contratuais dos montantes referentes aos valores superfaturados já pagos, assim como a repactuação dos preços unitários que estavam superfaturados (Acórdão n.º 1962/2010 – Plenário) (BRASIL, 2013a).

Nesse caso, é possível perceber que o Relator foi pragmático ao proferir sua decisão, tendo em vista que não se limitou a observar as irregularidades da contratação, mas analisou as consequências práticas de uma possível paralisação do objeto contratual. Com esse procedimento, o Relator verificou que a solução mais

drástica permitida pela lei não era, para aquele caso concreto, a que melhor atendia ao interesse público.

O segundo caso constata-se no seio do Processo n.º 015.294/2011-0, no qual a Segunda Câmara do TCU apreciou o ato de aposentadoria de um servidor da Universidade Federal de São Paulo que ocupava o cargo de motorista. Nesse processo, a unidade técnica identificou o pagamento de uma parcela irregular que foi considerada no cômputo dos proventos do citado servidor (BRASIL, 2016). Por esse motivo, a área técnica opinou pela recusa do registro do ato de aposentadoria do servidor (BRASIL, 2016).

Ao examinar as peculiaridades do caso, o Relator, Ministro Vital do Rêgo, destacou que o servidor tinha 70 (setenta) anos quando se aposentou e que já havia transcorrido mais de 15 (quinze) anos²⁵ entre o ato concessivo de aposentadoria e a apreciação pelo Tribunal, de modo que o servidor já contava com mais de 85 (oitenta e cinco) anos de idade (BRASIL, 2016). Em face disso, decidiu o Relator, seguido pelos demais membros da Segunda Câmara, em sessão realizada em 10/05/2016, por declarar, excepcionalmente, legal o ato de aposentadoria do servidor sem exclusão da parcela questionada (BRASIL, 2016). Considerou-se, no caso, a idade avançada, o longo lapso temporal entre a data de concessão do ato da aposentadoria e sua análise pelo TCU, bem como o fato que a redução dos seus rendimentos prejudicaria o atendimento de suas necessidades básicas, especialmente as relativas à sua saúde (Acórdão 5381/2016) (BRASIL, 2016).

Percebe-se, assim, que, mesmo evidenciada a irregularidade no cálculo dos proventos da aposentadoria, o Relator considerou as peculiaridades que envolviam o caso, assim como as repercussões práticas na hipótese de aplicação dos normativos legais incidentes sobre a questão. Sendo assim, ao verificar que os impactos da aplicação da legislação seriam bastante prejudiciais ao interessado, a Segunda Câmara decidiu, em uma conduta pragmática, afastar, excepcionalmente, as normas do caso, dando privilégio ao contexto fático.

Em compasso com essa nova conjuntura pragmática, foi editada a Lei n.º 13.665/2015, que acresceu dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito

²⁵ Em avanço sobre o tema, no julgamento do RE n.º 636553/RS, julgado em 19/2/2020 (repercussão geral – Tema 445), o STF decidiu que, caso o Tribunal de Contas competente demorasse mais de 5 anos para julgar o ato de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, esse ato seria considerado definitivamente registrado.

Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n.º 4.657/42), cujas prescrições designam aos órgãos judiciais, administrativos e controladores novos parâmetros decisórios, entre eles, a consideração das consequências práticas das decisões, conforme será exposto na sequência.

3.3 Da introdução da Lei n.º 13.655/2018 no ordenamento jurídico brasileiro

O Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que contém diretrizes sobre interpretação e aplicação das normas jurídicas, era designado como “Lei de Introdução ao Código Civil”, pois, no período de sua edição, o Código Civil de 1916 era considerado a matriz do sistema jurídico brasileiro, possuindo mais importância que a Constituição. Apenas em 30 de dezembro de 2010, por meio da Lei n.º 12.376, o referido dispositivo legal passou a ser conceituado como “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)”, tendo em vista seu vasto âmbito de incidência no ordenamento jurídico (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Apesar da abrangência da citada lei, percebia-se que o seu conteúdo continuava limitado às dificuldades de interpretação do século passado. Podem-se citar três desafios para a atividade interpretativa que não foram enfrentados pelo Decreto-Lei n.º 4.657/42. O primeiro obstáculo está relacionado ao reconhecimento da existência de uma pluralidade de fontes normativas, por exemplo, as normas infralegais produzidas pelos chefes do Poder Executivo. Em virtude disso, é necessário atentar para o controle a ser exercido pelas autoridades competentes, que não estava mais reduzido à observância de leis em sentido estrito, mas de todos os normativos que compõem o que se chama de bloco de legalidade ou de juridicidade (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

O segundo empecilho diz respeito à proliferação de normas polissêmicas, assim como de normas embutidas de conceitos jurídicos indeterminados e/ou cláusulas gerais que dificultam a sua aplicação, abrindo margem para a ocorrência de contradições entre as soluções firmadas nos casos concretos. Isso se justifica porque as relações e conflitos sociais contemporâneos apresentam-se mais complexos, de modo que o emprego das prescrições abertas nas legislações transfere maior poder decisório do legislador para o intérprete do caso (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

A terceira dificuldade é referente à difusão dos legitimados para aplicar o Direito. Ao tempo da criação da atual LINDB, apenas o Judiciário tinha competência

para interpretar e aplicar o Direito de forma vinculante. Atualmente, vários órgãos/entidades possuem tal competência, a exemplo dos tribunais de contas, agências reguladoras, Ministério Público, controladorias, entre outros. Com a coexistência de múltiplos controles, ocorrem conflitos internos e externos entre eles, resultando na instabilidade das decisões e na insegurança jurídica do sistema (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Diante desse cenário, os professores Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld redigiram um projeto de lei, PL n.º 349/15, apresentado pelo Senador Anastácia, propondo mudanças no Decreto-Lei n.º 4.657/42 (LINDB) para a criação de novos parâmetros decisórios e filtros interpretativos com vistas a fortalecer a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito Público (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

O projeto de lei em questão transformou-se na Lei n.º 13.655, publicada em 25 de abril de 2018, a qual introduziu os artigos 20 a 30 à LINDB. Posteriormente, em 10 de junho de 2019, foi editado o Decreto n.º 9.830/2019 para regulamentar esses novos dispositivos legais.

Ao tecer comentários sobre a Lei n.º 13.655/2018, Carlos Ari Sundfeld e José Guilherme Giacomuzz (2018, p. 40-41) afirmaram que o objetivo principal desse normativo seria “[...] impor a consideração do mundo real para a aplicação do Direito”. Para tanto, segundo os autores, a referida lei busca solucionar dois entraves centrais. O primeiro está associado às fontes do Direito. No sistema jurídico brasileiro, a lei é posta como o centro das fontes formais. Diante disso, a nova lei procura reforçar a necessidade de serem consideradas também as fontes materiais, isto é, as forças políticas, sociais, econômicas, entre outras, que estão presentes no momento da aplicação do Direito (SUNDFELD; GIACOMUZZ, 2018).

O segundo é pertinente aos impasses com a aplicação dos princípios jurídicos que, por conterem alta subjetividade e baixa densidade normativa, facilitam o proferimento de decisões diversas e contrapostas, deixando seus destinatários em condição de insegurança e vulnerabilidade (SUNDFELD, GIACOMUZZ, 2018). À vista disso, para Sunfeld e Giacomuzz (2018, p. 41), a mencionada lei tem, como um dos seus propósitos, o de “[...] evitar que a validade de atos e a regularidade de comportamentos sejam decididas a partir de idealizações e de argumentos retóricos legitimados com a simples invocação de princípios”.

De outra maneira, Eduardo Jordão (2018) enfatiza que a Lei n.º 13.655/2018 pretende rechaçar duas teorias idealistas que ainda possuem força no Brasil, a da completude do Direito e a da idealização dos fatos. De acordo com Jordão (2018), a referida lei combate a ideia de que os princípios e regras extraídos do ordenamento jurídico possuem sempre as soluções para o caso concreto. A lei também confronta o pensamento que o Direito deve ser aplicado independentemente das condições fáticas. Por esses motivos, o autor conclui que o maior objetivo dessa lei “é introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público” (JORDÃO, 2018, p. 66).

Edilson Vitorelli (2019) identificou, ainda, que a lei em referência planeja conceder maior segurança jurídica sobre a elaboração de atos administrativos ao impor condicionantes ao exercício da discricionariedade administrativa, como o estabelecimento de deveres às autoridades responsáveis, relacionados à fundamentação e ao planejamento de suas condutas.

Para o cumprimento das finalidades da Lei n.º 13.655/2018, Rafael Maffini e Juliano Heinen (2018) anunciam que esse regramento fixou as seguintes premissas: 1) atingir as três esferas responsáveis pela interpretação e aplicação da normas de Direito Público, ou seja, a administrativa, a controladora e a judicial; 2) impor a essas três esferas que, no proferimento de suas decisões, observem os fatos envolvidos e as consequências dos seus atos; 3) estabelecer critérios objetivos para uma maior segurança jurídica e eficiência das decisões públicas; 4) conferir maior importância sobre a motivação das condutas administrativas.

Com efeito, perante as fragilidades constatadas no modo de interpretação e aplicação do Direito, sobretudo no Direito Público, que possui maior esfera de incidência sobre toda a sociedade, a Lei n.º 13.655/2018 propõe incluir novos parâmetros decisórios e diretrizes para a interpretação dessas normas. Ademais, a nova lei pretende possibilitar decisões estatais de maior eficiência e qualidade, que não se limitam ao emprego das fontes formais, mas que consideram o contexto fático em que estão inseridas²⁶.

²⁶ Nesse sentido, confira: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controles públicos à luz da Lei 13.655/2018. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 195-216, set./out. 2019; CONRADO, Márcio Macedo; MENEGUIN, Fernando B. Impactos da Lei n.º 13.655/2018 nos órgãos de controle e seus reflexos na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 59-79, out./dez. 2019.

Ultrapassadas essas considerações iniciais, passa-se a debater os artigos 20 a 22 inseridos à LINDB pela Lei 13.655/2018, que fixaram essas novas ferramentas hermenêuticas para interpretação e aplicação do Direito Público, direcionadas à avaliação das consequências e das condições fáticas dos atos sob análise.

3.4 Os novos parâmetros decisórios dispostos nos artigos 20 a 22 da LINDB

Com a vigência dos novos normativos inseridos pela Lei n.º 13.655/2018 à LINDB, as autoridades estatais das esferas judicial, administrativa e controladora passam a ter o ônus de considerarem os reflexos fáticos e jurídicos de suas decisões e, por isso, devem adequar suas atuações a essa nova hermenêutica jurídica estabelecida (FRANÇA, 2019).

Sem dúvida, a aplicação das técnicas impostas pela Lei n.º 13.655/2018 exigirá maiores empenhos das autoridades públicas. Conforme será demonstrado, o mero confronto do texto normativo com o ato examinado não será mais suficiente, mas caberá ao órgão julgador ir além, sendo-lhe agora exigida a investigação das consequências práticas do ato e as especificidades do caso para que possa sopesar a melhor alternativa para a questão (FRANÇA, 2019).

A despeito do surgimento dessas novas diretrizes, é necessário ressaltar que a primeira conduta a ser tomada pela autoridade estatal, quando da análise de determinado ato, continua sendo a observação de sua adequação ao ordenamento jurídico, não deixando de ser requisito substancial para a determinação de sua validade. Porém, uma nova tarefa é atribuída a essas autoridades, referente à análise dos impactos das decisões, a fim de que a aplicação do Direito esteja próxima das realidades fáticas (FRANÇA, 2019).

O *caput* do artigo 20 da LINDB prescreve 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” (BRASIL, 2018a, n.p.).

Nos termos do dispositivo legal em referência, as decisões proferidas pelos órgãos administrativos, judiciais e controladores não podem estar fundamentadas exclusivamente em valores jurídicos abstratos. Sendo assim, desde a vigência desse enunciado legal, a invocação de valores jurídicos abstratos, nas decisões estatais,

está condicionada à avaliação das consequências práticas da decisão, as quais devem estar expostas na motivação (JUSTEN FILHO, 2018).

Quanto ao referido mandamento legal, surgiram questionamentos acerca de alguns dos seus termos, cujas definições são fundamentais para a aplicabilidade desse dispositivo. Uma dessas indagações incide sobre o que seriam os “valores jurídicos abstratos”. Na tentativa de esclarecer o conceito, o Decreto n.º 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 a 30 da LINDB, em seu artigo 3º, parágrafo primeiro, dispôs que valores jurídicos abstratos seriam “[...] aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.” (BRASIL, 2019a, n.p.).

Para Fredie Didier e Rafael Oliveira (2019, p. 146), os valores jurídicos abstratos se referem apenas aos “princípios normativos menos densificados, isto é, aqueles que são enunciados em termos amplos, sem um sentido unívoco, e que carecem de densificação diante do caso concreto”. A partir desse entendimento, os autores concluem que os valores jurídicos abstratos não se estenderiam a regras de conteúdos vagos, sob pena de pôr em declínio a própria aplicabilidade do dispositivo legal (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

Entretanto, é pertinente destacar que o regulamento da LINDB fez uso da expressão “normas jurídicas”. Assim, considerando-se que, no atual Direito brasileiro são reputadas como normas jurídicas as regras e os princípios, é razoável afirmar que os valores jurídicos abstratos retratados no art. 20 seriam aqueles encontrados nas duas espécies de normas (ROCHA; MEDEIROS, 2019).

No conteúdo das normas em geral, sejam regras ou princípios, há, muitas vezes, termos com alto grau de indeterminação e abstração, tais como função social, bem comum, interesse público, entre outros. Por essa razão, delimitar a expressão “valores jurídicos abstratos” aos princípios de menor densificação desvirtuaria a finalidade do normativo em questão. Nesse passo, Marçal Justen Filho (2018) defende que o enunciado do art. 20 da Lei n.º 13.655/18 dirige-se a todas as normas que possuem fundamentos abstratos, independentemente de serem regras ou princípios²⁷.

²⁷ Convergem do mesmo pensamento: GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 41-58, out./dez. 2019; ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set./dez. 2019.

Por esse prisma, a partir da inserção do artigo 20 à LINDB, as decisões proferidas por todas as esferas com competência para interpretação e aplicação das normas públicas, quando estiverem alicerçadas em regras ou princípios com alto grau de indeterminação e abstração, devem ponderar os efeitos práticos de suas medidas. Caso a decisão não atenda a essa exigência, caberá impugnação da parte interessada por vício de legalidade (GOMES; SAMPAIO, 2019).

É oportuno frisar que o dispositivo legal em comento não possui o intuito de coibir a invocação de valores jurídicos abstratos pelas autoridades públicas. Na realidade, a nova lei apenas elegeu a consideração das consequências como o critério de concretização dos valores jurídicos abstratos. Ou seja, a apreciação das consequências é o meio que deve ser utilizado pelo julgador para verificar se os valores jurídicos abstratos postos na fundamentação serão efetivamente protegidos no caso concreto com a solução que foi proposta (VITORELLI, 2019).

Ilustra Justen Filho (2018, p. 29) assevera que o citado processo de concretização “[...] é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato”. Isso porque, sem a devida adequação das normas abstratas às circunstâncias do caso concreto, podem-se ocasionar graves prejuízos em vez de evitá-los, de maneira que é possível que recaiam danos exatamente sobre os valores que se pretendiam resguardar e que foram utilizados como fundamento nas razões de decidir.

Outro ponto que exige esclarecimento, no enunciado do art. 20, é o concernente à extensão das “consequências práticas das decisões”. Há quem defenda²⁸ que as consequências práticas, que devem ser analisadas pelos julgadores na sua motivação, referem-se àquelas verificadas no mundo dos fatos (repercussões sociais, econômicas, políticas), excluindo-se as consequências cujos efeitos repercutem apenas na esfera jurídica (VITORELLI, 2019).

De forma diversa, outros juristas compreendem que as consequências dispostas no art. 20 consistem nos efeitos reais das decisões, sejam de ordem fática, sejam de ordem jurídica (ABBOUD, 2019). Justifica-se que as consequências jurídicas também devem ser avaliadas, tendo em vista que as decisões proferidas no caso concreto produzem normas que servem de modelo para casos futuros, podendo,

²⁸ Seguem esse entendimento: PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 99-120, nov. 2019.

ainda, tornarem-se padrão de conduta a ser seguido pela sociedade. Por esse motivo, as consequências jurídicas merecem igual atenção (ALVES, 2019).

Outrossim, cumpre enfatizar que a previsão das consequências não pode ser fruto da especulação ou da intuição do julgador, mas deve representar impactos reais extraídos a partir de provas constantes dos autos. Para tanto, permite-se o uso de meios atípicos de prova, como a prova por amostragem ou a obtida por dados probabilísticos. O que não se deve admitir é a prognose das consequências sem amparo em indícios razoáveis (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

De igual modo, a análise das consequências não deve ser reduzida à citação de conjecturas vagas ou frágeis em substituição aos fundamentos abstratos, mas deve consistir em avaliações com a aplicação de dados concretos, a fim de que o julgador não recaia no emprego de suas preferências subjetivas (ALVES, 2019).

Por questões lógicas, a previsão e o exame das consequências não recairão sobre todas as alternativas lícitas e possíveis. Nesse sentido, o art. 3º, §2º, do Decreto n.º 9.830/2019, preceitua que “[...] o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos” (BRASIL, 2019a, n.p.).

Para reduzir o campo de análise, Didier e Oliveira (2019) sustentam que, no caso do processo judicial, apenas as consequências discutidas na ação, sobre as quais incidiu o devido contraditório, devem ser consideradas e ponderadas pelo julgador, critério este que pode ser igualmente utilizado para o processo administrativo e o processo controlador.

Esse posicionamento está em consonância com o art. 10 e o art. 493, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC)²⁹, que determinam ao juiz, em qualquer grau de jurisdição, ofertar às partes a oportunidade de se manifestarem sobre algum fundamento ou fato novo antes de proferir sua decisão, mesmo que se tratem de matérias apreciáveis de ofício (BRASIL, 2015). Por consequência, esses

²⁹ Sobre esses dispositivos do CPC, Alexandre Freitas Câmara esclarece que essa observância ao contraditório também é necessária para assegurar o princípio da não surpresa, de modo a evitar que as partes sejam surpreendidas com o resultado do processo. Nesse sentido, o autor sustenta que “só é constitucionalmente legítima (ou, dito de outro modo, só é democrática) a decisão judicial construída em contraditório por todos os participantes do processo, aos quais incumbe debater todo e qualquer possível fundamento da decisão judicial. Não se admitem, portanto, as decisões chamadas ‘de terceira via’, ou seja, as decisões baseadas em fundamento que o juiz tenha ‘tirado da cartola’, invocando-o de forma surpreendente, sem submetê-lo a prévio debate (CÂMARA, 2020, p. 11).

dispositivos resguardam a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, inciso LV, da CF/88).

