

Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb



A Lei 13.655/2018 (Lei de Segurança para Inovação Pública) alterou

significativamente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Pode-se dizer que com advento de referida legislação houve parcial setorização normativa a favor de premissas contidas no Direito Administrativo, preterindo-se lei geral de natureza sistêmica[1]. Entre os cânones da recente modificação depara-se com o dispositivo contido no art. 20: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

O preceito veda a utilização de "valores jurídicos abstratos" pelas instâncias administrativa, controladora ou judicial como razões de decidir, sem que haja juízo prévio das consequências. Contrariamente, a legislação processual (CPC, artigo 1º) orienta que a interpretação daquela codificação seja guiada à luz dos valores e das normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

Pois bem. A questão afeta aos valores (critérios) é essencial guia ao intérprete e à hermenêutica, muito embora não seja um "devido" (dever-ser)[2]. Os direitos fundamentais, por exemplo, são expressões de valores, positivados com estrutura peculiar, tanto através de princípios (caráter *prima facie*)[3] como por regras (posições definitivas)[4]. Entretanto, mesmo que os princípios detenham maior densidade axiológica e de importância (peso)[5] não devem e nem podem ser separados das regras, isto porque ambos são expressões normativas (deontológicas) que formam o sistema jurídico[6].

Oportuno ressaltar que com a alteração havida, a Lindb registra conflito interno intenso, já que o artigo 4º estabelece a possibilidade de utilização dos "*princípios gerais do direito*" (máximas do direito natural — *valores*) em casos de omissão legislativa (evitando-se decisão *non liquet*).



A redação do mencionado artigo 20 — que nada explicitou sobre "valores jurídicos abstratos" — deixa entrever que o objetivo da *mens legislatoris* foi vedar decisões baseadas em normas com alto grau de indeterminação onde o "voluntarismo" do agente (administrador, controlador ou juiz) substitua a segurança jurídica[7]. Contudo, é possível decidir com base em princípios jurídicos evitando-se subjetivismos, desde que se compreenda o Direito como sistema íntegro e coerente, isto é: firmando-o na reconstrução histórica; no reconhecimento das pré-compreensões próprias como prejuízos aos envolvidos; na reconstrução do Direito tendo em vista as decisões anteriores aos casos similares; na confrontação da jurisprudência com as práticas sociais[8]. Em suma, o tratamento destinado ao Direito, quer através dos princípios ou das regras, deve preservar a autonomia até então conquistada, desviando-se de predadores externos (moral, política e economia) e internos (subjetivismo e pragmatismos)[9].

Decisões embasadas em fundamentos abstratos, estando desprovidas de análise quanto às consequências práticas, estão vedadas. Mas é importante perceber que a renovação legislativa não adotou o "consequencialismo", enquanto espécie da teoria da argumentação[10]. E nem poderia, sob pena de impor aos operadores o descarte de demais possibilidades hermenêuticas. Entretanto, exigiu considerações quanto às consequências empíricas (práticas) da decisão, o que enseja comprovação por parte dos operadores da real e verossímil ocorrência.

A verificação das consequências não se trata de novidade no Direito brasileiro, até porque a jurisprudência há tempos utiliza a percepção consequential quer para modular efeitos em discussões de validade de legislação ou mesmo como forma de equilibrar os impactos das decisões[11]. Trata-se de equilibrar meios jurídicos e fins normativos[12]. A doutrina em dois grandes momentos invoca a importância da análise das consequências. Em primeiro, no controle da dedução normativa que se faz através da consistência (precedentes), da coerência (adequação hierárquica) e das consequências (sociais, jurídicas, econômicas, políticas, pessoais)[13]. Em segundo, quando propõe dentre os modelos da realizabilidade do Direito os seguintes relevos normativos-metodológicos: *i*) assimilação normativa (concretização, adaptação, correção e não assimilação); *ii*) intencionalidade-teleológica (determinações jurisprudenciais e dogmáticas e especificações teleológicas: *ratio legis*); *iii*) fundamentos validade (interpretação conforme os princípios: *ratio juris*); *iv*) e resultado da decisão (consideração de efeitos)[14].

Entretanto, parâmetros consequenciais também sofrem objeção, isto porque colocam em risco a diferenciação intencional e a autonomia dogmática do sistema jurídico, além de que podem revelar opção autônoma dos operadores possivelmente contra os efeitos jurídicos democraticamente imputados pelo Direito[15]. Daí dizer que o cerne da Lei da Segurança para Inovação Pública revela dois câmbios: mitiga valores a favor dos fins e debruça-se sobre os efeitos em detrimento dos fundamentos[16].

Pode decorrer ainda do citado dispositivo que o uso desenfreado de gestões baseadas apenas em argumentos de consequência prume-se apenas em pautas econômicas, como ocorre na "análise econômica do Direito"[17]. O que se percebe nestas situações é a troca de bitola em que o "critério justiça" ou "*standard* boa-fé" são permutados pelo "fator eficiência" ou "elemento custo"[18].



Em casos tais, o razoável (jurídico) será deslocado a favor da racionalidade instrumental (econômico). Obviamente, que os direitos humanos de segunda, terceira e quarta gerações, caracterizados que são por critérios de justiça restariam mitigados frente a esta lógica, o que configura retrocesso[19]. Portanto, mesmo que argumentos com aportes econômicos devam ser levados em consideração não podem sobrepor às conquistas jurídicas. Há que se buscar harmonia e coordenação (abolindo messianismos e economicismos)[20]. Essa situação, em parte já debatida no Brasil através da ADPF 45, deu prevalência ao mínimo existencial frente à reserva do possível (essa última figura, aliás, que na realidade cria modalidade criticável: "direitos a prazo")[21].

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*

[1] <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/fernando-martins-lindb-desvios-normativos-teoria-direito>

[2] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

[3] DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

[4] SIECKMANN, Jan-R. *La teoría principalista de los derechos fundamentales: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 49.

[5] Dworkin, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

[6] Dworkin, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Editora, 2007.

[7] SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica as decisões públicas e de seu controle*. In: *Contratações públicas e seu controle*. Carlos Ari Sundfeld (Org.) São Paulo: Malheiros, 2013, p. 277-285.

[8] STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica diante da relação 'regra-princípio' e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma*. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. v. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 241-266.

[9] STRECK, Lenio Jui. *Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia)*. In: *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2009, p. 72.

[10] Ver por todos: MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, 1978.

[11] STF, Tribunal Pleno, RE 134509, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 29/05/2002, DJ 13/09/2002.

[12] PARGENDLER, Mariana e SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Consequência no Brasil : em busca de um discurso sobre o método*. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, v. 262, Rio de Janeiro, jan-abr, 2013. p. 127.

[13] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160-163.

[14]



NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 155-205.

[15] NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 200. Com apoio em Luhmann e Koch/Rüssmann.

[16] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 213.

[17] POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Trad. Eduardo L. Suárez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 29.

[18] RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. In: *O Direito 143.º*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 43-66.

[19] QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

[20] LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160-163.

[21] SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 87.

Date Created

11/02/2019