

# LINDB E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: DA EFETIVA MOTIVAÇÃO DOS ATOS PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO PARA A SUPERAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS ABSTRATOS

Filipe Lobo Gomes<sup>1</sup>

Thyago Bezerra Sampaio<sup>2</sup>

Lean Antônio Ferreira de Araújo<sup>3</sup>

Resumo: Este trabalho propõe-se a analisar a recente alteração promovida na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) e sua repercussão no cotidiano decisório do administrador público sob a ótica da teoria da argumentação, sobretudo tendo como base o consequencialismo e a teoria argumentativa de Robert Alexy, para a superação de conceitos baseados em valores jurídicos abstratos. Para tal, utilizou-se o método qualitativo de investigação científica que foca no caráter subjetivo do objeto analisado. Pretende-se trazer à reflexão não apenas a importância da tarefa argumentativa do gestor público no exercício de seu mister decisório, mas, especialmente, a aplicabilidade e dificuldades da argumentação jurídica na seara da administração pública. Partiu-se das inovações legislativas da LINDB a fim de

---

1 Doutor em Estado, regulação e tributação indutora pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas e do CESMAC. Diretor Geral do Tribunal Regional Eleitoral em Alagoas.

2 Mestrando em Direito Público da Universidade Federal de Alagoas. Auditor Geral da unidade de auditoria interna da Universidade Federal de Alagoas. Advogado. Professor da Faculdade Raimundo Marinho.

3Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas, Professor de Direito do Centro Universitário CESMAC.

que fosse realizado cotejo de seus comandos normativos com as espécies de teorias argumentativas para delinear o valor do argumento nas decisões tomadas pelo gestor da coisa pública.

Palavras-Chave: LINDB. Administrador público. Valores jurídicos abstratos. Teoria da argumentação. Consequencialismo.

## LINDB AND LEGAL ARGUMENTATION: THE EFFECTIVE MOTIVATION OF THE ACTS BY THE PUBLIC ADMINISTRATOR TO OVERCOME THE ABSTRACT LEGAL CONCEPTS

Abstract: This paper proposes to analyze the recent alteration promoted in the Law of Introduction to the norms of Brazilian Law (LINDB) and its repercussion in the decision-making of the public administrator from the point of view of argumentation theory, especially based on consequentialism and argumentative theory by Robert Alexy for overcoming concepts based on abstract legal values. For that, we used the qualitative method of scientific investigation that focuses on the subjective character of the object analyzed. It is intended to bring to reflection not only the importance of the argumentative task of the public manager in the exercise of his decision-making, but especially the applicability and difficulties of legal argumentation in the field of public administration. It started from the legislative innovations of the LINDB in order to collate its normative commands with the kinds of argumentative theories to delineate the value of the argument in the decisions made by the manager of public affairs.

Keywords: LINDB. Public administrator. Abstract legal values. Argumentation theory. Consequentialism.

## INTRODUÇÃO



lei n° 13.655, de 25 de abril de 2018, denominada de Lei de Segurança para Inovação Pública, trouxe significativas inovações à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). A LINDB (Decreto-lei n° 4.657/1942) sempre foi conhecida por trazer em sua redação original aqueles princípios ditos estruturantes da interpretação jurídica, prevendo, já à época da edição do Decreto-lei, a regulação de solução de casos de conflitos entre normas internas e conflitos com normas jurídicas de outras nações, além de aspectos gerais relativos à aplicabilidade das normas jurídicas consideradas no ordenamento jurídico como um todo. Suscintamente, a finalidade de LINDB sempre foi orientar a operação e apontar como direção para a justa aplicação das normas jurídicas no direito brasileiro.

As alterações promovidas pela lei n° 13.655/2018 apresentaram novas implicações e consequências à atividade jurídico-administrativa do estado brasileiro. Dentre as normas inovadoras trazidas com a recente modificação destaca-se aquela insculpida no artigo 20 da LINDB que preconiza 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”.

O legislador ordinário trouxe ao ordenamento jurídico dispositivo normativo para proibir que sejam utilizados fundamentos em valores jurídicos abstratos nas decisões proferidas em sede administrativa, controladora ou mesmo judicial, sem que se tenha realizado juízo antecipado de eventuais consequências daquela decisão proferida.

Os valores são critérios essenciais ao intérprete, e revelam-se guias para o melhor exercício da hermenêutica<sup>3</sup>. Neste ponto, a LINDB, em sua redação atual, apresenta, de início, certo

---

3 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 153.

conflito no sistema jurídico brasileiro, haja vista que a legislação processual, insculpida no Código de Processo Civil, mais precisamente em seu artigo 1<sup>o</sup><sup>4</sup>, orienta que a interpretação daquela codificação seja guiada à luz dos valores e das normas fundamentais estabelecidas na Constituição República Federativa do Brasil. Ainda, aparente conflito interno apresenta a própria LINDB quando seu artigo 4<sup>o</sup><sup>5</sup> registra a possibilidade de se utilizar princípios gerais do direito naqueles casos em que ocorra omissão do legislador.