Logo, as consequências que forem avaliadas pelos julgadores devem ser previamente debatidas entre as partes, assegurando-lhes o devido contraditório. Nesse passo, caso a autoridade competente constatare, por exemplo, alguma consequência econômica do ato em análise, que possa interferir no seu processo de decisão, deverá previamente conceder às partes a possibilidade de apresentarem seus argumentos, assim como outras provas sobre essa possível consequência a ser considerada.

Visto isso, é necessário também refletir sobre como os julgadores devem examinar as consequências práticas da decisão. Edilson Vitorelli (2019) assinala alguns pontos a serem ponderados, a saber: a) os sujeitos diretos e indiretos que serão afetados pela decisão; b) o efeito temporal das consequências, ou seja, se terão incidência a curto, médio ou longo prazo; c) a distribuição dos impactos entre diferentes grupos sociais; d) a comparação da decisão escolhida com outras alternativas decisórias; e) os impactos sociais, econômicos e políticos dessa decisão.

Após essas avaliações, Vitorelli (2019) explica que é importante agrupar as possíveis consequências positivas e negativas identificadas para, em seguida, verificar qual delas terá maior peso. O critério será o valor jurídico abstrato que se pretende invocar. Se as consequências positivas do ato apresentarem maior peso, isso significa que a aplicação do valor eleito resultará nos benefícios esperados para o caso concreto. Por outro lado, se as consequências negativas tiverem predominância, fica demonstrado que o valor jurídico suscitado, para aquele caso específico, ocasionará mais prejuízos que ganhos e, por isso, não deve ser privilegiado (VITORELLI, 2019). O autor ressalva que, nessas hipóteses de concorrência entre consequências positivas e negativas, caberá ao julgador expor em sua fundamentação todo esse processo de apreciação e escolha das consequências e de suas alternativas (VITORELLI, 2019).

No âmbito do processo administrativo, essas novas exigências provocam alterações no poder discricionário dos administradores. Anteriormente ao mandamento do art. 20 da LINDB, quando as autoridades administrativas se encontravam diante de duas ou mais soluções igualmente lícitas, o julgador poderia escolher qualquer das opções disponíveis, amparado no seu poder discricionário. Contudo, a partir da vigência do citado dispositivo legal, o administrador terá que

investigar os efeitos práticos das possíveis decisões³⁰, devendo adotar aquela que produza as melhores consequências frente aos valores jurídicos abstratos que foram invocados (VITORELLI, 2019).

Desse modo, percebe-se que o novo normativo tem a intenção de restringir a esfera de discricionariedade das autoridades públicas, de forma que não mais será possível a mera alegação de conveniência e oportunidade³¹. Diante dos novos parâmetros legais, a decisão por determinado ato, com base nesses valores, deverá estar acompanhada da consideração dos seus efeitos práticos (VITORELLI, 2019).

O parágrafo único, do artigo 20 da LINDB, prossegue determinando que: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face de possíveis alternativas” (BRASIL, 2018a, n.p.).

Infere-se, do dispositivo legal transcrito, que se impõe às autoridades julgadoras um dever específico de motivação³². Torna-se preciso explicitar, na fundamentação da decisão, quais as alternativas decisórias encontradas para o caso e as possíveis consequências práticas decorrentes dessas decisões. Assim, é possível evidenciar que a solução escolhida, dentre aquelas que estavam disponíveis, mostrou-se necessária e adequada para a situação (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

Dessa maneira, o raciocínio perquirido pelo julgador não pode se limitar ao âmbito do seu intelecto, sendo necessária a externalização de todo o caminho percorrido na motivação do ato, a fim de demonstrar que a medida eleita se revelou como a mais adequada dentre as outras alternativas possíveis (JUSTEN FILHO, 2018). Ademais, a motivação da alternativa decisória escolhida é indispensável para viabilizar o controle da decisão tanto pelos órgãos controladores como pela sociedade (ALVES, 2019).

Sabe-se que, na motivação de atos administrativos, é comum a utilização de valores jurídicos de alta carga de abstração, a exemplo da “supremacia do interesse público”, “conveniência e oportunidade”, entre outros. Nesses casos,

³⁰ Com o mesmo pensamento Didier e Oliveira (2019, p.154): “Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções”.

³¹ Nesse sentido, Floriano Marques Neto e Rafael de Freitas (2019, p. 22) enunciam que o art. 20 da LINDB tem a finalidade de “[...] interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições”.

compete à a autoridade promover uma motivação minuciosa, pois, quanto maior for a abstração do valor jurídico invocado, mais específica deve ser a fundamentação exposta (VITORELLI, 2019).

Justen Filho (2018), ao considerar que o parágrafo único do art. 20 da LINDB exigiu a demonstração da necessidade e da adequação da medida eleita na motivação da decisão, afirmou que as avaliações a serem realizadas pelo julgador devem seguir o parâmetro da proporcionalidade. Isso consiste em escolher a alternativa decisória que efetiva, em maior grau, o valor jurídico abstrato que se busca proteger com a menor restrição possível aos interessados (JUSTEN FILHO, 2018).

Extrai-se, ainda, do mesmo parágrafo único, que a imposição legal pela apreciação das alternativas, com base no juízo de proporcionalidade, deve ser atendida mesmo em casos de nulidades de atos, contratos, ajustes, processos e normas administrativas. À vista disso, ainda que seja aparente um vício de legalidade sobre determinado ato administrativo, essa circunstância, por si só, não deve implicar o seu automático desfazimento (JUSTEN FILHO, 2018).

A previsão normativa ora tratada justifica-se pelo fato de a medida de invalidação do ato administrativo *lato sensu* ser a forma mais extremista, e possivelmente danosa, em face do tempo e dos recursos já despendidos com o ato. Diante disso, é necessário averiguar a existência de outras alternativas que possam salvaguardar da melhor maneira o interesse público envolvido no caso concreto (SOUSA, 2019).

Impõe-se, assim, como requisito de validade da decisão, que a autoridade estatal investigue se a invalidação do ato viciado, no caso sob exame, não resultará em maiores prejuízos que a sua preservação frente às opções que estão disponíveis. Dessa forma, se o julgador constatar que a anulação do ato administrativo provocará danos ainda maiores que a sua manutenção, a autoridade estatal deve manter o ato ou, caso possível, fixar medidas que propiciem o seu saneamento (JUSTEN FILHO, 2018).

Nesse caminho, o artigo 21 da LINDB preceitua que: "A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas" (BRASIL, 2018a, n.p.).

Em uma primeira leitura do transcrito artigo, nota-se uma significativa semelhança do seu teor com o disposto no *caput* e parágrafo único do art. 20 da

mesma lei, podendo o intérprete questionar qual seria a relevante diferença entre eles. Floriano Marques Neto e Rafael de Freitas (2019) explicam que, enquanto o art. 20 determina a apreciação das consequências práticas das decisões que se fundamentam, exclusivamente, em valores jurídicos abstratos, o art. 21 condiciona o exame das consequências às decisões cujo objeto de apreciação seja a invalidação de ato administrativo, no sentido genérico do termo, independentemente de ter empregado ou não fundamentos jurídicos abstratos.

Portanto, o mandamento contido no art. 20 dirige-se a qualquer espécie de decisão que expõe, em sua motivação, valores jurídicos abstratos, ao passo que a exigência do art. 21 incide apenas sobre as decisões que invalidam ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Observa-se que o texto do art. 21 discriminou duas espécies de consequências a serem analisadas — as jurídicas e as administrativas. A primeira espécie corresponde, em regra geral, a deveres ou direitos que se originam da decisão. A segunda representa os atos materiais que derivam das consequências jurídicas. Por exemplo, da decisão que invalida o normativo de uma agência de fiscalização que veda a comercialização de determinado medicamento, surge a consequência jurídica que consiste no direito à comercialização daquele medicamento e a consequência administrativa que se consubstancia na interrupção das ações da agência para o recolhimento do produto. Assim sendo, as consequências jurídicas e administrativas expressam os efeitos diretos que derivam da decisão que promoveu a invalidação do ato administrativo (MENDONÇA, 2018).

Além da exigência da prévia análise das consequências jurídicas e administrativas para a invalidação de ato administrativo, José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 48) afirmou que há outra regra que deve ser extraída do art. 21, qual seja: “[...] o julgador não poderá invalidar o ato, negócio ou norma administrativa quando, disso, decorrerem estados jurídicos ou administrativos inconstitucionais e/ou inexecutáveis”.

Imagine-se que se pretende anular um contrato administrativo municipal de prestação de serviços de coleta, transporte e destinação de lixo urbano por um vício de legalidade constatado no certame licitatório que deu origem à contratação. Diante da essencialidade desse serviço público, somente seria constitucional a decisão que concedesse a invalidação do contrato se fosse verificado que o serviço em questão

poderia ser atendido por funcionários da própria municipalidade, pelo período necessário para a concretização de novo procedimento de licitação³³.

É pertinente destacar que, assim como foi ponderado no estudo do art. 20, o preceito do art. 21 igualmente não constrange o julgador a indicar e avaliar todas as possíveis consequências administrativas e jurídicas da decisão, que podem ser inúmeras, a depender da abrangência do caso concreto. O ônus recai apenas para as consequências que, inequivocamente, reputam-se como de maior relevância para aquela situação específica e que foram debatidas pelas partes (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Todavia, é importante salientar que, a depender da especificidade do tema, é provável que o julgador não tenha expertise técnica para avaliar as consequências do caso. Nessas hipóteses, para que a autoridade consiga cumprir o dispositivo legal em referência, recomenda-se que procure prover tal conhecimento por meio de informações e registros fornecidos por órgãos técnicos, agências reguladoras, associações e grupos específicos correspondentes (MENDONÇA, 2018).

Avançando no exame do art. 21 da LINDB, o seu parágrafo único dispõe que a decisão de invalidação do ato deve indicar, quando for possível, as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. Determina-se, ainda, que não seja imposto às partes atingidas ônus anormais ou excessivos perante as peculiaridades do caso.

Depreende-se, do citado parágrafo único, que a autoridade decisória, quando promover a invalidação de algum ato administrativo *lato sensu*, deverá apontar soluções para que a regularização se desenvolva de modo proporcional, isonômico e atento ao interesse público, com o objetivo de não impor aos sujeitos afetados restrições desarrazoadas (MAFFINI; HEINEN, 2018).

No entanto, se o ato invalidado não chegou a produzir efeitos em nenhuma esfera jurídica, quando é o caso de uma norma administrativa que foi invalidada ainda no seu período de *vacatio legis*, desaparece, para a autoridade, a obrigação de indicar as condições para a regularização proporcional do caso. A regularização, nesse caso,

³³ Em caso semelhante, o TCE-PR decidiu revogar a medida cautelar que suspendeu a execução de contrato de coleta de lixo que possuía vício decorrente da licitação, a fim de preservar a continuidade da prestação do serviço público. Decisão n.º 489/19. Processo n.º 219261/19. Relator: Conselheiro José Durval Mattos do Amaral.

concretiza-se com a simples retirada do ato viciado do mundo jurídico (MENDONÇA, 2018).

O dever de regularização proporcional, imposto pelo referido parágrafo único do art. 21, pode consistir em manter alguns efeitos do ato inválido; em preservar os efeitos do ato viciado por apenas um período de tempo, mediante a modulação dos efeitos temporais; em conservar os efeitos do ato para um grupo específico de pessoas; ou, ainda, pode equivaler à elaboração de condições que tornem o ato anteriormente inválido em regular (MENDONÇA, 2018).

A última possibilidade de regularização mencionada, isto é, de transformar um ato inválido em regular, é conceituada pela doutrina administrativa como convalidação, a qual se verifica quando um outro ato é praticado, sem a irregularidade do anterior, de modo a substituí-lo, produzindo efeitos retroativos³⁴ (DI PIETRO, 2016).

A convalidação já era expressamente autorizada no art. 55 da Lei n.º 9.784/1999, que regula o processo administrativo na esfera federal, nos seguintes termos: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis³⁵ poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL, 1999, n.p.).

Para o cumprimento da regularização proporcional, a autoridade julgadora deverá escolher a alternativa decisória disponível que gere a melhor relação de custo-benefício para o caso concreto, ou seja, a opção que apresente a menor restrição para os afetados com o ato inválido e, simultaneamente, o melhor resultado para o interesse público (MENDONÇA, 2018).

Pode-se observar a ocorrência de uma regularização proporcional no caso decidido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), exarado no Acórdão n.º 2789/2013-Plenário, no qual, embora a Corte tenha declarado a nulidade do procedimento licitatório³⁶, em razão de cláusula restritiva de competitividade no certame, autorizou, excepcionalmente, a manutenção da execução do contrato decorrente (BRASIL,

³⁴ Por exemplo, quando o recurso administrativo do licitante contra a decisão de sua desclassificação foi julgado por autoridade incompetente, porém este ato se convalida com a posterior homologação do certame licitatório pela autoridade competente (TJ GO – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO – n.º 425988-31.2011.8.09.0006, Relator Des. Fausto Moreira Diniz, Data de Julgamento: 02/08/2016, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 10/08/2016).

³⁵ Di Pietro (2019) compreende que defeitos sanáveis são aqueles que recaem sobre a competência, desde que não seja exclusiva, e sobre a forma, desde que não considerada como essencial a validade do ato. Por outro lado, Lucas Rocha Furtado (2016) defende que não cabe fixar uma lista taxativa de defeitos sanáveis, visto que a lei assim não o fez.

³⁶ Nos termos da lei, a regra é que a nulidade do certame implique a nulidade do contrato (art.49, § 2º, da Lei 8.666/93).

2013b). Percebeu-se, no caso, que a anulação da contratação, cujo objeto era o fornecimento, transporte e instalação de cisternas para acumulação de água de chuva visando ao abastecimento de comunidades rurais no Estado da Bahia, seria mais prejudicial ao interesse público que a sua conservação. Por outro lado, o Tribunal vedou a celebração de termos aditivos com a contratada.

A regularização equânime, citada no dispositivo, revela-se na obrigação do julgador em promover uma distribuição equivalente dos danos, evitando que um único sujeito suporte todos os prejuízos derivados da ilegalidade identificada (MENDONÇA, 2018). Nesse sentido, regra similar é deduzida do parágrafo único do art. 59, da Lei de Licitações e Contratações Públicas (Lei n.º 8.666/93), com a seguinte disposição (BRASIL, 1993, n.p.):

A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Constata-se, assim, que o dispositivo legal em exame busca estimular a autoridade decisória a desenvolver medidas que possibilitem a preservação do ato questionado, quando assim for melhor para o interesse público, ou que atenuem os efeitos da invalidação do ato sob um regime de corresponsabilidade (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Passando para a última análise pretendida nesta pesquisa, tem-se o artigo 22 da LINDB, cujo *caput* assim dispõe: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (BRASIL, 2018a, n.p.).

Para melhor leitura do normativo, destaca-se, de logo, o teor do seu parágrafo primeiro: “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (BRASIL, 2018a, n.p.).

De acordo com Marques Neto e Freitas (2019), o dispositivo aludido tem por objetivo inserir uma perspectiva pragmática na atividade interpretativa do órgão controlador, de maneira que passe a contextualizar as condutas e os atos sob exame

com as circunstâncias do caso concreto. Assim, durante a apreciação das justificativas apresentadas pelos gestores, inclusive no seio de processos administrativos sancionadores, incumbe ao controlador considerar os fatos que possam ter limitado a atuação dessas autoridades. À vista desse novo mandamento, para os autores, o órgão controlador:

[...] na avaliação de uma conduta e de sua adstrição ao direito não se limite a interpretar a norma a partir de seus parâmetros semânticos e de valores pessoais e nos quadrantes deônticos abstratos, mas considerando o contexto fático em que a conduta foi ou teria que ser praticada e os quadrantes mais amplos das políticas públicas (o que envolve não só o dever de atender às demandas da sociedade, mas os instrumentos disponíveis e a realidade orçamentária) (MARQUES NETO; FREITAS, 2019, p. 59).

Com efeito, a norma em enfoque determina que as autoridades controladoras observem as restrições e as dificuldades reais enfrentadas pelos gestores na atividade de interpretação das normas de Direito Público e do subsequente julgamento da regularidade de suas condutas e atos firmados. Portanto, as autoridades só devem tomar suas decisões, sobre a verificação de regularidade de atos, após realizarem a efetiva contextualização do ato administrativo com a realidade fática (MAFFINI; HEINEN, 2018).

A respeito de quais obstáculos devem ser apreciados pelos controladores, pode-se mencionar, primeiramente, a hipótese de uma dificuldade jurídica. Como já afirmado, o ordenamento jurídico contém uma pluralidade de normas generalistas que admitem várias interpretações possíveis e razoáveis. Logo, é possível que gestores e controladores possuam interpretações divergentes sobre uma mesma norma jurídica. Diante dessa circunstância, no caso de real indeterminação jurídica, não seria lícito ao órgão controlador decidir pela irregularidade do ato sob análise quando o gestor, apesar de ter adotado uma interpretação divergente, guiou-se por outra interpretação igualmente razoável (JORDÃO, 2018).

As limitações orçamentárias, por sua vez, são entraves reais na atuação dos gestores, mas por vezes desconsideradas por parte dos controladores. Não se pode ignorar que as escolhas que os gestores fazem para o atendimento de determinada demanda geram, por consequência, o sacrifício de outras. Por esse motivo, os órgãos controladores não devem analisar os atos administrativos de forma isolada, mas devem examiná-los de forma conjugada com as limitações materiais que restringiram a conduta do gestor à época dos fatos (MAFFINI; HEINEN, 2018).

Além das mencionadas dificuldades, outras podem ser suscitadas pelos gestores, a depender do caso concreto, como limitações de pessoal disponível e/ou qualificado, prazo estreito para executar determinada atividade, escassez de infraestrutura etc. Ressalte-se que, independentemente da natureza da adversidade apresentada, o importante é que se trate de uma dificuldade real, relevante e apta a inclinar a ação ou omissão do gestor (JORDÃO, 2018).

Ademais, essa contextualização é necessária para que ocorra, no momento da interpretação e aplicação das normas nacionais, a devida ponderação a respeito das peculiaridades geográficas, populacionais e orçamentárias que diferenciam os vários entes federativos, em especial os municípios localizados nos interiores do país. Por lógica, não há como pressupor que os gestores que se encontram em localidades díspares estejam nas mesmas condições para a fiel observância das leis que estão sujeitos (JORDÃO, 2018).

Para tornar possível a consideração dessas barreiras por parte dos órgãos controladores, o gestor deve, na motivação do ato administrativo, expor minuciosamente as circunstâncias fáticas e jurídicas em que se encontrava, notadamente apresentando as opções que lhe estavam disponíveis e as razões que o fizeram optar por determinada alternativa. E, no caso da conduta omissiva, compete ao gestor, quando provocado pelo controlador, apresentar quais as dificuldades que induziram a sua abstenção (JORDÃO, 2018).

Na posse dessas informações, os órgãos controladores devem avaliar se os problemas apresentados pelo gestor foram reais e, em caso afirmativo, se foram suficientemente capazes de influenciar na conduta analisada, visto que a norma em referência “[...] não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre seus atos. Ela apenas exigiu a ‘consideração’ destas dificuldades” (JORDÃO, 2018, p. 74).

Ainda sobre o *caput* do art. 22, é oportuno salientar que, além da determinação de que sejam apreciadas as dificuldades enfrentadas pelo gestor e pelas exigências das políticas públicas a seu cargo, o dispositivo também estabeleceu o dever de salvaguardar os direitos dos administrados. Infere-se, assim, que a contextualização imposta pela lei contempla todos os elementos que afetam a decisão dos gestores, mesmo que esses condicionantes estejam em posições contrapostas (JORDÃO, 2018).

Cumpra esclarecer que a expressão “sem prejuízo dos direitos dos administrados” não significa afirmar que o direito dos administrados terá preferência absoluta sobre os obstáculos enfrentados pelos gestores e sobre as exigências das políticas públicas a seu cargo, mas apenas impõe que todas essas circunstâncias sejam consideradas no momento da interpretação das normas de gestão pública e, por consequência, na verificação de regularidade dos atos decorrentes (BRASIL, 2018a, n.p.; JORDÃO, 2018).

É de notório conhecimento a existência de recorrentes conflitos entre a proteção do direito à saúde e a limitação material derivada da insuficiência orçamentária, como ocorre nos casos de solicitação de medicamentos ou tratamentos de alto custo a pessoas específicas. Em razão do excesso de judicialização de demandas dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 11/03/2020, no julgamento do RE n.º 566471 com reconhecimento de repercussão geral, que o Estado, em regra³⁷, não será obrigado a fornecer medicamentos de elevado custo que não estejam previstos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2020).

Nota-se que a Suprema Corte, ao analisar o embate entre o direito fundamental à saúde e a limitação orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), demonstrou que o direito dos administrados não pode ser recepcionado como absoluto, mas deve ser apreciado com as opções que estão disponíveis no caso e com as limitações orçamentárias que condicionam as autoridades competentes.

Por fim, o dispositivo legal em análise contém as prescrições dos seus parágrafos segundo e terceiro³⁸, os quais estabelecem que a avaliação da realidade fática também se faz necessária para a dosimetria das sanções. Assim, requer-se que as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na hipótese sejam relevadas para a definição da sanção administrativa a ser imputada aos agentes responsáveis (JORDÃO, 2018).

Diante do exposto, compreende-se que o art. 22 da LINDB, assim como os arts. 20 e 21, têm a finalidade de propiciar a interpretação e a aplicação das normas de Direito Público de forma mais pragmática e contextualizada. Evidencia-se que as

³⁷ Excepcionalmente, decidiu-se que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no SUS, o governo pode ser obrigado a fornecê-los, quando comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.

³⁸ “[...] §2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. §3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” (BRASIL, 2018a, n.p.).

medidas razoáveis adotadas pelos gestores, ainda que não retratem as exatas condutas esperadas pelos órgãos de controle com base na interpretação mais literal dos normativos vigentes, devem ser analisadas e ponderadas no processo de verificação de regularidade dos atos e, se for o caso, na dosimetria das sanções (JORDÃO, 2018).

3.5 O suposto paradoxo entre a consideração das consequências e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade, disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, é considerado pilar de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que garante à sociedade, em princípio, que todos os seus conflitos serão decididos sob a égide das leis, assegurando-lhes, assim, uma situação de segurança jurídica. Essa garantia avançou para abranger não apenas as leis em sentido estrito, mas todas as demais normas que, explícita ou implicitamente, são extraídas do ordenamento jurídico vigente. Essa circunstância transformou o princípio da legalidade em princípio da juridicidade (MARINELA, 2018).

Relativamente à Administração Pública, a Constituição preceitua, expressamente, no art. 37, a sua sujeição ao princípio da legalidade. Por via deste mandamento legal, entende-se que toda atividade administrativa não pode contrariar as normas legais *lato sensu*, visto que, caso contrário, o ato viciado deve ser invalidado, e o sujeito responsável, sancionado pela sua prática. Em função disso, a Administração Pública não deve praticar atos em desconformidade com as normas do ordenamento jurídico, considerando que a validade de suas medidas está condicionada ao respeito dos mandamentos legais (MARINELA, 2018).

Partindo-se desse pressuposto, é dever da Administração Pública anular os atos ilegais, sejam os originários dos seus próprios agentes, por meio do exercício da autotutela, sejam os decorrentes dos administrados, mediante a atividade de controle³⁹. Dessa maneira, não é cabível, em regra, conciliar a legalidade imposta aos administradores com a permissividade do ato inválido em produzir regularmente seus

³⁹ A concepção tradicional do Direito Administrativo sustenta que, diante de atos com vícios de legalidade, a autoridade pública não possui espaço para discricionariedade, sendo a sua anulação a medida que deve ser obrigatoriamente imposta, independentemente de seus efeitos (GASPARINI, 2012).

efeitos, dado que a omissão do administrador violaria diretamente o princípio da legalidade (CARVALHO FILHO, 2019)

No entanto, admite-se, em circunstâncias excepcionais, que a autoridade estatal possa não promover a anulação do ato com vício de legalidade quando constatar, no caso concreto, que as repercussões da anulação ocasionariam maiores danos que a sua conservação. Nessas hipóteses, em que a melhor solução para o interesse público seja a conservação do ato ilegal, “[...] a única conduta juridicamente viável terá que ser a de não invalidar o ato e deixá-lo subsistir e produzir seus efeitos” (CARVALHO FILHO, 2019, p. 163).

À luz do exposto, pergunta-se: os dispositivos da LINDB ora estudados, acrescidos pela Lei n.º 13.655/2018, autorizam que a consideração das consequências possa sempre ser fundamento para afastar a norma que seria incidente para o caso específico?

Conforme já explicitado, o art. 20 da LINDB exige a apreciação das consequências quando valores jurídicos abstratos forem invocados na fundamentação das decisões, e o art. 21 impõe essa análise quando a decisão pretender invalidar algum ato administrativo *lato sensu*. Porém, apesar de esses dispositivos requisitarem o exame das consequências nos referidos casos, em momento algum se prescreveu que as consequências seriam determinantes para a aplicação ou não da norma vigente.

Por outro lado, é razoável defender que os citados normativos autorizam que o argumento da consequência afaste uma norma legal incidente sobre o caso concreto, quando o ato ilícito produziu resultados socialmente benéficos, com base em parâmetros de eficiência ou, conforme hipótese já abordada, em que a retirada do ato ilegal ocasiona maiores danos que a sua manutenção (VITORELLI, 2019).

Em verdade, os citados dispositivos requerem o exame das consequências nas hipóteses acima descritas, bem como que tais análises estejam expressamente dispostas na motivação do ato. Contudo, percebe-se que os normativos estudados não estabeleceram critérios objetivos para a análise das consequências, tampouco fixaram parâmetros que orientassem as autoridades na decisão de afastar ou não uma norma para privilegiar ou evitar uma determinada consequência.

3.6 A Lei n.º 13.655/2018 e o postulado hermenêutico do pragmatismo e do consequencialismo jurídico

Com amparo na base teórica exposta no primeiro capítulo, quanto ao pragmatismo e ao consequencialismo jurídico, pretende-se, nesse momento, pontuar se as mudanças inseridas pela Lei n.º 13.655/2018 incorporaram na LINDB e, por consequência, na interpretação e aplicação das normas de Direito Público, a teoria pragmática ou a teoria consequencialista, representam apenas um reforço à motivação das decisões.

Marques Neto e Freitas (2019) afirmam que a exigência, disposta no art. 20 da citada lei, relativa à apreciação das consequências nas decisões baseadas em valores jurídicos abstratos, trata-se, sem dúvida, de um reforço ao dever de motivação das decisões. Isso porque torna-se ônus das autoridades evidenciar as consequências dos atos na motivação dessas espécies de decisões. Além disso, sustentam (2019) que o dispositivo em questão decreta o viés consequencialista para as hipóteses albergadas pelo art. 20, pois não impõe apenas a indicação das consequências na fundamentação, mas determina que elas sejam examinadas e sopesadas no processo decisório.

Segundo os autores, as decisões principiológicas, a partir da Lei n.º 13.655/2018, submetem-se a um novo processo legal decisório, em que a análise e a ponderação das consequências, assim como das vias alternativas, passam a ser condições de validade para o proferimento de decisões dessa natureza (MARQUES NETO; FREITAS, 2019). A omissão na apreciação das consequências tornará a motivação do ato insuficiente, sujeitando-o à invalidação por vício de omissão (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Em sequência, Marques Neto e Freitas (2019, p. 45) enunciam que, além das decisões principiológicas, a nova LINDB institui a hermenêutica consequencialista também para o “processo administrativo invalidador” (art. 21), na medida em que passa a ser encargo do controlador antecipar as prováveis consequências da invalidação de um ato administrativo para que, somente após essa atividade, decida pelo melhor caminho.

Ao fim, concluem os autores (2019) que essas novas diretrizes imprimem uma linha racional pragmática às decisões em referência, esclarecendo que, a despeito da teoria pragmática possuir várias vertentes, as suas características

basilares (antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo) estão de acordo com os preceitos estabelecidos na nova LINDB (MARQUES NETO; FREITAS, 2019).

Enfrentando essa questão, Fredie Didier e Rafael Oliveira (2019) compreendem que o art. 20 da Lei n.º 13.655/2018 infundiu o postulado do pragmatismo nas decisões a serem tomadas pelo Judiciário, pelos órgãos administrativos e controladores, tornando obrigatória a análise e a ponderação das consequências de suas decisões no processo de concretização de textos legais que possuem conteúdo abstrato.

Ressaltam os citados autores que, uma vez detectadas as possíveis consequências das decisões, inicia-se a atividade de perquirir qual das alternativas deve ser considerada como a mais satisfatória e, por conseguinte, a eleita pelo órgão julgador (DIDIER; OLIVEIRA, 2019). Como o parágrafo único do comentado art. 20 fixou o critério da proporcionalidade para esse processo de escolha, Didier e Oliveira (2019) registram que foi privilegiado o pragmatismo delineado por Richard Posner (2010), o qual adotou o parâmetro da razoabilidade para a análise das consequências.

Em pensamento diverso, Francisco Sérgio Maia Alves (2019) explica que a proposta da Lei n.º 13.655/2018, em relação à determinação de análise das consequências, teria um objetivo mais restritivo que o defendido pela teoria de Richard Posner. O autor argumenta que a LINDB passou a impor a consideração das consequências para as decisões fundadas, exclusivamente, em valores jurídicos abstratos, por não haver regras expressas incidentes sobre o caso concreto. De outro lado, a teoria de Posner (2010) admite que a adjudicação consequencialista pode ser aplicada mesmo na existência da regra jurídica quando a aplicação desta norma puder resultar em consequências trágicas (ALVES, 2019).

Para Alves (2019, p. 136), a LINDB incorporou, na realidade, o consequencialismo proposto por Neil MacCormick, em que as consequências não são utilizadas como determinantes para a tomada de decisões, mas como meios racionais “[...] para a solução de casos difíceis não abarcados pelo silogismo das regras jurídicas”, de modo que a adjudicação consequencialista não deve ser empregada quando estiver em confronto com alguma regra jurídica válida.

Justen Filho (2018), no seu estudo sobre o art. 20 da LINDB, argui que o mencionado normativo não adotou a teoria da adjudicação consequencialista pura, visto que não foi imposta a análise das consequências como elemento determinante para a solução do caso concreto. Segundo o autor, o comando legal do dispositivo

consiste na obrigação de que o exame das consequências seja elemento integrante do processo de decisão, como meio racional obrigatório para se alcançar uma maior proporcionalidade na decisão a ser adotada (JUSTEN FILHO, 2018).

Filipe Lobo Gomes e Thyago Bezerra Sampaio (2019) enfatizam que a Lei n.º 13.655/2018 trouxe uma nova leitura para interpretação e aplicação do Direito Público ao estabelecer condutas, aos órgãos com poder de decisão, que se afastam do tradicional modelo normativista de argumentação, e firmam uma nova concepção de interpretação jurídica, a qual promove uma maior aproximação entre o Direito e a realidade fática. Para Gomes e Sampaio (2019, p. 51), essa nova compreensão é indispensável, porque a “[...] realidade jurídica é elemento de construção do direito positivado e a argumentação realista é processo de sua afirmação, sem que seja necessário negar a importância da visão sociológica do direito”.

Não obstante, assinalam os mencionados autores que, uma leitura apressada do art. 20 da LINDB pode conduzir o intérprete a uma falsa conclusão que o intuito da lei seria determinar, às autoridades públicas, a aplicação da teoria consequencialista (GOMES; SAMPAIO, 2019). Ocorre que, conforme asseveram os autores, o propósito da lei, na realidade, foi incluir o consequencialismo como mais um mecanismo de argumentação, dentre os outros já existentes.

Diante da complexidade das relações sociais e das inúmeras consequências que delas se originam, entendem os autores que, dificilmente, apenas a consideração das consequências conseguirá resolver os impasses gerados pela indeterminação do Direito (GOMES; SAMPAIO, 2019). Sendo assim, acreditam que a melhor aplicação para o art. 20 da LINDB é a adoção conjugada da teoria consequencialista com outras teorias, a exemplo da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy (GOMES; SAMPAIO, 2019).

Nesse sentido, ilustram os autores que, na atividade de consideração das consequências, a autoridade pública estará diante de vários possíveis resultados (GOMES; SAMPAIO, 2019). Assim, para que consiga escolher racionalmente a melhor alternativa, defendem a aplicação do procedimento de ponderação, elaborado por Robert Alexy⁴⁰, como uma técnica complementar à argumentação consequencialista.

⁴⁰ A teoria da ponderação (ou sopesamento) foi desenvolvida para o caso de conflitos aparentes de princípios. Parte-se do pressuposto que os princípios possuem igual importância, mas, com base nas circunstâncias do caso concreto, adquirem pesos diferentes. O princípio que possuir maior peso terá precedência para aquele caso concreto. Realizado o sopesamento, extrai-se a regra jurídica que irá disciplinar o caso (ALEXY, 2015).

Entende-se que as disposições inseridas pela Lei n.º 13.655/2018 à LINDB não foram criadas com o propósito de infirmar, para interpretação e aplicação das normas de Direito Público, a teoria consequencialista pura, na qual as consequências são o fator determinante para a tomada de decisão. O ordenamento jurídico pátrio é alicerçado sobre as bases de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), no qual se exige que a sociedade seja regida por normas cuja produção tenha a participação direta ou indireta do povo. Portanto, não poderiam as consequências fáticas, à margem das normas existentes, serem o elemento que define as decisões que terão por destinatários os cidadãos.

Outrossim, não se acredita que o intuito da Lei n.º 13.655/2018 seria tão somente promover um reforço ao dever de motivação ou fundamentação dos atos decisórios. O art. 489, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil (CPC) que, por força do art. 15 do mesmo Código, é aplicável aos processos das demais esferas de poder, já bem desempenha esse papel, ao discriminar que não se considera fundamentada a decisão que:

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

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

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

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

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

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (BRASIL, 2015, n.p.).

Do estudo dos dispositivos da Lei n.º 13.655/2018, é possível deduzir que a intenção proposta, por meio dos seus comandos, é conectar a autoridade decisória ao contexto fático que circunda o caso concreto sujeito à sua análise, fixando, para tanto, o dever de ponderar as circunstâncias que incidem diretamente no caso, com o fim de proporcionar uma maior eficiência na proteção dos interesses que estão presentes na hipótese. Não são desconhecidos os casos em que, diante de suas peculiaridades, a aplicação da lei pela mera sistemática da subsunção do fato ao ato normativo, ou mesmo da aplicação de um princípio do ordenamento, em vez de

proteger e resguardar os interesses e direitos envolvidos, resulta no efeito contrário e ocasiona severos prejuízos.

Acredita-se que a Lei n.º 13.655/2018 encampou, ainda que fortuitamente, duas premissas diferentes que podem ser percebidas do exame dos seus normativos. Viu-se que o seu art. 20 determina que, nas decisões que tenham por fundamento valores jurídicos abstratos, a autoridade competente deve, antes de proferir a decisão, considerar os seus possíveis efeitos práticos. Verificou-se que, em face da abstração do fundamento invocado, que pode ocasionar distintas interpretações, esse processo de análise das consequências é necessário para tornar factível qual opção adotada é aquela que melhor resguarda o valor suscitado.

Desse modo, infere-se que a exigência do referido art. 20 é que a apreciação das consequências seja medida obrigatória nos casos de difícil interpretação, em razão dos valores jurídicos abstratos aplicáveis à espécie, não se tratando, assim, de casos em que há, de forma evidente, uma norma jurídica de aplicação obrigatória para o caso.

Sendo assim, é plausível afirmar que o art. 20 da LINDB está alinhado à Teoria de Neil MacCormick, segundo a qual a consideração das consequências é um recurso racional necessário quando surgirem problemas de interpretação da norma. Porém, o fundamento consequencialista não pode ser utilizado, por mais benéfico que possa aparentar, se contrariar alguma norma vigente no sistema.

Por seu turno, o art. 21 da LINDB ordena que a decisão que pretenda invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, independentemente do fundamento jurídico utilizado, deve mensurar as consequências jurídicas e administrativas dessa decisão. O parágrafo único desse artigo ainda acrescenta que não se pode impor aos sujeitos atingidos, em razão das peculiaridades do caso, ônus ou perdas excessivas. Por conseguinte, é cabível que um ato ilegal deixe de ser invalidado quando a sua retirada do mundo jurídico possa provocar maiores danos que a sua manutenção.

Assim sendo, nota-se que o comando do art. 21 mais se assemelha à Teoria de Richard Posner, dado que, para ele, as fontes tradicionais do Direito devem ser utilizadas como ponto de partida dos órgãos decisórios, mas, no processo de tomada de decisão, as consequências do ato devem ser avaliadas e ponderadas para a escolha da alternativa decisória. Além disso, Posner admite que a norma positiva pode ser afastada caso sua observância resulte em consequências trágicas.