A regulamentação da necessidade de superação de valores jurídicos abstratos nas decisões em diversas esferas de apreciação adveio com a redação do artigo 20. Mesmo não explicitando acerca de tais conceitos abstratos, o citado artigo da LINDB tem a inequívoca pretensão de superar qualquer grau de voluntarismo do agente, especialmente na esfera administrativa, controladora e judicial, para garantir segurança jurídica<sup>6</sup>. É em nível da administração pública que o referido dispositivo da lei representa uma proposição de proteção ao gestor da *res* pública, pois os níveis de indeterminações nas diversas normas impõem ao administrador, não raras vezes, o trânsito em solo movediço da incerteza quanto ao acerto da decisão administrativa proferida.

Este estudo propõe uma análise acerca da aplicabilidade e dificuldade trazidas pela redação da norma do artigo 20 da nova Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A relevância do trabalho repousa na importância da adoção da teoria da argumentação pelo administrador público para superar

---

4 Artigo 1<sup>o</sup> O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

5 Artigo 4<sup>o</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

6 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, pp. 277-285.

aquelas normas baseadas em conceitos jurídicos abstratos e assim decidir com base nas consequências fáticas e reais da decisão. O recorte do tema analisado está centrado no exercício de argumentação pelo gestor público no ato de decidir, para fins de justificação com base em fundamentos práticos e sem descuidar-se das consequências (possíveis) de sua decisão, como forma de evidenciar que a alteração da LINDB deixou clara a preocupação acerca do funcionamento da administração pública, e a atuação do gestor público, diante do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário e da atuação do diversos órgãos de controle do Estado.

Pretende-se demonstrar que o raciocínio jurídico das decisões administrativas não deve submeter-se a um completo subjetivismo e nem abandonar os institutos democráticos. E mais, que deve, esse raciocínio, estar baseado em uma teoria argumentativa que, se não alcançar a decisão correta, tanto aproxime-se daquela que demonstre ser a mais íntima da correção quanto afaste as que se revelem serem menos corretas, para os fins de efetivar a máxima advinda com a nova LINDB de que é necessário conectar não apenas o direito e a sociedade, mas, principalmente, a realidade fática à legislação ora positivada.

Tal intento pleiteia evidenciar que as normas inovadoras da LINDB tem o objetivo de prover elementos para que o administrador público, no exercício de sua atribuição decisória, supere os obstáculos que se revelam em normas com valores jurídicos abstratos e que provocam insegurança diante de situações de decidir sobre o caráter de (in)validade de atos administrativos. A LINDB, em sua atual redação, trouxe ao administrador público critério de balizamento para que se possa analisar a decisão administrativa por ele tomada. Cabe, no entanto, ao gestor público o estreito e correto uso da argumentação jurídica para melhor fundamentar sua decisão, considerando a realidade prática e buscando sempre o interesse público.

A pesquisa está estruturada em três capítulos que

apresentam objetivos específicos. No primeiro deles, será apresentada uma introdução sobre as alterações promovidas na LINDB e a relação entre a necessidade de superação, pelo administrador público, dos conceitos jurídicos abstratos no ato de decidir, realizando cotejo desse mister com o consequencialismo da decisão. No segundo capítulo, será demonstrada a importância da teoria da argumentação jurídica para fins de contribuição ao gestor público na busca da decisão mais justa e segura, de modo a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes públicos, por meio de decisões baseadas em evidências empíricas, discorrendo sobre quais seriam os métodos para o atingimento do que se propõe. Por fim, no terceiro capítulo trataremos da aplicação da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, e suas dificuldades, ao exercício decisório do administrador público.

## 1. A RECENTE ALTERAÇÃO DA LINDB: A BUSCA PELA SUPERAÇÃO DOS VALORES JURÍDICOS ABSTRATOS E O CONSEQUENCIALISMO DAS DECISÕES

A recente atualização promovida na LINDB proporcionada pela Lei de Segurança para a Inovação Pública (lei nº 13.655/2018) trouxe a proibição de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências da decisão na realidade prática. Note-se que as normas contidas na LINDB possuem alcance para todas as dogmáticas, para todos os ramos das ciências jurídicas, e propõe-se a conduzir o operador do direito no exercício da interpretação, buscando evitar compreensões distorcidas, e, para tal, fixando conceitos gerais de vigência, revogação, vacância, dispondo ainda sobre questões relativas a aplicabilidade da lei no tempo e no espaço, sendo, pois, considerada metanorma.

A inexistência de uma sistematização do direito administrativo no Brasil é contraproducente para a coerência e unidade

das decisões, tanto judiciais quanto administrativas. Atento a tal fato, o legislador ordinário promoveu alterações na LINDB para proporcionar ao administrador público, senão um substrato codificado de normas, mas uma ferramenta contendo dispositivos normativos para buscar articular a integridade desse ramo do direito.