Frise-se, no entanto, que não é seguro atestar que a LINDB adotou as teorias aqui mencionadas, mas apenas que algumas ideias principais foram seguidas. Contudo, percebe-se que o exame das consequências passou a ser mecanismo obrigatório no processo de tomada de decisão que se fundamente em valores jurídicos abstratos e naquele que tenha por objeto a possível invalidação de um ato administrativo *lato sensu*. Pode-se declarar, ainda, que essa exigência de consideração das consequências propicia, inevitavelmente, a aproximação da autoridade competente ao contexto fático, o que invoca, no sentido mais amplo da palavra, o pragmatismo sobre a interpretação e a aplicação das normas de Direito Público.

3.7 Os principais desafios na aplicação da Lei n.º 13.655/2018

Desde a edição da PL n.º 349/2015, que se converteu na Lei n.º 13.655/2018, discutem-se os problemas relativos à operacionalização prática dos novos dispositivos da LINDB. A Lei n.º 13.655/2018 tem sido considerada um paradoxo normativo, visto que, conquanto tenha sido criada para garantir maior segurança jurídica ao sistema, ao tentar afastar decisões subjetivamente abstratas e desconexas com a realidade fática, firmou, em seus próprios textos normativos, critérios vagos⁴¹ que causam insegurança e dificuldades na sua aplicação (LEAL, 2017).

Na época da tramitação da PL n.º 349/2015, Fernando Leal (2017) denunciou que a consideração das consequências, no processo de tomada de decisão, produz incertezas na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. A atividade de apreciação das consequências exige uma antecipação de efeitos futuros de possíveis decisões. Deste ponto, surgem alguns problemas. Como medir essas prognoses? Como torná-las confiáveis e não produtos de meras especulações sem embasamento?

⁴¹ O art. 20 da LINDB, ao exigir que o órgão julgador, ao se deparar com possíveis soluções para o caso concreto na aplicação do valor jurídico abstrato, examine e pondere as consequências de cada uma das alternativas decisórias, não fixou nenhum parâmetro para a previsão das consequências, tampouco critérios objetivos para a escolha das consequências, o que resulta na insegurança jurídica que a LINDB pretende evitar. Na mesma esteira, o art. 21 da LINDB, que impõe a consideração das consequências no processo de decisão de invalidação de ato administrativo *lato sensu*, não estabelece critérios de valoração. Ademais, o parágrafo único do dispositivo se utiliza de termos vagos como “modo proporcional”, “equânime” e “interesses gerais” para orientar como a regularização do ato deve ser feita (DIDIER; OLIVEIRA, 2019).

De acordo com Leal (2017), se os obstáculos relacionados à antecipação das consequências não conseguirem ser suprimidos, de nada adianta uma lei que aumente os referenciais no processo de fundamentação, se tal procedimento não resultar no aumento da qualidade da justificação. Nesse aspecto, é indispensável estabelecer critérios que neutralizem as dificuldades práticas na previsão das consequências, pois, caso contrário, essa exigência ocasionará maiores incertezas no processo de tomada de decisões.

Leal (2017) expôs, ainda, que, além das dificuldades na previsão das consequências, a etapa seguinte de apreciação dessas consequências resulta em incertezas em outra dimensão, na normativa do raciocínio. Após identificadas as possíveis consequências para cada alternativa disponível, sobrevém para a autoridade responsável o desafio de justificar qual dessas consequências serão as escolhidas. Na ausência de critérios pré-estabelecidos para a avaliação das consequências, o tomador da decisão ficará livre para decidir. Todavia, essa circunstância pode eclodir em diversos parâmetros de valoração e, por consequência, no aumento da insegurança jurídica do sistema (LEAL, 2017).

Em resumo, a imprecisão das prescrições da LINDB ocasiona duas ordens de problemas. A primeira, na dimensão descritiva do raciocínio, é a referente à ausência de parâmetros sobre como as prognoses das consequências serão realizadas e como serão qualificadas como confiáveis; a segunda, na dimensão normativa da argumentação, é a concernente à presença de critérios vagos (proporcionalidade) para ordenar e escolher as consequências previstas.

Conforme se constata, as novas disposições da LINDB instituíram ônus considerável aos órgãos decisórios, as quais provocam incertezas quando da sua aplicação prática. No entanto, isso não significa que sua observância será tarefa impraticável. A necessidade de apreciar as consequências e sopesá-las para o proferimento das decisões não deve mais ser deixada para o plano abstrato, uma vez que é medida substancial para o aperfeiçoamento e eficiência na aplicação do Direito ⁴². Assim, revela-se imprescindível a fixação de critérios e parâmetros adequados para que a legislação consiga produzir os resultados esperados pela sociedade na execução da atividade administrativa (VITORELLI, 2019).

⁴² Nesse sentido, enfatiza Phillip Gil França (2019, p. 136) que: “permanecer no virtual universo jurídico, como se os impasses reais fossem transportados para essa dimensão e lá fossem resolvidos, significa ignorar que a vida ocorre para além do Direito, não nos limites do Direito.”

Para tornar as prescrições da LINDB exequíveis, bem como para garantir a segurança jurídica do sistema, nota-se a necessidade de designar caminhos e parâmetros para a antecipação das consequências, bem como critérios de valoração para a escolha dos efeitos práticos que serão privilegiados no caso concreto sob análise. No intuito de contribuir com tais carências, acredita-se que o estabelecimento desses meios não consegue ser solucionado pelo ângulo estrito da ciência jurídica, fazendo-se imprescindível a interação com outras ciências, em especial com a Economia (FRANÇA, 2019).

Nessa perspectiva, no próximo capítulo, investiga-se como a Economia se relaciona com o Direito, e como os frutos dessa conexão poderão auxiliar os órgãos decisórios na previsão, na análise e na ponderação das consequências práticas, nos termos determinados pela Lei n.º 13.655/2018, de modo que a consideração das consequências seja um passo para frente na interpretação e aplicação do Direito Público.

4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA PARA A APLICABILIDADE PRÁTICA DA LEI n.º 13.655/2018

O Direito e a Economia enfrentam problemas similares como os relacionados à estabilidade e à eficiência da sociedade, sobretudo em um contexto de escassez de recursos. Apesar disso, a associação entre essas duas ciências iniciou-se de forma turbulenta, em razão das diferentes metodologias empregadas por cada uma delas. Porém, nas últimas décadas, o diálogo entre juristas e economistas produziu bons frutos, formando o movimento conhecido por Análise Econômica do Direito (SALAMA, 2008).

As ciências jurídicas passaram a reconhecer a importância de estudos interdisciplinares, especialmente os decorrentes dos campos da Economia, para auxiliar e aperfeiçoar a compreensão de fenômenos do Direito, no intuito de aproximá-lo das realidades fáticas (SALAMA, 2008).

A Análise Econômica do Direito propõe utilizar a teoria econômica para examinar o mundo jurídico de forma mais precisa. Do resultado dessa análise, Calabresi (2016) afirma que é possível extrair confirmações, dúvidas ou propostas de reforma da realidade jurídica. Acrescenta que esse movimento proporciona ao acadêmico do Direito uma alavanca que o permite argumentar por alterações dessa realidade (CALABRESI, 2016). A Análise Econômica do Direito é capaz, ainda, de propiciar instrumentos que melhor orientem os problemas jurídicos ao auxiliar na previsão das consequências sobre as prováveis escolhas normativas (SALAMA, 2008).

Contudo, é importante esclarecer que a epistemologia da Análise Econômica do Direito não fornece respostas definitivas para os dilemas normativos e não produz regras que vão ditar a solução mais eficiente para cada problema (SALAMA, 2008). Haverá circunstâncias em que a teoria econômica não conseguirá explicar a realidade jurídica. Dessa forma, é possível que a combinação de diversas disciplinas, incluindo a Economia, seja necessária para a compreensão da realidade (CALABRESI, 2016).

Admitidas as suas limitações, mas tendo ciência dos vários benefícios resultantes da aproximação entre Direito e Economia, nesse capítulo, procura-se verificar como a Análise Econômica do Direito pode contribuir para a aplicabilidade prática dos novos parâmetros decisórios estabelecidos pela Lei n.º 13.655/2018.

Como visto, essa lei passou a exigir, dentre outros mandamentos, a análise das consequências das decisões, a avaliação das alternativas decisórias, a ponderação sobre as dificuldades e os obstáculos reais enfrentados pelos gestores. O propósito é conferir maior eficiência na interpretação e aplicação do Direito Público. Como a Análise Econômica do Direito avalia esses elementos, pretende-se examinar alguns dos seus pressupostos e ferramentas teóricas que possam direcionar e tornar possível a efetividade desses novos dispositivos legais.

4.1 Breve histórico sobre o surgimento da Análise Econômica do Direito e a caracterização do movimento

A Análise Econômica do Direito é um movimento de origem norte-americana que se inicia no ano de 1957. A partir de 1970, esse movimento foi reconhecido em outros países, especialmente na Austrália, Canadá, Inglaterra e Suécia. Após o ano de 1980, difundiu-se pela Europa Continental. Embora seja recente, o desígnio de procurar recursos, na Economia, que auxiliem no avanço do conhecimento do Direito, já era percebido, em séculos anteriores, nos escritos de Maquiavel, Thomas Hobbes e John Locke (ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

A Análise Econômica do direito possui raízes em dois movimentos precursores. Um deles é o imperialismo econômico que, desde 1950, defendeu a aplicação de instrumentos da Ciência Econômica para além do campo tradicional, como nas relações familiares e políticas. O outro movimento é o realismo jurídico, desenvolvido no período entre as duas guerras mundiais, o qual, entre outros fatores, sustentava ser a Ciência Econômica e a Sociologia integrantes do Direito (ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

A inauguração do movimento da Análise Econômica do Direito remete-se às obras publicadas em 1957, por Anthony Downs, quando formulou uma teoria econômica da democracia, e por Gary Backer, com sua teoria econômica da discriminação. A evolução do movimento ocorreu no seio da Universidade de Chicago, a partir de 1958, com a criação do *Journal of Law and Economics*, tornando-se importante veículo de disseminação dos ideais dos economistas para o campo do Direito. O reconhecimento veio com o artigo publicado por Ronald Coase, intitulado "The Problem of Social Cost", em 1960, que lhe conferiu o Prêmio Nobel, no ano de 1991 (ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

A difusão do movimento no campo dos juristas deve-se, principalmente, à publicação da obra “Economic Analysis Of Law”, em 1972, do professor de Direito Richard A. Posner. É considerada uma das principais obras da Análise Econômica do Direito, porquanto tornou o conteúdo do movimento acessível aos estudantes de Direito (ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

De acordo com Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 24), “a economia mudou a natureza da ciência jurídica, a compreensão comum das regras e instituições jurídicas e até a prática do direito”. Os autores extraem essa afirmação dos seguintes indicadores. Desde 1990, pelos menos um economista integra o corpo docente das principais faculdades de Direito da América do Norte e de algumas da Europa Ocidental. Em muitas dessas universidades, há programas de pós-graduação de Economia e Direito e nas principais disciplinas dos cursos de Direito dos Estados Unidos, estuda-se, ainda que de forma sumária, a Análise Econômica do Direito. Encontram-se várias revistas científicas que abordam, exclusivamente, a Análise Econômica do Direito ou que publicam diversos artigos com esse tema, tanto é que algumas pesquisas demonstram que os artigos mais citados nas revistas científicas norte-americanas são os que aplicam a Análise Econômica do Direito. Além disso, nos anos de 1991 e 1992, foram concedidos Prêmios Nobel de Economia aos economistas Ronald Coase e Gary Backer, que foram essenciais para a fundação da Análise Econômica do Direito.

Para além do âmbito acadêmico, a Análise Econômica do Direito passou a ser utilizada como base para a prática do Direito e para elaboração de políticas públicas. Por exemplo, nos Estados Unidos, a Economia forneceu as diretrizes necessárias para o movimento de desregulamentação na década de 1970, e para as mudanças ocorridas no direito antitruste nos anos 70 e 80. Pode-se citar, ainda, as reformas operadas sobre sentenças penais pelos tribunais federais, em que a comissão responsável se amparou nos suportes dados pela Economia e pelo Direito para obter os resultados desejados (COOTER; ULEN, 2010).

Para justificar o sucesso obtido pela Análise Econômica do Direito nos Estados Unidos e, de forma crescente, nos demais países, Cooter e Ulen (2010) afirmam que a Economia possibilitou uma teoria científica capaz de prever os impactos das sanções sobre os comportamentos humanos, partindo-se da seguinte premissa:

Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada. A economia tem teorias matematicamente precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente sólidos (estatística e econometria) de análise dos efeitos dos preços sobre o comportamento (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

Dessa maneira, Cooter e Ulen (2010) acreditam que a Economia proporciona uma teoria comportamental acerca de como os indivíduos reagem perante as leis. Essa teoria, baseada em parâmetros científicos, superaria as análises decorrentes da intuição ou do bom senso.

Segundo Cooter e Ulen (2010), a Economia desenvolve, ainda, um modelo normativo eficiente para examinar o Direito e as políticas públicas. No primeiro caso, fornece métodos para verificar se as leis estão cumprindo os seus objetivos sociais intrínsecos. No segundo caso, a Análise Econômica permite a avaliação sobre a eficiência das políticas públicas, isto é, o exame das suas relações de custo e benefício. Outrossim, contribuiria na investigação sobre os efeitos das políticas públicas na distribuição de renda e na riqueza entre as classes sociais.

Por outro lado, Richard Posner (2007) ressalta que uma grande parte dos juristas ainda possuem o entendimento de que a Economia se associa apenas aos estudos de fenômenos macroeconômicos, como o desemprego, a inflação, taxas de juros, regulações do mercado, entre outros temas correlatos. No entanto, esclarece que ela tem uma abordagem bem mais ampla, visto que investiga as escolhas racionais feitas pelos seres humanos no ambiente de recursos escassos (POSNER, 2007).

Com efeito, a ciência econômica explica vários fenômenos da realidade, incluindo questões jurídicas não mercantis que podem ser adequadas em termos econômicos (POSNER, 2007). Dessa constatação, surge a Análise Econômica do Direito que se caracteriza pela aplicação das bases teóricas e empíricas da Economia, especialmente a microeconomia⁴³ e a economia do bem-estar social⁴⁴, com o objetivo

⁴³ “A microeconomia estuda o processo de formação de preços e o funcionamento dos mercados. Nessa área, é dada ênfase ao estudo do comportamento dos agentes econômicos individuais, consumidores e empresas, e de como esses agentes interagem no mercado.” (VASCONCELLOS, 2012, p. 17).

⁴⁴ “A área da economia relacionada com o bem-estar econômico da sociedade como um todo.” (AUSTAN *et. al.*, 2018, p. 117).

de auxiliar na compreensão e no desenvolvimento do Direito, a partir do exame da racionalidade e das consequências fáticas do ordenamento jurídico (ALVAREZ, 2006; GICO JÚNIOR, 2010).

É pertinente elucidar que o movimento da Análise Econômica do Direito se distingue do procedimento comum de aplicação de conceitos econômicos nas áreas jurídicas mercantis. Na Análise Econômica do Direito emprega-se a metodologia econômica nas áreas jurídicas que não se relacionam, diretamente, com questões econômicas. É o caso do uso das ferramentas econômicas para contribuir na redução dos crimes de estupro. O instrumental da Análise Econômica do Direito pode conseguir prever, por exemplo, os horários que mais ocorrem esses tipos de crimes. Em contrapartida, no procedimento comum, os juízes recorrem aos conceitos e instrumentos econômicos para resolver questões de direitos regulatórios e concorrenciais, ou para solucionar casos de responsabilidade civil, no cálculo de lucros cessantes e danos emergentes (GICO JÚNIOR, 2010).

Ivo Gico Júnior (2010) expõe que a Análise Econômica do Direito pode auxiliar na resposta dos seguintes questionamentos, a saber: 1) quais as possíveis consequências de uma determinada regra jurídica? 2) qual a regra jurídica a ser empregada no caso concreto? O primeiro questionamento está relacionado a uma investigação positiva (“o que é”) e o segundo a uma análise normativa (“o que deve ser”).

A Análise Econômica do Direito positiva corresponde ao emprego das ferramentas econômicas para a investigação de fatos. Essa investigação contribui para a compreensão da norma jurídica e da sua racionalidade, para a identificação das suas possíveis consequências e para a análise da eficiência (custo/benefício) entre as soluções encontradas. Trata-se de uma abordagem essencialmente descritiva (GICO JÚNIOR, 2010).

Na análise positiva, os juristas focam no exame das causas e efeitos das normas. A finalidade é prever qual será o comportamento da sociedade diante de uma regra específica e qual seria a mudança de comportamento na hipótese de modificação dessa regra. Realiza-se, assim, o diagnóstico de uma regra atual sobre como os cidadãos têm se comportado diante dela e uma prognose sobre como os comportamentos seriam modificados se a regra fosse alterada (GICO JÚNIOR, 2010).

A Análise Econômica do Direito, na dimensão normativa, por sua vez, aplica a metodologia econômica para escolher, dentre as soluções possíveis, a que será considerada mais eficiente a partir de um critério de valor previamente determinado em lei. Sendo assim, por meio da análise normativa, é possível afirmar qual política pública deve ser adotada ou qual solução deve ser escolhida diante do valor pré-estabelecido (GICO JÚNIOR, 2010).

Desse modo, a análise econômica positiva está relacionada ao mundo dos fatos, o qual pode ser investigado por métodos científicos e pode possuir resultados suscetíveis de comprovação. Por seu turno, a análise normativa está associada ao mundo dos valores, não sujeita à prova e, portanto, não reputada como método científico. Ambas as proposições são vistas como válidas e úteis (GICO JÚNIOR, 2010).

Para os limites deste trabalho, será exposta a metodologia da Análise Econômica do Direito sob a dimensão descritiva (ou positiva), considerando que não serão feitas discussões sobre critérios valorativos.

4.2 Premissas fundamentais para a aplicação da Análise Econômica do Direito

Para melhor compreensão da Análise Econômica do Direito, é necessário o conhecimento prévio de algumas de suas premissas fundamentais, as quais explicam como os indivíduos se comportam perante o Direito e quais as consequências dessa interação (SALAMA, 2008). Nesta parte, serão analisadas as seguintes premissas: a escassez, a maximização racional, o modelo da escolha racional, o equilíbrio, a eficiência e os incentivos.

A escassez está relacionada à limitação de recursos e à infinitude das demandas, o que condiciona a sociedade e os agentes públicos à realização de escolhas excludentes dentre as opções disponíveis. A escassez, assim, obriga os indivíduos a fazerem escolhas e estarem sujeitos a “trade-offs”, isto é, a escolher determinado bem em detrimento de outro. Aquilo que se renuncia é o chamado “custo de oportunidade”. Logo, toda opção escolhida importará em um custo de oportunidade (GICO JUNIOR, 2010)⁴⁵.

⁴⁵ A condição de escassez produz várias implicações a serem consideradas pelos estudiosos, intérpretes e aplicadores do Direito. Uma delas, e talvez a mais sensível, está relacionada com o reconhecimento de que a proteção dos direitos exige financiamento público cujos recursos não podem

Nesse processo de escolha, observa-se que a maioria das pessoas elegem a opção que lhes proporcionam um maior grau de satisfação. Supõe-se, assim, que o agente econômico tem um comportamento maximizador (COOTER; ULEN, 2010). Cumpre ressaltar que a maximização não corresponde apenas ao aumento de dinheiro ou de outro bem material, mas à ampliação de alguma satisfação pessoal do indivíduo (CASSI; GONÇALVES, 2018).

Em conformidade com a teoria econômica neoclássica, os comportamentos maximizadores decorrem da racionalidade das pessoas. O ser humano é visto como um agente racional que direciona suas condutas na tentativa de maximizar os seus interesses⁴⁶. Nesse passo, surgiu a figura abstrata do “homo economicus”⁴⁷, o qual serviu de base para a elaboração de modelos normativos por parte da Economia (MARISTRELLO, 2020).

Richard Posner (2007) registra que o conceito de racionalidade aplicado pelos economistas é delineado de forma objetiva, tendo em vista que o comportamento racional percebido nos indivíduos não estaria relacionado ao seu estado mental. Segundo o autor, a racionalidade consiste na capacidade que os indivíduos possuem de escolher, de forma consciente ou inconsciente, um meio apropriado para o alcance dos fins pretendidos.

Essa racionalidade, observada em grande parte das decisões dos seres humanos, é denominada, pela Economia, de teoria ou modelo da escolha racional. Os autores Rosseau e Mackaay (2015, p. 31) a descrevem da seguinte forma:

Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem. [...] O modelo da escolha racional permite generalizações quanto ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação.

ser despendidos sem a devida ponderação. Esse tema ainda será melhor explorado no presente capítulo.

⁴⁶ Com base na racionalidade, o agente econômico pondera os custos e os benefícios das alternativas disponíveis. É o caso do consumidor que, ao fazer compras, procura maximizar a utilidade das suas necessidades, a depender da sua restrição orçamentária (COOTER; ULEN, 2010).

⁴⁷ O termo “Homo economicus” descreve a criatura que habita no mundo econômico. Corresponderia ao ser humano que é capaz de solucionar problemas econômicos complexos, que sabe o que deseja e como deve proceder (AUSTAN, 2018).

É pertinente destacar que a teoria econômica sobre o comportamento humano não pressupõe que os indivíduos estejam, em cada decisão, fazendo contas para a análise dos ônus e vantagens de cada ato, mas que, de modo geral, eles procedam como se assim o estivessem. Logo, presume-se que os agentes se comportem como se fossem racionais, ainda que não o sejam efetivamente (GICO JÚNIOR, 2010).

Rosseau e Mackaay (2015) salientam que o modelo da escolha racional está limitado às informações que o indivíduo possui acerca das opções que lhe estão disponíveis e de suas consequências. Por essa razão, a escolha que a pessoa faz no presente pode não ser reputada como a melhor no futuro, no momento em que ela detiver novas informações sobre as opções.

Posner (2007) esclarece, ainda, que, quando os custos para se obter mais informações superam os possíveis benefícios de obtê-las, é racional a decisão que delibera com base em informações incompletas. Portanto, a escolha racional deduz que o indivíduo fará a melhor escolha dentre as opções que conhece no momento da decisão.

Em contrapartida, o modelo de escolha racional não está imune às críticas entre os economistas. O economista Herbert Simon, pesquisador de diversas ciências, entre elas, a psicologia cognitiva, indicou que esse modelo não retrata com fidedignidade as decisões humanas, na medida em que deixa de considerar aspectos psicológicos intrínsecos de cada ser humano (ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

Simon (1956 *apud* ALVES, 2016) explica que os seres humanos, ainda que detivessem toda a informação necessária para a tomada de suas decisões, não conseguiriam processar toda a informação disponível. Descreve que os indivíduos fazem uso de atalhos mentais⁴⁸ simplificadores que limitam as informações que serão utilizadas em suas decisões. Afirma, assim, que eles possuem falhas de racionalidades ocasionadas por características próprias dos seres humanos que não decorrem da razão. Enfatiza, ainda, que as descobertas da psicologia cognitiva demonstram que os indivíduos possuem desvios cognitivos que os impedem de estar

⁴⁸ Esses atalhos mentais denominados de heurísticas ou vieses cognitivos são explorados na Economia Comportamental. Para leitura da temática, ver: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas formas de pensar**. 1.ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012; THALER, Richard H. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução de Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

sempre tomando decisões eficientes, com base em análise de custos e benefícios (ALVES, 2016).

As constatações de Simon (1977 *apud* ROUSSEAU; MACKAAY, 2015) foram amparadas por pesquisas empíricas em psicologia cognitiva, especialmente as de Tversky, Kahneman e Slovic. Daniel Kahneman e Amos Tversky (1979). Na exposição do artigo "Prospect theory: an analysis of decision under risk", eles evidenciaram que os indivíduos, ao estarem diante de resultados incertos, inclinam-se a escolher, dentre as alternativas possíveis, aquela com menor potencial de perda, em vez daquela com maior probabilidade de ganho (SIMON 1977 *apud* ROUSSEAU; MACKAAY, 2015).

Simon (1992 *apud* MARISTRELLO, 2020) conclui que, nas decisões complexas, os indivíduos restringem as informações disponíveis e decidem com base em um nível de satisfação que varia conforme a experiência de vida da pessoa. Nesse passo, Simon (1992 *apud* MARISTRELLO, 2020) recomenda que o modelo de racionalidade seja concebido à luz de uma "racionalidade limitada". A racionalidade limitada não desconsidera a capacidade dos indivíduos de ponderar as informações e tomar decisões maximizadoras de suas utilidades, mas aponta que a atividade reflexiva do ser humano é menos precisa e mais limitada do que a teoricamente concebida pelo modelo tradicional (MARISTRELLO, 2020).

Reconhecendo essas divergências, Gico Júnior (2010) afirma que os desvios de comportamentos verificados pela psicologia cognitiva não são aleatórios, mas possuem um certo padrão. Logo, a teoria tradicional permanece tendo utilidade, desde que haja a devida adaptação às limitações cognitivas. Richard Posner (2007) acrescenta que é condição de toda teoria ser abstrata e não conseguir reproduzir a complexidade do mundo real. Segundo Posner (2007), uma teoria é uma explicação, e não uma descrição, o que não a torna inútil para o estudo do comportamento humano.

Desse modo, observa-se que a racionalidade da economia neoclássica permanece válida como modelo abstrato que auxilia na previsão do comportamento das pessoas, cabendo apenas reconhecer as limitações do modelo. Nada impede, assim, que a teoria da racionalidade ou racionalidade limitada seja aperfeiçoada ou complementada pela psicologia cognitiva, como é feito pela Economia Comportamental.

Além da tendência ao comportamento maximizador do agente, um outro padrão comportamental, para a economia neoclássica, consiste na reação dos indivíduos de se direcionarem a um ponto de equilíbrio no ambiente de mercado. Os agentes realizam trocas até o ponto em que os custos, decorrentes de cada troca, igualam-se aos benefícios auferidos. A partir desse momento, as trocas cessam e o mercado se põe em ponto de equilíbrio (GICO JÚNIOR, 2010).

Nesse contexto, a maximização e o equilíbrio estão conjugados no comportamento dos seres humanos. Como visto, o comportamento do ser racional tende a maximizar o seu interesse, porém, ao interagir com os demais agentes maximizadores, as escolhas se conduzem ao equilíbrio. Atinge-se o equilíbrio estável quando a posição das partes não mais se modifica, salvo na hipótese de interferência de alguma força externa (COOTER; ULEN, 2010).

O equilíbrio é responsável pela eliminação dos desperdícios. Esse *status* relaciona-se a outro pressuposto econômico importante: a eficiência. Há algumas definições sobre o que os economistas entendem por eficiência. É possível falar nela quando não é mais possível alcançar o mesmo resultado de produção utilizando insumos de menor custo. A eficiência, assim, é igualmente atingida quando não é cabível produzir mais resultados fazendo uso dos mesmos insumos (COOTER; ULEN, 2010). Há, ainda, dois importantes critérios de eficiência, de Pareto e de Kaldor-Hicks, que serão apresentados adiante.

Os conceitos acima referenciados, quais sejam, de maximização, equilíbrio e eficiência são basilares para entender o comportamento econômico. Para os juristas, esses conceitos econômicos também podem ser úteis para esclarecer fatos sociais relevantes e, por consequência, serem aplicados no âmbito do Direito (COOTER; ULEN, 2010).

Tem-se, ainda, a premissa teórica sobre os incentivos. Os juristas compreendem que o Direito é uma estrutura de incentivos⁴⁹. Conforme esse pensamento, os agentes moldam seus comportamentos com base nas relações de custos e benefícios extraídas das normas jurídicas⁵⁰. Dessa maneira, uma

⁴⁹ Gico Júnior (2010, p. 22) enfatiza que “[...] se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade. Todos continuariam a se comportar da mesma forma e a criação de regras seria uma perda de tempo. Contudo, a experiência nos mostra que isso normalmente não acontece.”

⁵⁰ Salama (2008, p. 22) ilustra esse postulado com o seguinte exemplo: “de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o

modificação na estrutura de incentivos pode conduzir os indivíduos a adotarem outras condutas ou fazerem outras escolhas (GICO JÚNIOR, 2010).

Por essa razão, considerando que as pessoas respondem a incentivos, os estudiosos da Análise Econômica do Direito apuram as causas e as consequências dessas normas, a fim de antever como os agentes reagem a determinada regra e quais seriam as alterações de comportamento se essa regra fosse modificada (GICO JÚNIOR, 2010).

Descritas as premissas básicas da Análise Econômica do Direito, expõem-se, a seguir, algumas teorias desenvolvidas por esse movimento que podem ser utilizadas na aplicabilidade prática do Direito.

4.3 Contribuições da Análise Econômica do Direito para interpretação e aplicação do Direito Público

Conforme versado no capítulo anterior, a Lei n.º 13.655/2018 estabeleceu novos parâmetros decisórios a serem observados pelas esferas administrativa, controladora e judicial na interpretação e aplicação do Direito Público. Entre essas exigências, estão: a consideração das consequências práticas das decisões; a análise das possíveis alternativas decisórias; a ponderação sobre as dificuldades e obstáculos reais enfrentados pelos gestores.

Para cumprir esses mandamentos, os órgãos competentes necessitarão de ferramentas teóricas e empíricas que os permitam conferir efetividade a esses novos preceitos. Para tanto, apresentam-se, a seguir, alguns instrumentais teóricos desenvolvidos ou aplicados pelo movimento da Análise Econômica do Direito que podem auxiliar na execução dessas tarefas.

4.3.1 Critérios de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks

No campo da Análise Econômica do Direito, há dois critérios de eficiência que são mais debatidos entre os juristas e que se revelam importantes para os fins deste trabalho. O primeiro é o critério do Teorema de Pareto, também

benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização.”.

conceituado de Ótimo de Pareto, desenvolvido pelo economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto. O segundo é o critério extraído do Teorema de Kaldor-Hicks ou Melhoria Potencial de Pareto, elaborados pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks (COOTER; ULEN, 2010).

A eficiência desenvolvida pelo economista Vilfredo Pareto também é conhecida por eficiência de Pareto ou eficiência alocativa. Segundo esse critério, uma medida é eficiente quando gera melhoria na condição de algum agente sem implicar a piora do bem-estar de outro agente (PARETO, 1996). Tem-se um Ótimo de Pareto quando, após realizada a distribuição na alocação de recursos, alcançou-se um estágio em que nenhuma realocação pode ser feita sem que o aumento do benefício para um indivíduo ou grupo de indivíduos ocasione prejuízo a outros (PARETO, 1996). Desse modo, a eficiência de Pareto corresponde a uma transação em que todos os envolvidos se beneficiam, sob o ponto de vista de suas preferências pessoais (PARETO, 1996; COOTER; ULEN, 2010).

Verifica-se que o critério de Pareto não se aproxima da realidade de sociedades complexas com recursos escassos. Nesse contexto, raras são as situações em que alterações legislativas ou políticas incrementam a utilidade de algumas pessoas sem resultar no prejuízo, ainda que indireto, das demais pessoas. Com recursos limitados, a regra é que, para alguém ganhar, outros precisam perder (DOMINGUES, 2016).

As políticas públicas seguem a lógica de que sempre haverá perdedores e ganhadores. Por exemplo, uma decisão do governo que controla o preço de determinado medicamento favorece os seus usuários, mas prejudica os fornecedores, distribuidores, produtores do medicamento, assim como afeta negativamente o preço de outros medicamentos, gerando desvantagem a outros consumidores (GOLDBERG, 2007).

Amartya Sen (1999) aponta outra deficiência do critério de Pareto, relativa à prejudicialidade de se analisar a satisfação das preferências nas relações entre pessoas afortunadas e pessoas em condição de pobreza. Segundo o economista, uma pessoa que tem uma vida com poucas oportunidades e facilidades possui uma métrica de utilidade bem mais limitada, o que é, portanto, um modo deficiente de examinar a realização dos indivíduos (SEN, 1999). Por conseguinte, um estado considerado Ótimo de Pareto pode situar pessoas na extrema miséria, de um lado, e

de outro, pessoas na extrema riqueza, bastando que os miseráveis não possam melhorar o seu bem-estar sem atingir os benefícios dos ricos.

Insatisfeitos com a limitação do Teorema de Pareto, em que se recomenda a realização de alterações quando pelo menos um agente fique em condição melhor, sem ocasionar efeitos negativos a nenhum outro⁵¹, os economistas, Nicholas Kaldor e John Hicks, desenvolveram a Melhoria Potencial de Pareto. De acordo com a eficiência de Kaldor-Hicks, admitem-se mudanças que gerem ganhadores e perdedores, desde que o benefício dos primeiros supere a perda dos segundos, de forma que os ganhadores possam, à princípio⁵², compensar o prejuízo dos perdedores (COOTER; ULEN, 2010).

Portanto, com base no critério de Kaldor-Hicks, a alternativa que maximiza a riqueza poderá ser adotada. Seguindo esse critério, a eficiência vincula-se, necessariamente, ao exame dos custos e benefícios (privados e sociais) das opções, independentemente dos objetivos que se pretendam alcançar. A eficiência, pelo critério de Kaldor-Hicks, pressupõe a escolha da situação em que o total de ganho dos beneficiados é superior ao total dos custos suportados pelos excluídos, a fim de que se torne possível a compensação dos perdedores pelos ganhadores (COOTER; ULEN, 2010).

Cumpra assinalar que o critério de Kaldor-Hicks também apresenta limitações, especialmente de ordem prática, pois “[...] não há mecanismo de avaliação objetiva da utilidade auferida pelos beneficiários e da perda de utilidade sofrida pelos prejudicados a viabilizar — objetivamente — a estimativa do benefício líquido positivo”. (GICO JÚNIOR, 2020, p. 28).

Outras fragilidades⁵³ são apontadas sobre o critério de Kaldor-Hicks: a despreocupação com o problema da distribuição de renda; a dificuldade de comparar os ganhos entre grupos sociais distintos, uma vez que o valor substancial dos bens é visto de forma diferente para cada grupo; a circunstância de que o sopesamento dos custos e benefícios é limitado no tempo, prejudicando a análise da eficiência a longo prazo (SALAMA, 2008).

⁵¹ Richard Posner (2007), um dos principais expoentes da Análise Econômica do Direito, considera que o critério de Ótimo de Pareto possui pouca aplicação fática, considerando que o critério de Kaldor-Hicks é mais adequado para a análise da eficiência.

⁵² Esclareça-se que a efetiva compensação não é condicionante obrigatória para a aplicação do critério de Kaldor-Hicks.

⁵³ Para mais discussões sobre o tema, ver MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** [S./l.]: Springer, 2009.

Em que pese as restrições do critério de Kaldor-Hicks, considerando que possui maior proximidade com a realidade das sociedades com recursos escassos, acredita-se que esse seja um importante medidor de eficiência para avaliação das soluções nos casos concretos que envolvem interpretação e aplicação do Direito Público.

4.3.2 A reciprocidade do prejuízo e os custos de transação na visão de Ronald Coase

Ronald Coase (1960), no seu ensaio sobre “O Problema do Custo Social”, reflete sobre casos em que agentes econômicos geram prejuízos a terceiros no exercício de suas atividades. Coase observa que, tradicionalmente, as cortes judiciais não analisam a reciprocidade do problema. Nas situações em que “A” gera um dano a “B”, normalmente, o processo de decisão recai apenas no questionamento de como reprimir a conduta de “A”.

Contudo, de acordo com Coase (1960), quando “A” provoca prejuízo em “B” e a decisão impõe ônus a “A”, os papéis se invertem. “A” torna-se o prejudicado e “B” o favorecido. Diante disso, Coase explica que, ao se tomar decisões sobre uma determinada alternativa, deve-se ponderar que o benefício gerado para um ocasionará prejuízo para o outro.

Diante desse cenário, em que todas as soluções apresentam custos, é essencial que a autoridade competente avalie a reciprocidade do prejuízo, mensurando os potenciais custos de cada alternativa. O ideal é que o prejuízo mais grave seja evitado (COASE, 1960). Coase (1960) reconhece que a resposta desse problema não é fácil, principalmente quando não se sabem os exatos valores do que foi auferido e do que foi sacrificado.

Por essa razão, Coase (1960) propõe um teorema em que as partes envolvidas conseguiriam solucionar de forma mais eficiente o problema, desde que estivessem em um ambiente que pudessem negociar livremente sem a incidência de custos externos. Para tanto, Coase argumenta que é necessário que os direitos das partes estejam previamente estabelecidos. Após, as partes envolvidas podem barganhar entre si a transferência ou recombinação desses direitos, visando a obtenção de resultados mutuamente satisfatórios. Afirma o autor que, por meio de

transações de mercado sem custos, as partes podem realocar os direitos inicialmente estabelecidos se resultar no aumento do valor de produção⁵⁴.

É importante frisar que o referido teorema está sujeito à seguinte condição: custos de transação devem ser iguais a zero. Eles são compreendidos como todos os custos externos necessários para negociação, realização e execução da atividade econômica. São custos de transação, por exemplo, os relacionados à obtenção de informações sobre o produto que se pretende negociar, o custo para a elaboração do contrato, o custo de fiscalização do contrato etc. (COASE, 1960).

Não obstante os benefícios evidenciados por Coase (1960) acerca das negociações diretas entre as partes, o autor admite que a suposição dos custos de transação igual a zero é irrealista. De fato, as transações de mercado possuem, via de regra, custos externos significativos. Coase (1960) afirma que essa circunstância impede várias negociações, que ocorreriam se não houvessem os custos de transação, prejudicando a possível realocação de direitos e a maximização dos valores de produção.