Não obstante a ausência de codificação do direito administrativo, o administrador público tem de, diariamente em seu mister de decidir, superar obstáculos e desafios interpretativos diante de normas com valores abstratos juridicamente, ficando sujeito, até então, à análise de outras instâncias que podem lançar suas conclusões mediante a construção de concepções e fins muitas vezes não perseguidos por aquela mesma norma, não apenas de modo a declarar a invalidade da decisão mas também, e mais preocupante do ponto de vista individual, pondo em risco o gestor diante da possibilidade de sua responsabilização pessoal pelo que decidiu.

A questão a saber é: o que seriam valores jurídicos abstratos? A própria denominação do termo é tão abstrata quanto os valores que ele mesmo pretende combater. É necessário compreender que o direito possui em sua composição inúmeras normas jurídicas que trazem em si valores jurídicos abstratos cujo conteúdo e definição estão sempre em permanente disputa por aqueles grupos sociais dominantes. O direito é composto por valores, e tais apresentam-se em dimensões, dentre outras, abstratas e genéricas.

O que, de certo, a LINDB pretende combater é a invocação a valores abstratos que configurem como expediente retórico, que se destine a obter aprovação para a decisão pessoal da autoridade decisória. É pertinente, no entanto, afirmar que o artigo 20 da lei não impede que a decisão seja fundada em valores jurídicos abstratos, mas exige daquele que decide que seja exercitado um processo de concretização em vista de circunstâncias verificadas no mundo fático.

Com a inclusão da norma do artigo 20 na LINDB, aquelas decisões administrativas, ou mesmo proferidas por instâncias controladoras e judiciais, que estejam embasadas em conceitos e fundamentos abstratos passam a ser proibidas se estiverem desprovidas de uma análise de suas consequências práticas. Destaque-se que o referido comando legal não adotou, *in continenti*, o consequencialismo enquanto espécie da teoria da argumentação<sup>7</sup>. Esta tese, da não adoção do consequencialismo restrito, decorre da compreensão de que, se assim fosse, estar-se-ia a impor aos operadores do direito a proibição de adoção de outras teorias argumentativas.

É verdade que, dentre todas as possibilidades hermenêuticas de argumentação, o legislador preferiu expressar no texto da norma a necessidade de considerações quanto às consequências práticas da decisão a ser adotada. Tal previsão, por consequência, exige do autor da decisão que realize a comprovação da ocorrência de eventuais consequências, balizando a realidade e verossimilhança às circunstâncias fáticas que o circundam.

Não foi com a alteração recente da LINDB que o direito nacional promoveu a primeira oportunidade de verificação das consequências para fins de legitimidade da decisão. A jurisprudência nacional já há tempos que argumenta quanto a concepção consequencial em suas decisões, seja em hipóteses de modulação de efeitos do quanto fora decidido, seja nos casos em que pretende propor o equilíbrio das relações jurídicas envolvidas. A doutrina nacional já se debruça sobre o tema antes mesmo da nova redação da LINDB, defendendo, grande parte dela, a importância de analisar-se as consequências no mundo dos fatos para melhor proferir uma decisão. Entretanto, o consequencialismo também encontra rejeição, sob o argumento de que põe em risco a diferença intencional e a autonomia dogmática, além de proporcionar ao operador opção que se revele contrária aos

---

7 MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, 1978.



efeitos jurídicos consagrados pelo Direito<sup>8</sup>. São pelos motivos de objeção ao consequencialismo que há aqueles que advogam que a inovação à LINDB mitigou os valores a favor dos fins e inclinou-se sobre os efeitos em detrimento dos fundamentos<sup>9</sup>.

Como previsto no texto da LINDB, o consequencialismo revela-se tanto no aspecto do controle da dedução normativa por meio dos precedentes judiciais quanto acerca da análise das consequências de decisão no meio político, econômico, social, jurídico<sup>10</sup>. É necessário frisar que, mesmo afeto ao campo da teoria do direito, o consequencialismo consagrado na LINDB por meio da Lei de Segurança para Inovação Pública considerou as premissas ínsitas do direito administrativo, além daquelas afetas às disciplinas da gestão pública.

A proibição de decisão com base em valores jurídicos abstratos sem a análise das consequências práticas tende a ter reflexos positivos tanto nas decisões permeadas de atecnia (nada técnicas), que se fundamentam em valores abstratos para não precisarem considerar o ordenamento jurídico vigente, quanto no controle do processo político em curso que toma o Judiciário e o Executivo e o fazem de instrumento legitimador de perseguições políticas<sup>11</sup>.

A necessidade de análise das consequências da decisão, diante de normas com conceitos jurídicos abstratos, teve como intento do legislador ordinário o combate à pirotecnia contida

---

8 NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 200.

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

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

11 PERUZZO, Pedro Pulzatto. Sobre “valores jurídicos abstratos” e a perseguição do MP-MS à disciplina universitária sobre o golpe. Justificando, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/03/sobre-valores-juridicos-abstratos-e-a-perseguiçao-do-mp-ms-a-disciplina-universitaria-sobre-o-golpe/>. Acesso em: 30 mai. 2019.

em decisões onde o argumento, por ausência de substância que a ela (decisão) proporcione fundamento, é recorrer a trunfos normativos jurídicos, como, o mais invocado deles, a dignidade da pessoa humana. A finalidade da inovação legislativa em estudo foi combater caso de justificação de escolha de regra aplicável ao caso dentro (ou fora) da moldura da lei. Exemplo interessante é o caso da instauração de procedimento administrativo deflagrado pelo Ministério Público do Mato Grosso do Sul para realização de apuração se um curso ofertado pela universidade estadual daquele mesmo estado, e intitulado “Golpe de Estado de 2016: conjunturas sociais, políticas, jurídicas e o futuro da democracia no Brasil”, representaria violação ao princípio do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas. Salvo melhor juízo, com o atual texto normativo previsto na LINDB o procedimento instaurado pelo *parquet* estadual esbarraria na simples referência (sem análise das consequências) genérica ao princípio da pluralidade de ideias.

A bem da verdade, o que a lei nº 13.655/18 buscou foi, especialmente quanto à norma insculpida no artigo 20, tutelar interesses da administração pública, e também de proteção ao próprio gestor, consagrando regra que tende a dar maior segurança jurídica ao administrador público, que terá agora oportunidade de consubstanciar a *ratio essendi* de sua decisão administrativa em consequências práticas da realidade que o rodeia. O dispositivo legal proporciona maior proteção ao administrador público na medida que permite melhor superar aquelas normas baseadas em valores abstratos e assim obter maior segurança quanto à análise futura acerca da assertiva da decisão proferida.

Entretanto, surge para o administrador público a missão de utilizar-se de teorias argumentativas para que obtenha a melhor decisão, ou que afaste dentre aquelas a que seja a menos justa. A ciência do direito é ciência problemática e suas normas jurídicas visam proporcionar ao intérprete o manuseio de seus comandos para fins de consagração da justiça e paz social. Na

ambiência da administração pública diversas são as controvérsias normativas, e a alteração da LINDB propõe-se a buscar mitigar alguns pontos de tensão, tais como: a perene e intensa responsabilização de autoridades administrativas pelo ordenamento e instituições jurídicas; latente choque de funções dos poderes do Estado; fragilidade de diálogo e inexistência de compartilhamento quanto à composição do interesse público entre os poderes constituídos. Neste contexto, o legislador ordinário ao promover as recentes alterações da LINDB buscou salvaguardar o administrador público de imputação de responsabilidades decorrentes das consequências de suas decisões, mas atribuiu-lhe a incumbência de efetivamente motivar suas decisões com base nas consequências práticas da mesma quando estiver diante de normas com valores abstratos juridicamente.

Doutra banda, a novel alteração legislativa teve o viés de impor maior contenção no juízo de análise por parte dos agentes públicos. Especificamente quanto àquelas decisões administrativas proferidas pelo gestor público, o artigo 20 da LINDB cria ao administrador uma barreira protetiva quanto à futura análise de justiça e licitude da decisão que proferiu, pois que os órgãos de controle e os judiciais que se debruçarem sobre o que foi decidido devem, diante de valores jurídicos abstratos consagrados em normas aplicáveis à espécie sob análise, levar em consideração as consequências práticas do ato decisório à época de sua adoção.

Essa concepção demonstra que a LINDB representa uma crítica ao movimento dos princípios, que por sua essência, veiculam axiomas que, na maioria das vezes, são concebidos genérica e abstratamente. Há uma espécie de afastamento ao direito administrativo baseado em valores, aproximando-se mais da realidade dos fatos, mediante o privilégio da análise das consequências práticas da decisão, consideradas essas não apenas as consequências jurídicas, mas também, e principalmente, as consequências fáticas, sociais, econômicas, políticas.

## 2. A IMPORTÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O ATO DE DECIDIR DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

A recente alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, especificamente ao objeto de estudo aqui apresentado, com a introdução do artigo 20 pela lei nº 13.655/2018, passou a exigir do administrador público, dos órgãos de controle do estado e do Judiciário que, quando da confecção de sua decisão, devam orientar-se pelas consequências práticas do ato decisório sob exame.

As decisões do administrador público são objeto de averiguação de sua licitude, eficiência e eficácia e por isso mesmo ao gestor cabe fundamentar seus atos utilizando-se de forte e consistente argumento que não apenas dê guarida ao que foi decidido, mas também, e não menos importante, que o proteja de futura apuração de responsabilização pela decisão tomada.

O comando normativo do artigo 20 da LINDB passou a disponibilizar, a um só tempo, uma ferramenta de segurança para o administrador público e para a decisão em si, pois exigirá do gestor público o engajamento de um raciocínio jurídico sobre as consequências jurídicas para a superação de normas baseadas em valores jurídicos abstratos.

Para além da consideração de valores jurídicos em jogo, tais como a moralidade, a eficiência, a impessoalidade, a transparência, deve o administrador público fazer uso de uma teoria argumentativa para fins de consubstanciar sua decisão de modo a dá-la contorno de superação aos conceitos abstratos e demonstrar a relevância das consequências que a fundamentaram. Com isso, a nova disposição da LINDB, de certo, conduzirá a efeitos significativos no contexto prático do dever de fundamentação das decisões pelo administrador público. Além de exigir do gestor um melhor e mais apurado desenvolvimento da interpretação jurídica, proporcionará o uso e manuseio das técnicas de

argumentação, sem descuidar-se da realidade fática circundante do meio ambiente da administração.