A realidade é que as decisões do Judiciário, que impõem soluções às partes envolvidas, impactam diretamente nas atividades econômicas. À vista disso, o razoável seria que os órgãos competentes assumissem o comprometimento de avaliar as consequências econômicas de suas decisões. No caso em que o exercício de uma atividade econômica gera danos a terceiros, o ideal seria que as decisões judiciais ponderassem o ganho obtido por meio da supressão do dano com a perda provocada pela cessão da atividade produtora. A solução para esse problema deve corresponder à escolha da alternativa mais vantajosa (COASE, 1960).

Além disso, Coase (1960) alerta que as consequências a serem analisadas não devem se limitar àquelas que serão incidentes no caso concreto. É preciso examinar o efeito que a decisão terá no sistema vigente, assim como os custos das possíveis mudanças nos arranjos sociais. Isso porque nada impede que a melhor decisão para um determinado caso possa resultar em gradativa piora para outras situações semelhantes.

⁵⁴ Um dos exemplos utilizados por Coase (1960) é o caso do gado do pecuarista que invade e destrói a plantação do terreno vizinho. Na hipótese, não haveria cerca entre as propriedades. Coase demonstra que, sem custos de transação, as partes podem negociar a melhor solução, seja construir a cerca, diminuir o rebanho, seja pagar uma indenização. A solução menos onerosa será a adotada pelas partes.

Coase (1960) expõe que os altos custos de transação se verificam não apenas no ambiente estritamente privado, mas ressalta que o funcionamento da máquina administrativa é, em algumas ocasiões, bastante custoso. Em face desses custos, o autor ressalva que as normas regulatórias, que incidem sobre situações distintas, tornam-se, em muitos casos, inadequadas e não atendem a eficiência buscada pelo sistema econômico.

A percepção de Coase sobre os custos de transação na seara pública merece destaque⁵⁵. Os órgãos decisórios da esfera judicial, controladora ou administrativa devem examinar a interferência desses custos na formação das decisões dos gestores públicos. Os custos de transação podem representar, assim, reais obstáculos ou dificuldades suportadas por esses gestores na condução de suas atividades.

Um exemplo facilita a compreensão. Imagine-se um contrato administrativo, celebrado entre um município “y” e uma empresa “x”, cujo objeto consista no fornecimento de “z” litros de combustíveis destinados aos veículos dos seus órgãos municipais, com prazo contratual de 12 (doze) meses. Aproximando-se do término do contrato, o gestor constatou que havia uma quantidade considerável de litros de combustíveis não utilizados. Diante disso, o gestor firmou aditivo com a contratada, prorrogando o prazo contratual, a fim de consumir o saldo remanescente de combustível. Nesse aditivo, o preço unitário do combustível não teve alteração de valor.

Suponha-se que a referida prorrogação contratual, no momento da prestação de contas do gestor, tenha sido impugnada pela unidade técnica do tribunal de contas competente, em razão da previsão do art. 57, da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece o prazo máximo de 12 (doze) meses para os contratos administrativos. Ainda que o citado dispositivo legal preveja algumas exceções, como a prestação de serviços a serem executados de forma contínua, o órgão técnico afirmou, com base na leitura do normativo e da jurisprudência da Corte, que o contrato de fornecimento não estaria abrangido em tais exceções. Sendo assim, sugeriu-se a penalização do gestor pelo descumprimento da legislação.

Uma vez remetido o processo ao Relator, para emissão do seu voto, caso se atentasse apenas para a questão legalista da situação, seguiria a opinião da

⁵⁵ Rosseau e Mackaay (2015, p. 218) afirmam que: “Na demonstração do teorema de Coase, fica claro que os custos de transação desempenham papel essencial na estruturação do direito”.

unidade técnica. No entanto, se percebesse os custos de transação incidentes para o caso, concluiria que a medida de prorrogação foi mais eficiente para o interesse público. Explica-se. Se o gestor tivesse cumprido a literalidade da lei, teria que realizar novo procedimento licitatório para a aquisição de combustíveis. Dessa forma, além de incidir todos os custos da realização de um certame licitatório, haveria uma grande possibilidade de o preço unitário dos combustíveis ser superior ao anteriormente contratado. Por esses motivos, a prorrogação contratual, ainda que tenha se operado de encontro ao disposto na lei, eliminou maiores custos para o município e atingiu o objeto que necessitava. Nessa linha, entenderia o Relator que não caberia a penalização do gestor. Por outro lado, poderia emitir determinação para que realizasse o adequado planejamento sobre os quantitativos de suas compras públicas.

Verifica-se que as contribuições expostas por Coase produzem importantes direções para o processo de tomada de decisões. O ponto de partida é, assim, o reconhecimento da reciprocidade dos prejuízos nos casos de danos. Diante dessa constatação, infere-se a necessidade de os órgãos julgadores identificarem os custos que envolvem cada solução, incluindo os custos de transação. Em sequência, caberá a esses órgãos competentes avaliar qual a alternativa que produz as maiores vantagens. Esse seria o processo mais adequado para conectar às normas vigentes as peculiaridades do contexto fático envolvido.

4.3.3 Das Instituições e sua relação com os custos de transação

Na concepção elaborada por Douglas North (2018), as instituições correspondem às regras do jogo que disciplinam as condutas dos seres humanos em uma sociedade. Consistem, assim, nas restrições estabelecidas pelo homem para regular as interações entre os indivíduos. Essas regras podem ser formais ou informais. As formais são aquelas criadas pelas constituições, leis, regulamentos e pelos atos normativos desenvolvidos por particulares, a exemplo dos contratos (NORTH, 2018). As informais, por sua vez, correspondem às normas socialmente transmitidas e formam a cultura de um povo (NORTH, 2018)⁵⁶.

As instituições são responsáveis por reduzirem as incertezas e promoverem a estabilidade nas interações humanas, à medida que definem e

⁵⁶ North (2018) informa que as regras formais podem ser criadas com fins a complementar ou mesmo modificar as regras informais.

estabelecem limites às escolhas das pessoas em sociedade. São, portanto, fundamentais para possibilitar as complexas relações humanas (NORTH, 2018). De outro lado, North (2018) ressalva que o quadro institucional, conquanto ofereça estabilidade, está sujeito a alterações no decorrer do tempo⁵⁷. Além disso, a estabilidade propiciada pelas instituições não implica que os resultados das relações sociais serão eficientes. Nas palavras do autor:

As instituições não são necessariamente nem habitualmente criadas para serem socialmente eficientes; elas; ou ao menos as regras formais, são antes criadas para servir aos interesses daqueles com poder de barganha para formular novas regras (NORTH, 2018, p.36).

Desse modo, North (2018) admite que a maioria das regras formais são editadas em benefício de interesses privados. Por esse motivo, o autor esclarece que, para o desenvolvimento do seu estudo, é preciso diferenciar as instituições das organizações. Enquanto as instituições são as regras do jogo, as organizações são os respectivos jogadores, os quais compreendem grupos de pessoas que se unem para a consecução de objetivos comuns, podendo ser órgãos políticos, econômicos, sociais e educacionais (NORTH, 2018).

Para o referido autor (NORTH, 2018), as organizações são vistas como importantes agentes que provocam mudanças e influenciam na evolução do quadro institucional. Dessa forma, as instituições proporcionam as oportunidades para uma sociedade e as organizações são formadas para usufruir dessas oportunidades. À medida que as organizações evoluem, ocasionam mudanças nas instituições. Tais mudanças ocorrem quando as organizações verificam que podem auferir melhores resultados alterando o quadro institucional em vigor (NORTH, 2018).

Partindo dessas verificações, North (2018) sustenta que as instituições impactam no desempenho das economias e que o modo como elas progridem pode ser o diferencial para a evolução econômica. De acordo com North (2018), as instituições interferem no desempenho da economia por meio dos efeitos que causam nos custos de transação e de produção. Isso porque, elas, em conjunto com a tecnologia empregada, são os fatores determinantes nos custos de transação e produção.

⁵⁷ North (2018) esclarece que as regras formais estão suscetíveis a mudanças repentinas, enquanto que as regras informais são mais impermeáveis.

As instituições que regulam a baixos custos, por exemplo, atividades de avaliação, execução e fiscalização de contratos, geram mercados eficientes. Na via inversa, se as instituições elevam os custos de transação, prejudicam os mercados e, por consequência, a economia (NORTH, 2018).

Assim sendo, o quadro institucional vigente tanto pode fixar medidas que estimulam o aumento da produtividade, como pode estabelecer barreiras que impedem o progresso, propiciando limitações monopolísticas e aumentando o custo do fluxo de informações. Por essa razão, os custos de transação em uma sociedade são reflexos da instituição vigente (NORTH, 2018).

North (2018) exemplifica que, ao comparar os custos de transação entre países de economia em desenvolvimento e países de economia avançada, percebe-se que os custos de transação são bem mais elevados para os primeiros. Nos países de economia em desenvolvimento há maior grau de burocracia nas negociações, os custos de informações são maiores, há maior rigidez à abertura de mercado etc. Nesse passo, os quadros institucionais dos países de economia em desenvolvimento os impedem de evoluir. Com efeito, o quadro institucional torna-se a chave para o êxito ou para o declínio das economias ao longo do tempo (NORTH, 2018).

À vista disso, o desenvolvimento econômico de um país depende de instituições que criem condições competitivas no mercado e ampliem as oportunidades. É o caso da promoção de incentivos à produção e à aquisição de conhecimentos e inovações tecnológicas (NORTH, 2018).

Além disso, para que as instituições proporcionem mercados eficientes de forma constante, é indispensável que o quadro institucional seja flexível à novas oportunidades. Instituições eficientes são instituições adaptáveis. As fontes de mudanças normalmente decorrem de alterações externas no meio ambiente ou da obtenção de novos conhecimentos, as quais são observadas pelas organizações (NORTH, 2018).

Nessa linha de raciocínio, é pertinente que as autoridades competentes avaliem se o quadro institucional está elevando ou minimizando os efeitos dos custos de transação. Na análise de casos concretos, é importante ponderar sobre a necessidade de flexibilizar as instituições vigentes, quando tal medida for necessária para o alcance da eficiência. Por exemplo, no caso hipotético citado no subitem anterior, evidenciou-se que relativizar o dispositivo legal, que veda a prorrogação para

os contratos de fornecimento, constituiu-se como medida mais eficiente, porque evitava maiores custos externos ao ente municipal.

4.3.4 Dos custos dos direitos na leitura de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein

Para o adequado estudo sobre os direitos e sobre sua aplicação, é preciso que um determinado postulado não seja ignorado: os direitos demandam gastos públicos. Nessa perspectiva, somente haverá direito protegido ou executado se houver o respectivo financiamento público (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Existem direitos, como o direito à propriedade ou direito ao ensino que, embora sejam onerosos, geram riqueza social porque resultam no aumento da base tributável. Esses direitos são reputados como autofinanciáveis. Por outro lado, há diversos outros direitos, como o direito à saúde, que não ocasionam retornos ao investimento público e são igualmente vinculativos. Independentemente de serem direitos autofinanciáveis ou não, os seus custos resultam em impactos orçamentários a longo prazo, os quais não podem ser desconsiderados pelo intérprete e/ou aplicador (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Além do reconhecimento que os direitos custam dinheiro público, é indispensável lembrar que os recursos públicos são escassos. Portanto, em um caso concreto, a decisão de uma autoridade competente que canaliza recursos para a proteção de direitos de determinados cidadãos estará, inevitavelmente, preterindo o direito de outros (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

No mundo jurídico, é comum a defesa da subdivisão dos direitos em negativos e positivos. Os primeiros seriam aqueles que protegem as liberdades individuais dos cidadãos, impondo ao governo uma conduta de abstenção. Os segundos corresponderiam aos direitos que proporcionam a igualdade dos membros da sociedade, requerendo do governo ações afirmativas. Assim, direitos negativos seriam os que resguardam os indivíduos da intervenção do governo; direitos positivos, os que concedem aos cidadãos serviços do governo (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Ocorre que há uma falsa percepção que os direitos positivos clamam por altos custos públicos, enquanto os direitos negativos seriam exercidos de forma autônoma e autossuficiente. A realidade é que todos os direitos são necessariamente positivos e dispendiosos, que implicam em alguma obrigação ao governo. Se os direitos negativos fossem apenas a proteção do indivíduo contra ações estatais, o

resguardo desses direitos equivaleria à mera paralisação do Estado. No entanto, os direitos que resguardam liberdades individuais só são efetivamente protegidos por meio de ações de fiscalização e execução operados por agentes do Estado (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

A efetiva proteção das liberdades dos indivíduos pode demandar, por exemplo, a intervenção do Judiciário, em que os juízes, os demais servidores e toda a estrutura necessária para o desempenho de suas funções são dependentes do financiamento público. Conseqüentemente, uma vez que os direitos estão condicionados à salvaguarda do Judiciário, reclamam, ao menos, todos os gastos de pessoal e de estrutura que envolvem a vigilância judiciária. Além disso, esses direitos são resguardados por agências ou órgãos governamentais que promovem ações de fiscalização, implicando, assim, outras despesas públicas (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Nessa lógica, é possível notar que, mesmo os direitos que seriam supostamente negativos, são dependentes de serviços prestados pelo Estado. Diante dessas considerações, é preciso admitir que: “Encarar os direitos com seriedade significa encarar a escassez, também, com seriedade” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 91). As autoridades competentes para enfrentar as demandas ilimitadas da sociedade não podem se desobrigar de analisar os escassos recursos públicos envolvidos. É fundamental, portanto, avaliar as condições do caso concreto para alocar os recursos públicos de forma eficiente (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

No entanto, sabe-se que os órgãos julgadores não investem em treinamentos apropriados para que tenham a aptidão para analisar os recursos públicos na demanda e as conseqüências das alternativas decisórias. Essa circunstância prejudica a promoção da alocação eficiente desses recursos ou mesmo a correção de alocações precedentes que foram inadequadas. A realidade é que, em muitas ocasiões, as autoridades executam suas atividades na posse de informações incompletas e tendenciosas (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Não se dúvida que órgãos julgadores sejam competentes para identificar os direitos que precisam de proteção ou as medidas necessárias para restaurar as graves transgressões a eles. Contudo, o atendimento dessas demandas exige uma análise prévia relativa à extração de recursos de um orçamento limitado, o qual é responsável por albergar todo um conjunto de direitos. Não é uma situação fácil de solucionar, mas é indispensável que seja enfrentada (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Nos casos em que os órgãos julgadores não tenham as informações ou os dados adequados sobre a alocação de recursos, devem agir com bastante prudência nas pretensões objetivem anular atos do Poder Executivo. Não se pode desconsiderar que os órgãos ou as agências do Executivo possuem, inevitavelmente, mais conhecimentos sobre as prioridades e as limitações orçamentárias (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Admitindo-se que todos os direitos reivindicam recursos públicos e que esses são escassos, outra conclusão deve ser extraída: os direitos não são absolutos, inclusive os direitos constitucionais. À medida que custam dinheiro público, eles se tornam obrigatoriamente relativos. Se houver redução de recursos públicos, os direitos serão conseqüentemente minorados, de modo que, se houver aumento desses recursos, eles tendem a se expandir (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

A observância aos custos dos direitos deve revelar até que medida eles podem ser protegidos e executados. Nesse sentido, a proteção de determinado direito é uma decisão sobre alocação de recursos escassos. Assim, a concessão de direitos, que vincula os recursos dos contribuintes, não pode ser concretizada sem o exame das conseqüências orçamentárias. “Isto não significa que as decisões devem ser tomadas pelos contadores, e sim, que os funcionários públicos e os cidadãos democráticos devem ter em vista os custos orçamentários” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 99).

De acordo com Steven Holmes e Cass Sustein (2019), uma teoria de direitos, que busca se aproximar da realidade e identificar a forma como o direito se estrutura e se desenvolve, deve ser aquela que investiga como o alcance e a consistência deles são influenciados pelos seus custos.

É importante lembrar que os direitos variam no tempo e no espaço. Surgem como soluções para problemas concretos que se alteram com as circunstâncias fáticas e com a evolução do conhecimento. Assim, questões relativas a valores, às responsabilidades e aos problemas gerais que os direitos enfrentam, modificam-se, ao passo que outros fatos se alteram, como economia, tecnologia, estilo de vida, demográfica etc. Diante disso, os direitos e seus instrumentos sofrem adaptações ou reformulações por meio de novas legislações ou jurisprudências (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Outro fator de variação dos direitos decorre dos processos políticos. É o caso, por exemplo, do processo orçamentário anual, responsável por realocações de

recursos e contingenciamentos de despesas para um exercício financeiro. É a fonte de mudanças de maior instabilidade porque está viciada pelos compromissos políticos da gestão atual. Nesse passo, os direitos são relativos e voláteis, podendo ser criados, desfeitos ou remodelados (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Os direitos também devem ser encarados como uma questão de finanças públicas, visto que são criados por decisões políticas e financiados por recursos públicos, com o objetivo de propiciar o bem-estar da coletividade. Também são custos de oportunidade, considerando que, quando determinados direitos são efetivamente resguardados, outros serão desprotegidos em face da escassez dos recursos. Assim, a decisão pela aplicação do direito é uma decisão igualmente política, dado que decide sobre alocação dos recursos públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Conforme Holmes e Sunstein (2019), a conscientização sobre os custos dos direitos representa um grande desafio para o Judiciário. Várias são as demandas que afetam de forma concorrente o orçamento público, as quais precisam ser relevadas pelo julgador na resolução dos conflitos particulares.

Holmes e Sunstein (2019) registram que a consideração das consequências orçamentárias é uma maneira democrática e responsável de gastar os recursos escassos da sociedade. Na visão dos autores: “A relação custo-benefício não deve ser apenas positiva, mas também deve ser percebida como positiva.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 224).

Para tanto, defendem que é importante publicizar as decisões que envolvem, de forma controversa, os escassos recursos públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019). Essas decisões devem expor quais parâmetros foram utilizados para escolher uma alternativa em detrimento de outra, para alocar o recurso em determinado direito em preterimento de outros (HOLMES; SUNSTEIN, 2019).

Portanto, os julgamentos sobre direitos devem estar acompanhados da análise dos custos que envolvem a sua aplicação, como medida necessária para o uso responsável do limitado orçamento público. Ademais, por razões democráticas, as escolhas sobre as alocações desses recursos devem estar expressas e justificadas nas decisões, para que os cidadãos e órgãos deliberativos possam fiscalizar e debater sobre o uso do dinheiro público. Assim sendo, apenas “podemos começar a considerar uma entrega mais eficiente da proteção de direitos somente depois de reconhecermos que os direitos têm custos.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 226).

Por fim, é importante salientar que não apenas o Judiciário, mas também os órgãos administrativos e controladores devem ponderar as implicações orçamentárias das suas decisões, pois, como explicado, essas decisões abrangem a realocação de recursos escassos.

4.4 A adoção do corpo teórico da Análise Econômica do Direito para a aplicabilidade prática dos preceitos da Lei n.º 13.655/2018

Nesse momento, objetiva-se analisar a argumentação exposta em alguns julgados, de diferentes esferas competentes, que invocaram os novos parâmetros decisórios estabelecidos pela Lei n.º 13.655/2018. Nessa avaliação, pretende-se verificar a possível conexão entre os fundamentos utilizados e o instrumental teórico da Análise Econômica do Direito. Procura-se, ainda, averiguar como a aplicação de algumas teorias econômicas podem ser úteis para melhor compreensão e solução dos problemas jurídicos à luz dos preceitos firmados pela Lei n.º 13.655/2018.

Para esses fins, foi realizada uma pesquisa jurisprudencial nos principais tribunais de justiça do país e nos tribunais de contas estaduais e da União. Como esperado, por ser a Lei n.º 13.655/2018 considerada uma novidade, e pela existência de controvérsias sobre a sua aplicação, não foram localizadas muitas decisões que aplicaram seus dispositivos. Contudo, concentram-se, abaixo, alguns dos julgados que buscaram aplicar a norma em referência e que foram reputados úteis para as finalidades desta pesquisa.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs uma Ação Civil Pública em face do Município de Igarapé e do Estado de Minas Gerais, com pedido de tutela de urgência, para que fosse determinado o agendamento e a realização de cirurgias de otorrinolaringologia a todos os pacientes cadastrados na lista de espera. O órgão ministerial salientou que a medida se fazia necessária, tendo em vista a existência de pacientes aguardando a cirurgia há mais de 1 (um) ano, sem previsão de realização do procedimento (BRASIL, 2018b).

A 2ª (Segunda) Vara Cível e da Infância e da Juventude da Comarca de Igarapé⁵⁸ entendeu que o longo tempo de espera dos usuários do sistema público de saúde representava violação ao dever constitucional da saúde e, por conseguinte, da

⁵⁸ Processo n.º. 5000308-88.2017.8.13.0301.

dignidade da pessoa humana. Diante disso, sustentando que deveria ser garantida a proteção integral dos pacientes, deferiu, em 24/04/2018, a tutela de urgência, nos seguintes termos:

[...] a) determinar aos entes demandados que apresentem, no prazo de 30 (trinta) dias, cronograma de agendamento das cirurgias na especialidade de otorrinolaringologia, dos pacientes constantes da lista de espera, encaminhada pela Secretaria Municipal de Saúde, a fim de que a demanda possa ser atendida em, no máximo, seis meses, sob pena de aplicação de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada inicialmente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais); b) determinar aos entes demandados que realizem, no prazo máximo de 06 (seis) meses, subsequentes à eventual apresentação do cronograma, as cirurgias de todos os pacientes relacionadas na lista fornecida pela Secretaria Municipal de Saúde, de forma progressiva e proporcionalmente reduzida, mês a mês, com a realização de, no mínimo 02 (duas) cirurgias mensais, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), limitada inicialmente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (BRASIL, 2018b, n.p.).

Inconformado com a decisão, o Município de Igarapé interpôs recurso de Agravo de Instrumento⁵⁹, argumentando, em síntese, que: a) compete ao Poder Executivo fixar as prioridades na execução das políticas públicas, considerando ser o gerenciador responsável pelos escassos recursos públicos; b) decisões dessa natureza dependem de adequado planejamento e da respectiva dotação orçamentária; c) o município não possui estabelecimentos credenciados com recursos humanos e tecnológicos suficientes para o atendimento integral dos pacientes; d) a execução da decisão concedida na tutela de urgência comprometeria quase 10% (dez por cento) do orçamento anual destinado à saúde do ente municipal (BRASIL, 2018b).

Ao apreciar as alegações e documentos apresentados pelo agravante, a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ/MG), por meio do voto do Relator Alberto Vilas Boas, deu provimento ao recurso e indeferiu a tutela de urgência anteriormente concedida, em 16/04/2019, com base nos seguintes fundamentos:

A Lei n.º 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e introduziu normas de segurança jurídica na aplicação do direito público, teve por finalidade reforçar a responsabilidade decisória, nas esferas administrativas, controladora e judicial, e, obrigou o julgador a avaliar, ao motivar o pronunciamento judicial, as consequências práticas de sua decisão. [...] Nota-se que a decisão agravada impôs ao Município de Igarapé obrigação de agendar as cirurgias de otorrinolaringologia dos pacientes constantes da lista de espera do SUS e realizá-las no prazo de seis meses, sob pena de multa diária elevada, **sem considerar a viabilidade da medida, a existência**

⁵⁹ Processo n.º 0506933-65.2018.8.13.0000.

ou não de recursos para cumprimento da decisão e o fato de que o pronunciamento judicial pode gerar ainda mais prejuízos aos municípios, ante a possibilidade de incidência de multa cominatória por descumprimento e dano ao erário. [...] Por certo, não há meios de saber se os procedimentos cirúrgicos determinados possuem caráter emergencial a fim de justificar a intervenção judicial em sede de tutela de urgência, sendo certo que **a medida, de alto custo, pode comprometer recursos da área de saúde que deveriam ser destinados à execução de medidas prioritárias**, cuja análise compete ao Poder Executivo (BRASIL, 2019b, n.p., grifo nosso).

Na análise do caso, observa-se que a decisão concedida pela 2ª Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Igarapé consubstanciou-se no dever de proteção dos direitos constitucionais como saúde e, por corolário, a vida, como suficientes para o deferimento da tutela de urgência. Não houve qualquer preocupação com questões de limitação orçamentária, com a repercussão dos efeitos da decisão sobre o orçamento da saúde ou com o comprometimento de outras medidas de saúde definidas como prioritárias pelo Executivo.

Entretanto, a Primeira Câmara Cível do TJ/MG julgou o Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Igarapé contra a citada decisão, sob a égide da Lei n.º 13.655/2018, a qual determina a avaliação das consequências práticas da decisão. Apreciando a controvérsia à luz das exigências estabelecidas pelo citado normativo, essa câmara julgadora verificou a inviabilidade da concessão da tutela de urgência.

Embora a decisão da aludida câmara cível não tenha, de forma expressa, feito referência aos conceitos técnicos da Análise Econômica do Direito, nota-se, da motivação da decisão, que, mesmo sutilmente, essas ferramentas foram utilizadas. Enquanto a decisão de primeiro grau apoiou-se apenas nos direitos constitucionais como se fossem absolutos, a decisão de segundo grau, na esteira do defendido por Steven Holmes e Cass Sustein, reconheceu que os direitos custam dinheiro público, os quais são escassos e não podem ser protegidos sem a análise das consequências orçamentárias.

Constata-se que a decisão da Primeira Câmara Cível do TJ/MG, ao expor que uma medida de alto custo não deveria comprometer recursos da saúde destinados a executar medidas prioritárias, privilegiou a alocação eficiente de recursos, segundo o critério de Kaldor-Hicks. Como visto, conforme esse critério de eficiência, sempre haverá pessoas beneficiadas e desprotegidas com as políticas públicas, mas

é necessário a análise dos custos e benefícios para que o total de ganho dos primeiros supere as perdas dos segundos.

Ainda que não explicitamente consignado na decisão de segundo grau, infere-se que há uma preocupação não apenas com as consequências incidentes sobre o caso concreto, mas sobre os efeitos da decisão para todo o sistema de saúde. Caso fosse concedida a tutela de urgência requerida, não apenas poderia desequilibrar a execução das medidas prioritárias, como poderia gerar precedentes para outras decisões semelhantes, o que agravaria, ainda mais, a eficiência do sistema. Essa percepção está em conformidade com o defendido por Ronald Coase, sobre a necessidade de ponderar que os custos da decisão não se refletem apenas sobre o caso específico, mas também sobre casos futuros.

Um outro caso se refere a um processo fiscalização⁶⁰ do Tribunal Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES). Nesse processo, a unidade técnica da Corte investigou algumas possíveis irregularidades cometidas, no exercício de 2013, pela Prefeitura de Presidente Kennedy. Dentre elas, foi indicada a realização de contratações temporárias arbitrárias, sem a comprovação da real necessidade de excepcional interesse público, consoante determina o mandamento constitucional (art. 37, inciso IV) (BRASIL, 2019c).

Em sua defesa, a prefeita, à época dos fatos, arguiu que as contratações temporárias foram devidamente amparadas em leis municipais que autorizam essa espécie de contratação (BRASIL, 2019c). Alegou, ainda, que, devido a uma intervenção estadual no município, assumiu o cargo de prefeita somente naquele ano, e que as contratações temporárias foram o único meio imediatamente disponível para garantir a continuidade dos serviços públicos (BRASIL, 2019c).

A Primeira Câmara do TCE/ES, na data de 09/10/2019, ao apreciar as contratações temporárias questionadas, decidiu acompanhar o voto do Relator Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, o qual apresentou entendimento divergente do órgão técnico, pelas seguintes justificativas:

Em relação ao mérito, em que pese a irregularidade exposta, há de se considerar as circunstâncias e os elementos fáticos do caso concreto. Conforme previsto no art. 22 da LINDB, nas decisões sobre regularidade de conduta ou validade de ato serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. **Analisando os fatos, verifica-se que a Responsável assumiu o cargo de Prefeita**

⁶⁰ Processo n.º 01749/2014-3.

Municipal em 2013, após período de intervenção estadual ocorrido em 2012, sendo que, conforme relatado na ITI, o município não realizava concurso desde 2008. Dessa forma, essas circunstâncias limitaram a margem de atuação da Responsável, tendo em vista que ao assumir não havia concurso vigente e nem vagas suficientes para serem preenchidas, conforme pode-se notar na tabela abaixo, elaborada pela equipe de auditoria: [...] Assim, a estruturação para a criação de cargos e a elaboração de um concurso público demandam um criterioso planejamento devendo ser percorridas várias etapas, o que poderia ocasionar uma descontinuidade na prestação dos serviços públicos, o que tem potencial de causar danos irreparáveis, principalmente nas áreas de educação, saúde e assistência. Dessa forma, de forma divergente da área técnica e do Parquet de Contas, entende-se pelo afastamento da irregularidade, e conseqüentemente da responsabilização da Sra. Amanda Quinta Rangel (BRASIL, 2019c, n.p.).

Na situação retratada, constata-se que a unidade técnica do TCE/ES se ateve apenas aos critérios normativos para a regularidade das contratações temporárias examinadas, não considerando as peculiaridades do contexto fático. O órgão julgador, por sua vez, sob o prisma do art. 22 da LINDB, analisou os obstáculos e dificuldades que restringiram a conduta da ex-gestora.

Ainda que o cenário ideal fosse a realização de concurso público, a câmara julgadora verificou que o exercício fiscalizado se tratava do primeiro ano que a ex-gestora estava à frente da Prefeitura de Presidente Kennedy. Nesse exercício, não havia concurso vigente, tampouco cargos vagos. Sendo assim, refletiu que a criação de novos cargos e a elaboração de concurso público demandariam criterioso planejamento. Diante dessas circunstâncias, decidiu pelo afastamento da irregularidade sobre as contratações temporárias.

Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, compreende-se que uma importante condicionante foi prestigiada, ainda que acidentalmente, relativa aos custos de transação. Nos ensinamentos de Ronald Coase, esses custos correspondem a todos os custos externos necessários para negociação, celebração e execução de alguma atividade econômica. Mesmo que seus estudos tenham se concentrado para o ambiente privado, foi ressaltado em sua pesquisa que os altos custos de transação também possuem significativa interferência na condução da máquina administrativa.

Na demonstração de Coase, ficou claro que os custos de transação devem ser observados na exigência de aplicação das normas regulatórias. Isso não significa uma liberação arbitrária para o descumprimento das normas, mas, às vezes, a incidência dos altos custos de transação são obstáculos reais para a sua adequada

observância. Por esse motivo, os custos de transação não podem ser ignorados na análise dos casos concretos.

Na situação em comento, a realização do concurso público exigiria, além de tempo e planejamento, elevados custos de transação relacionados à contratação de banca examinadora, de fiscais, de publicação de editais, entre outras despesas. Assim, perante a possível descontinuidade dos serviços públicos, a conduta da ex-gestora, que decidiu pelas contratações temporárias imediatas, reputou-se razoável, visto que evitou prejuízo maior caso ocorresse a paralisação dos serviços.

Um terceiro caso está relacionado a um processo do Tribunal de Contas da União (TCU). Nessa situação, a unidade técnica do Tribunal elaborou um relatório de autoria que fiscalizou as Concorrências Públicas n.º 001, n.º 002 e n.º 005/2019/SML/PVH. O objetivo dessas licitações era a contratação de empresas especializadas na execução de obras e serviços de engenharia para recapeamento asfáltico, drenagem, pavimentação asfáltica, meio fio e sarjeta em vias urbanas do Município de Porto Velho/RO (BRASIL, 2013a).

Nos autos desse processo ⁶¹, apuraram-se graves irregularidades, especialmente na Concorrência n.º 01/2019/SML/PVH e no respectivo Contrato n.º 084/PGM/2019, celebrado entre a Prefeitura Municipal de Porto Velho/RO e a empresa J.J. Construções Montagens Industriais. As principais irregularidades foram: a) atuação da comissão de licitação que desclassificou as 4 (quatro) propostas de menores preços, por critérios de extremo rigor formal que deveriam ter sido sanados por diligência, gerando restrição à competitividade do certame e prejuízo à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração; b) sobrepreço na planilha orçamentária do Contrato n.º 084/PGM/2019, decorrente de itens com preços excessivos frente aos referenciais de mercado, no valor de R\$ 1.430.803,21; c) potencial dano aos cofres públicos do município, no montante de R\$ 3.338.216,51, oriundo da desclassificação irregular das propostas mais vantajosas e do sobrepreço identificado (BRASIL, 2013a).

Em virtude da gravidade das infrações, aptas a ensejarem a nulidade do procedimento licitatório e do contrato decorrente, a unidade técnica recomendou a paralisação da execução contratual, salvo se fosse promovida a repactuação do

⁶¹ Processo n.º 022.713/2020-4.

Contrato n.º 084/PGM/2019, a fim de reduzir o seu valor total em R\$ 3.338.216,51, para elidir o dano ao erário (BRASIL, 2013a).

Após as oitivas das partes responsáveis, a Prefeitura de Porto Velho comunicou que, em comum acordo com a empresa J.J. Construções Montagens Industriais, o contrato impugnado foi repactuado, mediante a publicação do 1º (primeiro) termo aditivo, o qual suprimiu do valor total do contrato a quantia de R\$ 3.338.216,51 (BRASIL, 2013a). Informou, ainda, que procedeu à glosa, no valor de R\$ 74.084,56, referente a valores já medidos, bem como à retenção temporária do montante de R\$ 478.933,01, durante o período em que se aguardava a repactuação contratual (BRASIL, 2013a). Diante dessas novas circunstâncias, o órgão técnico realizou novo exame de mérito da seguinte maneira:

[...] 20. Dessa forma, conclui-se que a Prefeitura de Porto Velho/RO atendeu à condicionante contida no item 9.1.1 do Acórdão 4054/2020-TCU-Plenário, repactuando o Contrato 084/PGM/2019 por meio da redução dos preços contratuais em um total de R\$ 3.338.216,51. Além disso, a Prefeitura informou que procedeu a glosas e retenções de valores apontados pelo Relatório de Fiscalização 130/2020.

25. Contudo, será proposto, com fundamento no art. 7º da Resolução TCU 265/2014, e com vistas a evitar a ocorrência de falha semelhante, **dar ciência à Prefeitura Municipal de Porto Velho/RO que a adoção de critérios com formalismo desarrazoado que promovam a desclassificação de licitantes restringe a competitividade do certame, resultando em possível contratação de proposta menos vantajosa para a Administração, gerando prejuízo ao erário**, em desconformidade com o disposto no inciso I, §1º do art. 3º da Lei 8.666/93.

26. Ademais, no caso concreto, por se tratar de empreendimento de relevante apelo social, mostra-se particularmente importante sopesar o disposto no art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB), incluído pela Lei 13.655/2018 e regulamentado pelo Decreto 9.830/2019, mandamento esse que impõe a consideração dos efeitos práticos da decisão.

27. No mesmo sentido, cita-se o §4º do art. 119 da LDO 2019 (Lei 13.707/2018), pela necessidade de ponderação acerca de potenciais prejuízos econômicos e sociais advindos da paralisação do empreendimento. Constata-se que as obras se dão justamente em área sensível socialmente, e o desenvolvimento da infraestrutura local se reveste de importância socioeconômica indiscutível para a população, por, dentre outros motivos, propiciar um melhor escoamento de produtos locais a outros centros, melhorar as condições de trafegabilidade e, conseqüentemente, a qualidade de vida da população, bem como promover a integração entre os centros e as periferias.

28. Assim, sugere-se a retirada da classificação de IGP para obra, uma vez que a Prefeitura publicou o 1º Termo Aditivo. Por restar desconstituída a potencialidade do referido contrato ocasionar prejuízos ao erário, será proposta a reclassificação dos achados para indícios de irregularidade grave que não prejudiquem a continuidade (IGC), nos termos do art. 2º, inciso VI, da Resolução - TCU 280/2016, com a devida informação ao Congresso Nacional (BRASIL, 2103a, grifo nosso).

O Conselheiro Relator do caso, Aroldo Cedraz, incorporou, em suas razões de decidir, as manifestações e sugestões da unidade técnica, sendo o caso julgado em 05/05/2021, mediante a lavratura do Acórdão n.º 1049/2021 – Plenário. Destaque-se que, no caso transcrito, ficou evidente a preocupação do órgão com as consequências práticas dos atos examinados e com a análise das possíveis alternativas, em consonância com o disposto no art. 20 da LINDB.

No primeiro momento da fiscalização, a unidade técnica, ao perceber as condutas restritivas adotadas no certame e o sobrepreço na pactuação do contrato, que ocasionaria um dano ao erário na significativa quantia de R\$ 3.338.216,51, sugeriu a paralisação da obra (BRASIL, 2013a). Em regra, a nulidade na licitação gera a nulidade do contrato. No entanto, considerando a importância da obra para a infraestrutura local, com impactos econômicos e sociais, a unidade técnica recomendou uma medida alternativa à anulação do contrato, qual seja: a repactuação do contrato para que fosse evitado o prejuízo aos cofres do município.

É possível perceber que o órgão técnico, de acordo com as ideias de Ronald Coase, analisou a reciprocidade do prejuízo. Atentou-se que haveria custos com a paralisação da obra e haveria danos com a sua manutenção. Além disso, como delineado pelo referido economista, a unidade técnica ponderou sobre as consequências econômicas da decisão e sobre os custos das possíveis soluções.