Nesse contexto as discussões sobre o âmbito e alcance da aplicação das normas jurídicas devem desenvolver-se de forma a cada vez mais garantir ao administrador maior conhecimento da operação do direito. Ainda, surge a possibilidade da construção de decisões administrativas por meio de um processo realista de argumentação, baseado em um discurso contemporâneo do direito alinhado ao raciocínio prático das decisões judiciais. Para que essas decisões proferidas pelo administrador público possam ser consideradas aceitáveis dentro de um campo multidimensional das razões jurídicas é necessário que esteja alinhada com uma teoria de argumentação que proporcione fundamentação a dar-lhe amparo e respaldo legal.

A argumentação jurídica da decisão administrativa deve servir como meio de que se pode valer o administrador público para buscar aquela decisão mais transparente, concreta e proporcional para o caso sob apreciação, considerando-se, ainda, as consequências práticas da decisão como uma das possibilidades de utilização de seus próprios argumentos. Para tal, a análise do direito e da sociedade, para fins da melhor análise das possíveis consequências, requer a exata compreensão das possibilidades fáticas e dos diversos resultados que cada decisão possível pode atingir.

O realismo norte-americano pode dar sua parcela de contribuição com esse mister do administrador público. O realismo jurídico americano relaciona-se, intrinsecamente, com o pragmatismo e com determinadas linhas de pensamento jurídico contemporâneo. Os realistas adeptos a essa teoria atacam o formalismo e defendem que juízes decidem de acordo com a relação entre os fatos e suas íntimas convicções, e não apenas e tão somente levando em consideração as regras gerais que levariam a resultados particulares. A contribuição a que o realismo norte-americano pode dar na tarefa do administrador público decidir,

levando-se em consideração os contornos da norma do artigo 20 da LINDB, é a ideia de que o gestor possa relacionar as circunstâncias fáticas ao seu conhecimento administrativo para melhor avaliar as consequências de todas as decisões possíveis e assim escolher por aquela que traga os melhores resultados e o auxilie a superar os ditos valores jurídicos abstratos.

Com a novel legislação o ato de decidir administrativamente deve ser um agir sob uma perspectiva de um direito vivo, com alicerce nos fatos havidos na sociedade, sem descuidar-se das consequências. Ressalte-se que essas repercussões a que deve estar atento o administrador público não se restringe apenas àquelas de ordem jurídica, mas, sobretudo, as morais, políticas, econômicas. O artigo 20 da LINDB buscar atribuir às autoridades administrativas o múnus de fundamentarem suas decisões, após acurada análise de suas consequências práticas. Não houve por parte do legislador um benefício de ordem à teoria da argumentação consequencialista em prejuízo das demais. O que se pretende é que o gestor público avalie suas decisões tomando como parâmetro as repercussões práticas dentre aquelas escolhas possíveis, após avaliação das circunstâncias fáticas.

Compreendemos que esse dever de fundamentação atribuído ao administrador provoca uma transformação de sua obrigação de bem fundamentar a decisão, de modo que acaba por aproximá-lo de uma teoria realista do direito. As novas disposições da LINDB, especialmente o já multicitado artigo 20, tendem a ser relevantes para uma virada na atividade de argumentação jurídica no Brasil. Fala-se em modelo realista pois a premissa de análise das consequências da decisão necessariamente exigem um olhar conjunto entre a realidade e os organismos sociais, ampliando ainda mais a responsabilidade de quem decide para agregar a necessidade de exposição de suas razões com clareza, com argumentos que robusteçam os motivos e critérios da decisão transparecendo a aproximação entre razões jurídicas e razões sociais do fato. Essa proposição aproximaria o indivíduo

da norma jurídica, por meio de uma interação com os fatos sociais que constroem aquela realidade posta, numa visão sociológica do direito, provocando, até mesmo, a capacidade crítica do cidadão, já que o direito é, sobretudo, um fenômeno social e existe num contexto coletivo de contínua construção.

Nas lições de José Guilherme Giacomuzzi<sup>12</sup>, Holmes defende que os juízes não deveriam barrar determinados avanços sociais, porque “O concreto, o real, deveria ser simplesmente aceito, em oposição ao mundo abstrato e formal dos conceitos”, diante das mudanças ocorridas na sociedade americana, de modo que o direito não deveria ser algo independente e desprendido da sociedade.

De outra banda, Atienza<sup>13</sup> leciona que o direito, enquanto agente de transformação social, deve considerar normas jurídicas em dupla natureza, não apenas na concepção do grau de validade das normas jurídicas postas, mas também considerando a eficácia dessas mesmas normas quando compatíveis com os fins, os valores e os interesses da sociedade a que se dirigem.

O enfrentamento desse novo desafio ao administrador público pressupõe a superação da argumentação jurídica normativista, haja vista que tal concepção impediria ao gestor uma fundamentação aproximadas da realidade e, pois, da análise das consequências fáticas, pois que o modelo normativista de argumentação revela um afastamento entre o direito e a realidade, relação essa estimulada pela LINDB, que em sua nova redação propõe uma interpretação jurídica mais realista como método de compreensão das normas, inclusive para superação de seus conteúdos indeterminados. É que 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

---

12 GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos USA. *Revista de Direito Administrativo*, nº 239, Rio de Janeiro: 2005, pp. 359-388.

13 ATIENZA, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Madri: Editorial Trotta, 2013, pp. 25-26.

importância da visão sociológica do direito.

Para uma acertada concepção realista do direito, Enrique Haba<sup>14</sup> leciona a importância da melhor compreensão do funcionamento do discurso jurídico na prática para que a argumentação seja aquela mais adequada, reafirmando a viabilidade da teoria realista a partir de uma averiguação dos fatores positivos e negativos do valor jurídico posto para que se possa alcançar as consequências fáticas das decisões.

Essas conclusões revelam a inserção na atual ordem jurídica do desafio ao administrador público pertinente à argumentação jurídica, pois que a superação do normativismo exigirá um contínuo exercício de análise das considerações consequencialistas de suas decisões.

### 3. DO CONSEQUENCIALISMO À TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE ROBERT ALEXY: A APLICABILIDADE E DIFICULDADES AO ADMINISTRADOR PÚBLICO

A necessidade de modificação de postura ao gestor público trazida pela nova redação da LINDB, especialmente por meio de seu artigo 20, exige uma análise acurada dos pressupostos teóricos argumentativos necessários para a desincumbência dessa tarefa. De uma leitura fria da norma insculpida no artigo 20 da lei, o leitor é estimulado a compreender que seria suficiente a teoria argumentativa consequencialista ao administrador público. Sem embargos de posições contrárias, somente o consequencialismo não seria capaz de prover o gestor público de ferramentas para uma argumentação eficiente, embora reconheça-se sua validade e importância.

O consequencialismo encontra nos ensinamentos de Neil MacCormick seu maior defensor. Esse autor demonstra sua

---

14 HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho (2002). n° 25, p. 515.



preocupação com os aspectos práticos da teoria do direito. Segundo ele o direito não exclui os valores morais e suas repercussões na aplicação das normas jurídicas, permitindo, assim, a compreensão de elementos a que atribui validade na análise da relação das diversas teorias argumentativas. O consequencialismo, sob essa perspectiva, contribui para entender a limitação ao poder decisório naqueles regimes marcados pela democracia.

A crítica quanto ao consequencialismo como teoria suficiente para a nova tarefa decisória do administrador público diante da atual redação da LINDB baseia-se na constatação de que a argumentação a que se deverá socorrer o gestor público estará em meio a necessidade de superação da complexidade e indeterminação de normas com grau de valores abstratos e que a argumentação consequencialista dificilmente conseguirá traçar uma resposta assertiva pois os problemas da sociedade são variados e de consequências diversas, de modo que a argumentação da decisão, para acerto dessa, deverá ponderar todas as alternativas que se demonstrem mais importantes, ou afastar aquelas que se revelem manifestamente inaplicáveis.

Aqui defende-se que a disposição atual da LINDB não torna exclusivo o consequencialismo como teoria única a ser aplicada, mas não a exclui como ferramenta de argumentação a ser desenvolvida pelo administrador público, de modo que a efetivação do artigo 20 da lei será de uma aplicação heterogênea de teorias argumentativas. A possibilidade de tomada de decisão a partir das considerações das consequências práticas da decisão é não apenas possível como estimulada. No entanto, não deve o administrador público lançar mão de outras teorias argumentativas, a exemplo da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

A ponderação, baseando-se nas lições de Robert Alexy, demonstra-se uma excelente técnica ao dispor do administrador público. O procedimento de ponderação revela-se complementar ao consequencialismo, sem que seja necessária a exclusão de um

ou outro. Assim, defende-se que ao analisar as consequências da decisão a ser tomada o administrador público chegará às repercussões práticas de seu ato de decidir e então deverá sopesar, por meio do procedimento de ponderação, a melhor argumentação para corrigir e justificar racionalmente a decisão escolhida, buscando assim a correção de seu ato a ser praticado.

A teoria da argumentação jurídica de Alexy pode contribuir bastante para a superação da necessidade de argumentação do administrador público diante do novo desafio trazido pela LINDB. Em sua obra intitulada *Teoria da Argumentação Jurídica*, Robert Alexy afirma que existem debates jurídicos e debates pertinentes a questões legais, que revelam as diversas formas de discussões jurídicas, todas com suas similitudes e diferenças quanto a seus argumentos jurídicos próprios<sup>15</sup>. Ainda, Alexy argumenta que “os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos”<sup>16</sup>. A partir dessa construção do autor observamos a referência às suas premissas de justificação interna e a externa. Sem adentrar numa análise minuciosa dos institutos, até mesmo porque não é essa a pretensão do texto, temos que a justificação interna está relacionada àquelas premissas aduzidas, e corresponde à descoberta das premissas e à organização de suas estruturas em normas jurídicas (regras e princípios), enquanto que a denominada justificação externa está ligada à correção daquelas premissas, fundamentando-as através da relação entre fato e norma.