A medida alternativa de proposta de repactuação do contrato não seguiu a literalidade do mandamento disposto no art. 49, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, que determina a anulação do contrato. Contudo, a solução adotada tornou possível a manutenção da execução da obra e eliminou o possível dano ao erário. Além disso, afastaram-se os prejuízos decorrentes da paralisação do empreendimento e os custos de uma nova licitação.

Como enunciado por Douglas North (2018), as instituições compostas por essas regras que disciplinam as relações na sociedade, embora sejam responsáveis pela redução de incertezas e pela promoção da estabilidade, nem sempre estão aptas a produzirem resultados eficientes, em razão das peculiaridades dos casos concretos.

Dessa maneira, o autor revela que as instituições interferem no desempenho da economia (NORTH, 2018). Por isso, North (2018) sustenta que o quadro institucional deve ser flexível e adaptável a novas oportunidades, quando necessário para o desenvolvimento econômico. Logo, na situação ora tratada, a regra

aplicável ao caso foi flexibilizada para possibilitar uma solução alternativa que produziria o resultado mais eficiente para a sociedade, visto que os benefícios foram maximizados e os custos reduzidos.

Diante dos julgados analisados, depreende-se que o instrumental teórico da Análise Econômica do Direito não se encontra explícito na fundamentação das decisões. Porém, nota-se uma clara conexão entre os argumentos que foram utilizados para aplicar os preceitos da Lei n.º 13.655/2018 e os conhecimentos dessa nova ciência. Acredita-se que a utilização da metodologia proposta pela Análise Econômica do Direito pode conferir maior racionalidade, coerência e efetividade aos novos parâmetros decisórios firmados pela Lei n.º 13.655/2018, na interpretação e aplicação das normas de Direito Público.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar os parâmetros decisórios instituídos pela Lei n.º 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n.º 4.657/42). O propósito foi verificar se esses novos normativos são passíveis de aplicabilidade prática, especialmente para o alcance dos fins propostos pela legislação quanto a garantir maior eficiência e segurança jurídica às decisões públicas.

Partindo-se de uma breve exposição sobre o que foi estudado, destacou-se as bases e os principais obstáculos para o emprego do pragmatismo jurídico, sua adoção em alguns julgados do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Supremo Tribunal Federal (STF) e, posteriormente, a sua influência nos dispositivos da Lei n.º 13.655/2018. Em seguida, apontou-se as dificuldades para a aplicação dos novos mandamentos legais criados pela Lei n.º 13.655/2018 e inseridos na LINDB.

Por último, apreciou-se as premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito, assim como as contribuições das teorias desenvolvidas por Ronald Coase, Douglas North, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein nesse campo da ciência. Examinou-se, ainda, alguns julgados de tribunais de justiça e tribunais de contas que aplicaram as novas disposições da LINDB.

Como hipótese desse trabalho, apurou-se a capacidade da Análise Econômica do Direito em fornecer ferramentas que auxiliem na aplicação dos parâmetros decisórios inseridos na LINDB, assim como no cumprimento dos seus desígnios. Após as investigações realizadas, pôde-se alcançar as seguintes constatações.

O modo de interpretar e aplicar o Direito está diretamente relacionado com a corrente filosófica adotada. Pela perspectiva do jusnaturalismo, a legislação justa e válida é somente aquela que está em consonância com o Direito natural. Conforme o positivismo, o Direito é apenas aquele que está posto, de modo que elementos inteligíveis, como a moral e a justiça, não condicionam a validade e a aplicação do Direito. Sobre o prisma do pós-positivismo, entende-se como necessária a abertura do Direito para os princípios e valores.

Após a normatividade dos princípios e de seus valores, alargando-se a margem de interpretação e aplicação do Direito, o pragmatismo jurídico mostrou-se como importante teoria para nortear as autoridades na formação das decisões

públicas. Como exposto, o pragmatismo jurídico, especialmente na visão apresentada de Richard Posner, condiciona a apreciação das consequências a todos os casos de Direito, a fim de afastar a abstração das decisões, aproximando as normas da realidade fática e promovendo a eficiência do ordenamento jurídico.

Percebe-se que a teoria pragmática é fragilizada pela ausência de critérios que direcionem os julgadores na previsão e valoração das consequências, bem como pela ausência de parâmetros para que eles possam decidir se devem seguir o material convencional disponível ou se devem afastá-los excepcionalmente para o alcance das melhores consequências.

A Lei n.º 13.655/2018, ao impor a consideração das consequências práticas nas decisões, das alternativas decisórias, dos obstáculos e dificuldades enfrentados pelos gestores públicos, sem o estabelecimento de critérios para a sua aplicabilidade, evidencia a inclusão de fatores pragmáticos sob os seus novos parâmetros decisórios.

O êxito das novas disposições da LINDB depende de parâmetros que auxiliem na antecipação das consequências, bem como de critérios de valoração que orientem os julgadores a escolher os efeitos práticos que serão privilegiados no caso concreto sob análise.

O critério de Kaldor-Hicks, abordado neste trabalho, ao possuir maior compatibilidade com a situação de escassez dos recursos, comporta-se como um importante medidor de eficiência para avaliação das soluções nos casos concretos que envolvem interpretação e aplicação do Direito Público.

Nesse contexto, as contribuições de Ronald Coase sobre a reciprocidade do prejuízo e sobre a necessidade de avaliação dos custos das alternativas decisórias são necessárias diretrizes a serem observadas pelas autoridades públicas na consideração das consequências práticas das decisões.

Os custos de transação, explicitados por Coase, podem representar reais obstáculos ou dificuldades na condução das atividades econômicas e, por isso, compete aos órgãos julgadores examinar a interferência desses custos externos na formação das decisões dos gestores públicos.

A partir da pesquisa de Douglas North acerca das instituições, nota-se a importância de ponderar acerca da flexibilização dos regramentos vigentes, quando tal medida for necessária para o alcance da eficiência das decisões.

Após os ensinamentos de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, observa-se que os julgamentos sobre direitos devem estar acompanhados da análise dos

custos de sua aplicação, como medida necessária para o uso responsável e eficiente do limitado orçamento público. Além disso, por razões democráticas, as escolhas sobre as alocações desses recursos devem estar devidamente motivadas nas decisões, para que os cidadãos e os órgãos de controle possam fiscalizar a aplicação desses recursos.

Feita a pesquisa jurisprudencial, verifica-se que há poucos julgados de tribunais de justiça e tribunais de contas que invocaram os novos parâmetros decisórios estabelecidos pela Lei n.º 13.655/2018.

Os julgados analisados demonstram que há uma conexão, ainda que implícita, entre os argumentos utilizados para aplicar os preceitos da Lei n.º 13.655/2018 e as bases da Análise Econômica do Direito. No entanto, tais decisões ainda apresentam argumentos superficiais, exigindo maior aprofundamento e amparo em dados empíricos.

A aplicação das teorias econômicas da Análise Econômica do Direito pode proporcionar maior tecnicidade, coerência e efetividade aos novos parâmetros decisórios firmados pela Lei n.º 13.655/2018. Isso porque o instrumental da Análise Econômica do Direito auxilia na análise e ponderação das consequências práticas, e dos obstáculos e dificuldades enfrentados pelos gestores públicos, nos moldes determinados pela Lei n.º 13.655/2018.

A metodologia da Análise Econômica do Direito, por ser passível de comprovação empírica, é flexível, podendo evoluir à medida que novos fenômenos e conhecimentos são falsificados por modelos anteriores. A aplicação desse método torna a discussão sobre o direito mais frutífera, pois está voltada ao exame do contexto fático e das consequências das ações, deixando de lado o debate baseado em meras suposições ou condições abstratas.

A Análise Econômica do Direito, portanto, não é um método isolado que garante respostas definitivas para os problemas de interpretação e aplicação do Direito. Denota-se, assim, ser uma promissora ferramenta para a compreensão das normas e de suas consequências.

Para que a Análise Econômica do Direito possa contribuir para a aplicabilidade dos novos dispositivos da LINDB e para o cumprimento de suas finalidades, há um outro desafio a ser enfrentado. É imprescindível a mudança de orientação na formação dos juristas, desde as disciplinas das faculdades até a preparação dos juízes e demais autoridades responsáveis pela emissão das decisões

públicas, para que adquiram o conhecimento necessário na aplicação da metodologia juseconômica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Uma visão pós-positivista sobre o direito e as consequências das decisões judiciais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 17, n. 25, p. 65-83, jan./jun. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista: Direito, Estado e Sociedade**, v.9, n.29, jul/dez 2006, p. 49-68. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf. Acesso em: 03 mar. 2021.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 113-144, set./dez. 2019.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, cap.6.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e implicações. *In*: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: Entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 15 abr. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AUSTAN, Goolsbee; LEVITT, Stevan; SYVERSON, Chad. tradução Teresa Cristina Padilha de Souza. **Microeconomia**. 2ª edição. São Paulo : Atlas, 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil (2015). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 9.830, de 10 de Junho de 2019.** (2019a). Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998.** Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1946/DF. Direito constitucional, previdenciário e processual civil. licença-gestante. salário. limitação. ação direta de inconstitucionalidade do art. 14 da emenda constitucional n.º 20, de 15.12.1998, e do art. 6º da portaria n.º 4.883, de 16.12.1998, baixada a 16.12.1998, pelo ministro de estado da previdência e assistência social. alegação de violação ao disposto nos artigos 3º, iv, 5º, i, 7º, xviii, e 60, § 4º, iv, da constituição federal. medida cautelar. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Requerido: Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social. Relator: Sydney Sanches, 03 de abril de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266805>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2.240-7/BAHIA. Lei n. 7.619/00, do estado da bahia, que criou o município de luís eduardo magalhães. inconstitucionalidade de lei estadual posterior à ec 15/96. ausência de lei complementar federal prevista no texto constitucional. afronta ao disposto no artigo 18, § 4º, da constituição do brasil. omissão do poder legislativo. existência de fato. situação consolidada. princípio da segurança da jurídica. situação de exceção, estado de exceção. a exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Requerido: Governador do Estado da Bahia. Relator: Eros Grau, 09 de maio de 2007. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 3.649/RJ. A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Luiz Fux, 28 de maio de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=272724357&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). RE 566.471 Rio Grande do Norte. Constitucional. ação de obrigação de fazer. tutela antecipada. preliminar de nulidade da sentença. litisconsórcio passivo necessário. transferência para o mérito. fornecimento de medicamento de alto custo. recusa do estado em fornecê-lo. impossibilidade. afronta a direitos assegurados pela constituição federal. obrigação do estado apelante em promover o fornecimento de medicamento imprescindível ao tratamento de saúde da apelada. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Marco Aurélio, 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão TCU 2789/2013. Representação. Pregão presencial nº 11-srp-codevasf. Inexistência das irregularidades suscitadas pelo representante. Ausência de justificativa para a realização do pregão na forma presencial. Violação do disposto no art. 4º, § 1º, do decreto nº 5.450/2005. Aplicação do princípio pas de nullité sans grief. Nulidade parcial da licitação. Autorização para a continuidade do contrato em caráter excepcional por motivo de interesse público. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data: 16 out. 2013b. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2013_40.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). TC 011.517/2010-7. Relatório de auditoria. fiscobras 2010. restauração de trechos da br-364/mt. constatação da execução de serviços em desconformidade com os contratos. realização de audiências e oitivas. superfaturamento. determinação de constituição de tomadas de contas especiais para apuração dos débitos. aplicação de multa. determinações ao dnit. Relator: Aroldo Cedraz, 31 de julho de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1962%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=06fa2750-4fbe-11eb-801b-fbc1bea5b714. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). AP 015.294/2011-0. aposentadoria. paga-mento destacado de percentual decorrente de plano econômico (urp-26,05%). oitiva. ausência de manifestação. longo tempo decorrido desde a vigência do ato e o registro. idade avançada do interessado. imposição de ônus processual de responsabilidade da administração à parte. legalidade excepcional. Relator: Vital do Rêgo, 10 de maio de 2016. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1529420110.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=96c1dcc0-4fbe-11eb-91b0-5f0d17f12254>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). REPR 010.656/2013-8. Representação. pregão presencial n.º 11-srp-codevasf. inexistência das irregularidades suscitadas pelo representante. ausência de justificativa para a realização do pregão na forma presencial. violação do disposto no art. 4º, § 1º, do decreto n.º 5.450/2005. aplicação do princípio pas de nullité sans grief. nulidade parcial da licitação. autorização para a continuidade do contrato em caráter excepcional por motivo de interesse público. Relator: BENJAMIN ZYMLER, 16 de outubro de 2013. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2789%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=96c1dcc0-4fbe-11eb-91b0-5f0d17f12254. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). RA 022.713/2020-4. Relatório de Auditoria. Obras de Recapeamento Asfáltico, Drenagem, Pavimentação Asfáltica, Meio Fio e Sarjeta EM Porto Velho/RO. Achados de Auditoria. Restrição à competitividade. Sobrepreço. Irregularidades graves com recomendação de paralisação. oitivas. apresentação de justificativas e de providências pelo jurisdicionado. repactuação do contrato. glosa e retenção de valores. reclassificação dos indícios de irregularidades graves para recomendação de continuidade (IGP para IGC). Relator: Aroldo Cedraz, 05 de maio de 2021. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1049%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas do Espírito Santo (Primeira Câmara). Processo n.º 01749/2014-3. Contratação de servidores temporários sem demonstração da real necessidade temporária de excepcional interesse público. Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, 09 de outubro de 2019c. Disponível em:

<https://servicos.tcees.tc.br/Publica/VisualizadorDocumento/LerPdf?idDocumento=2475619&key=e455b3629f5346a1ebc857976773bc97f70d37de2c5512a877b8a0f6fc62f80d1fdcaad4aeb08743e7dd85ad0c75d5e7f8cc1e69af46e01b74ad9aeaf549c5f0>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Primeira Câmara). AI 0506933-65.2018.8.13.0000. Administrativo. Ação Civil Pública. Tutela de Urgência. Determinação de realização de cronograma e realização de todas as cirurgias de otorrinolaringologia dos pacientes da lista de espera do SUS. Art. 20 da LINDB. Princípio da Separação dos Poderes. Necessidade de instrução probatória a fim de constatar a viabilidade da medida e a existência ou não de recursos para o seu cumprimento. Impossibilidade de deferimento em sede de tutela de urgência. Provimento do recurso. Relator: Alberto Vilas Boas, 16 de abril de 2019b. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jses>

sionid=98B129226B7A61C5CC2EC16813017290.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0506933-65.2018.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. 2ª Vara Cível e da Infância e da Juventude da Comarca de Igarapé. Processo n.º. 5000308-88.2017.8.13.0301. Ação Civil Pública. Tutela de Urgência. Determinação de realização de cronograma e realização de todas as cirurgias de otorrinolaringologia dos pacientes da lista de espera do SUS. Direito à saúde. Deferimento. Juíza: Tatiane Turlalia Mota Franco Saliba, 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=ca66d02b2cf1a82e5f2da2c9c4dc466c2e81333bcd2ca050e46055d3ed6687879a06b8d68be51bc070076d21a8dfafd745d27f38583e4c04&idProcessoDoc=42038960>. Acesso em: 20 maio 2021.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

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

CALABRESI, Guido. **The future of law and economics: essays in reform and recollection**. Imprensa: New Haven, Yale University Press, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Introdução à análise econômica do direito. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 15, n. 01, p. 11-33, jan./abr. 2018.

COASE, Ronald H. O problema do Custo Social. Tradução de Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Journal of Law and Economics**, out., 1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Publicado no DJ, páginas 1 e 2, do dia 18 de setembro de 2008. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman. 2010.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges C. Argumento Consequencialista no Direito. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015. ISSN 2237-2261. Disponível em: <https://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/2061>. Acesso em: 10 jun. 2020.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

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.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de pareto. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDEZ, Leandro. Metodologia da Pesquisa e a Análise Econômica do Direito: Fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica. **Revista Direito UNIFACS**, n. 156, p.1-34, jun. 2013. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2659>. Acesso em: 02 de dez. 2020.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo, consequencialismo e compliance. Gestão de riscos, proteção de dados e soluções para o controle judicial na era da IA**. 4.ed.rev, atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Discrecionalidade e verdade na filosofia do direito e no constitucionalismo moderno. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 9, n. 31, p. 915-938, jan./abr. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**.17. ed. atualizada por Fabrício Motta.São Paulo: Saraiva, 2012.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v.1, n. 1, jan./jun. 2010.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 20 jan. 2021

GOLDBERG, Daniel. O controle das políticas públicas pelo judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito. In: SALGADO, Lucia Helena; DA MOTTA, Ronaldo Seroa. **Regulação e concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 41-58, out./dez. 2019.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

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

JOBIM, Nelson. **Judiciário favorece aumento de juros**. Valor Econômico [site], São Paulo, 13 dez. 2004. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf. Acesso em: 01 jun. 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 02 dez. 2019.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A.. Prospect theory: an analysis of decisions under risk, **Econometrica**, v. 47, n. 2, mar., p. 263-292, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LOPES FILHO, Juraci Mourão; LOBO, Júlio Cesar Matias; CIDRÃO, Taís Vasconcelos. O positivismo jurídico foi superado no neoconstitucionalismo?, **Revista**

de Estudos Constitucionais, *Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 10(3):348-361, setembro-dezembro 2018.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei n.º 13.655/18) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 3, set./dez. 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARISTRELLO, PORTO, A. **Curso de Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n.º 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Imprensa: Belo Horizonte, Fórum, 2018.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NORTH, Douglass C. **Instituições, mudança institucional e desenvolvimento econômico**. Tradução de Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. 2.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e Democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro, Forense. 2010.

ROCHA, Márcio Oliveira; MEDEIROS, Gláucio Guimarães. A nova lei de introdução às normas do direito brasileiro: uma crítica racional sobre a densificação dos valores de uma decisão. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife** - ISSN: 2448-2307, v.92, n.2, p.136-155 Dez. 2020.

ROUSSEAU, Ejan; MACKAAY, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2.ed. Tradução: Rachel Sztajn. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, n. 22. São Paulo: Brasil, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 mar. 2021.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *In*: NOVELINO, M. (org.). **Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador, Juspodivm, 2009, p. 31-68.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, maio 2008. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>. Acesso em: 02/08/2020.

SEN, Amartya. **Ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. Novos paradigmas para as decisões de gestão e controle públicos à luz da Lei n.º 13.655/2018. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 117, p. 195-216, set./out. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei n.º 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico, póspositivismo e pragmatismo**. 2. ed. rev., mod. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VASCONCELLOS, Marco Antônio S. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos: um novo paradigma. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 195-219, out./dez. 2019.