Robert Alexy leciona que “pode designar-se a justificação externa, com bons fundamentos, como o verdadeiro campo da argumentação jurídica ou do discurso jurídico”<sup>17</sup>, sem

---

15 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 213.

16 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2001, p.218.

17 ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

embargar a importância da justificação interna de sua teoria da argumentação. O jurista alemão, quando se refere à justificação externa, defende a ideia de que podem ser essas as regras de direito positivo, enunciados empíricos e um terceiro tipo de enunciado para cuja fundamentação é preciso recorrer à argumentação jurídica. Essa justificação tem como objetivo a pretensão de correção, que por sua vez é limitada no discurso jurídico sob as exigências dos liames da lei, dos dogmas e dos precedentes, além de sua relatividade a um determinado momento no tempo. Para Alexy, dentro de um discurso racional chega-se à verdade, à uma decisão correta. É uma construção teórica, em que a verdade se constrói a partir de um discurso, em que a pretensão resulta da estrutura dos atos e da argumentação típicos do direito. Na verdade, a teoria de Robert Alexy não demonstra a decisão correta, mas sim busca afastar as decisões menos corretas.

Com a teoria de Alexy revela-se consistente a complementaridade existente entre a argumentação geral e a argumentação jurídica, e que argumentação e interpretação teriam íntima relação pois que, nas palavras de Anízio Pires Gavião Filho<sup>18</sup>, a escolha por uma interpretação no lugar de outra, pressupõe a escolha entre os argumentos favoráveis e contrários concernentes à interpretação das expressões encerradas nas normas jurídicas.

A justificação interna e externa da teoria de argumentação de Alexy propõe a pretensão de correção, a qual, aplicada à tarefa do administrador público de fundamentar sua decisão administrativa tomada, consiste na aplicação da norma jurídica que esteja correta ao caso, cabendo ao gestor justificar sua aplicação. A ponderação surge exatamente dessa relação, que nas palavras de Geremberg<sup>19</sup> menciona que “é através dela que o

---

18 GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 192.

19 GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’*. Tese de doutorado apresentada na Puc-Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < [http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca\\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1](http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1)>. Acesso em: 01 jun. 2019, p. 26.

procedimento da ponderação ganha legitimidade, pois as escolhas tomadas durante o mesmo, são acrescidas de razões que as justificam”.

A aplicação da ponderação dá ao intérprete a tarefa de proceder com a interação entre fato e norma para daí então escolher, fundamentadamente e sem perder de vista as possibilidades e limites do ordenamento, aquela decisão mais próxima da correção. Essa defesa encontra semelhante conclusão no trabalho de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos, intitulado “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro”<sup>20</sup>, para os quais são elementos marcantes do pós-positivismo a normatividade dos princípios, a ponderação de valores e a teoria da argumentação jurídica.

Mais que nunca, e tal como a todo operador do direito, para o administrador público a prática da argumentação jurídica revela-se instrumento essencial para sua tarefa de expedição de atos decisórios, registrando-se que a técnica da ponderação terá contornos de importância para a justificação das decisões tomadas. Para além da necessidade de domínio de teorias argumentativas e seus métodos e procedimentos até aqui deduzidos, o administrador público ainda terá de superar obstáculos de ordem fática estrutural, que diz respeito ao conhecimento jurídico que dispõe, haja vista que o administrador público nem sempre é formado nas letras do direito, ou mesmo um proficiente conhecedor das normas jurídicas, além do que, não raras vezes, não tem disponível a si uma assessoria jurídica apta a melhor garantir o apoio nesta árdua missão de jogo argumentativo.

Mesmo diante de um cenário de recursos escassos ao administrador público, a tomada de uma decisão administrativa baseada num exercício desenvolvido a partir de teorias

---

20 BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 327-329.

argumentativas e em procedimentos de ponderação, que, juntos, possibilitem a análise das consequências práticas, contribuirá para a correção de sua decisão, para que seja essa a mais justa ao caso concreto, ou que afaste aquelas menos justas, e que possa assim ser considerada pelos órgãos revisionais (de controle ou judiciais), haja vista que a argumentação jurídica sempre o conduzirá a um processo de racionalização da ponderação.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia presente na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro é propor elementos essenciais para elaboração, vigência e eficácia das leis, de modo a propor a correta interpretação, integração e aplicação das normas componentes do ordenamento jurídico.

A nova redação da LINDB, promovida pela lei 13.655/2018, propõe-se a estimular novos instrumentos de gestão e controle, para fins de aprimoramento das ações públicas, especialmente quanto às algumas obrigações e limitações impostas ao administrador público. O espírito da nova LINDB é a concretização do interesse público por meio do afastamento da atuação retórica de agentes públicos legitimados, através da perseguição de decisões que se aproximem mais do direito e da sociedade, buscando incluir condições reais de sentido do direito.

Para a superação daquelas normas jurídicas abstratas o administrador público deve, no ato de decidir, analisar as consequências práticas de sua decisão àquela realidade posta, em atenção à redação do artigo 20 da LINDB que procura impor aos agentes decisões baseadas em evidências empíricas. Nesse mister o gesto público necessita verificar, através de métodos adequados, quais seriam essas consequências identificadas (ou identificáveis) para que se determine a justeza da decisão tomada.

A novel legislação propõe, ainda, a superação da concepção normativista, afastando o administrador público da única e

exclusiva promoção da vontade racional da obediência à lei como razão de ser do direito, ao que estimula uma heterogeneidade de teorias argumentativas, dentre elas, e não apenas, o consequencialismo. Em momentos como o atual em que paira enorme debate acerca da controvertida interpretação e aplicação das normas jurídicas, que tencionam a crise de efetividade do direito, indagação perene diz respeito à qual metodologia a ser adotada para apresentar respostas justas às questões complexas do direito.

A redação do artigo 20 da LINDB, ao inovar e inserir um desafio ao administrador público o traz para o campo do exercício da argumentação jurídica, haja vista que a exigência de análise das consequências práticas reclama do agente público um poder de argumentação. Para tal, a fim de superar os consideráveis graus de indeterminação de valores abstratos consagrados em diversas normas espalhadas no sistema jurídico, o administrador público deve socorrer-se de teorias da argumentação jurídica, revelando-se aplicável aquela do jurista alemão Robert Alexy, pois que suas premissas buscam a correção da decisão, além de estimular o procedimento de ponderação aplicável quando da análise das consequências práticas, considerando a argumentação jurídica como discurso racional.

As atuais disposições normativas da LINDB revelam-se, a um só tempo, um dever de agir para o administrador público, pois daí decorre ao gestor a obrigação de desenvolvimento de sua capacidade de argumentação, com base nas teorias e métodos argumentativos, para a superação de conceitos jurídicos abstratos, e um instrumento protetivo no sentido de que sua decisão, se justa e corretamente fundamentada com base nas consequências práticas (de ordem não apenas jurídicas, mas principalmente sociais, econômicas, políticas) em relação aos fatos reais, tendem a proporcionar-lhe segurança jurídica apta a afastar, ou ao menos mitigar, eventuais responsabilizações quando da revisão de suas decisões pelos órgãos de controle do Estado e pelo Poder

## Judiciário.

É de todo relevante a inovação trazida à LINDB quanto ao comando normativo veiculado no artigo 20 do referido diploma, pois tende a provocar mudanças na tarefa decisória administrativa de modo a estimular o gestor à uma prática argumentativa que exponha com maior clareza e determinação os fundamentos de sua decisão, conectando ainda mais o direito e a realidade, sem que com isso seja desconsiderada a íntegra e coerência das normas jurídicas no todo do ordenamento.

Revela-se clara a importância da argumentação jurídica e seu papel fundamental na busca por uma solução ao caso que se entenda como acertada, ou a mais acertada (afastando, pelo menos, aquelas menos corretas), por meio de um exercício racional dos fundamentos decisórios possíveis, de sorte que a prática argumentativa proporcionará ao administrador público instrumentos para a busca da correção de sua decisão.

O que resta é saber qual a dosagem correta ou suficiente a serem levadas em consideração pelos órgãos revisores das decisões tomadas pelo administrador, seja pelo pouco transcurso de tempo desde a inovação da lei, seja considerável dificuldade em convencer as autoridades da fundamentação de suas decisões tomadas.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de argumentación jurídica*. Madri: Editorial Trotta, 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Brasília, DF, mai 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. *Código de Processo Civil*, Brasília, DF, mai 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- BRASIL. LEI Nº 13.655, DE 25 DE ABRIL DE 2018. *Inclui no Decreto-Lei nº 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, mai 2019. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1)>. Acesso em: 20 mai. 2019.
- GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *A teoria compreensiva de Robert Alexy: a proposta do ‘trialismo’*. Tese de doutorado apresentada na Puc-Rio. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: < <http://www.maxwell.lambda.ele.puc>



- rio.br/Busca\_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=9593@1>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no direito dos USA. *Revista de Direito Administrativo*, nº 239. Rio de Janeiro: 2005.
- HABA, Enrique P. Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces). *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* (2002). Nº 25, pp. 503-531. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/n-25---2002/>>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Law Series, Oxford: Oxford University Press, 1978.
- NEVES, António Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- PERUZZO, Pedro Pulzatto. Sobre “valores jurídicos abstratos” e a perseguição do MP-MS à disciplina universitária sobre o golpe. *Justificando*, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/05/03/sobre-valores-juridicos-abstratos-e-a-perseguiçao-do-mp-ms-a-disciplina-universitaria-sobre-o-golpe/>. Acesso em: 2019 mai. 2019.
- SILVA, Jorge Pereira da. Deveres de protecção de direitos fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.
- 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.