



Uma Análise da Nova LINDB sob a Luz dos Modelos de Tomada de Decisões Formalista e Particularista

A Analysis of the New LINDB in Light of the Formalist and Particularist Decision-Making Models

Frederico Portes Clemente Breder

Resumo: A Lei 13.655 de 25 de abril de 2018 promoveu alterações no Decreto-Lei nº4.657 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB), trazendo novos dispositivos legais que versam sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Isso porque o dia a dia na Administração Pública mostra que diversas decisões judiciais são alicerçadas em valores jurídicos abstratos, em prejuízo de dados concretos do caso analisado e, por consequência, sem um balanço prévio dos impactos das decisões. O que se verifica com esta novidade legislativa é a tentativa, por parte do legislador, de conferir maior segurança jurídica, bem como um arcabouço mais fechado de normas para pautar tomadas de decisões, delimitando e clarificando as justificativas das regras, favorecendo um modelo de tomada de decisões mais próximo de um viés formalista. A partir desse contexto, pretende-se fazer uma análise dos recentes comandos inseridos na LINDB e a relação com os modelos de tomada de decisões judiciais formalista e particularista.

Palavras-chave: lei de introdução; LINDB; direito público; modelo de tomada de decisões; formalismo; particularismo; fundamentação das decisões judiciais.

Abstract: Law No. 13,655 of April 25, 2018, introduced amendments to Decree-Law No. 4,657 (Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law – LINDB), adding new legal provisions addressing legal certainty and efficiency in the creation and application of public law. This legislative development responds to the reality of public administration, where numerous judicial decisions are grounded in abstract legal values to the detriment of the concrete facts of the case, often without a prior assessment of the decisions' impacts. The legislative intent appears to be the promotion of greater legal certainty and the establishment of a more structured normative framework to guide decision-making, thereby delimiting and clarifying the reasoning behind legal rules and encouraging a model of judicial decision-making aligned more closely with a formalist approach. Within this context, the present study aims to analyze the recent provisions added to the LINDB and their relationship with the formalist and particularist models of judicial decision-making.

Keywords: law of introduction; LINDB; public law; decision-making model; formalism; particularism; reasoning in judicial decisions.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655/2018 surgiu com a finalidade de incluir na LINDB dispositivos sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, sobretudo para matérias de Direito Tributário, Direito Financeiro, Direito Orçamentário e Direito Administrativo. Alguns destes dispositivos buscam reforçar a responsabilidade decisória estatal quando o aplicador do direito se deparar com

normas jurídicas indeterminadas, cujas hipóteses interpretativas são diversas e, portanto, capazes de ensejar mais de uma solução.

Com a reforma legislativa, é possível notar a tentativa de mitigação da utilização de princípios, por conta de seu alto grau de abstração e reação à sua força normativa que vem sendo cada vez mais aprimorada. Ou seja, os princípios e sua aptidão de sobreinclusão e subinclusão acabam dando ensejo para o particularismo na tomada de decisões amparadas neles. Assim, percebe-se a busca por regras mais objetivas, capazes de fazer valer suas justificações e evitar tomadas de decisões particularistas, as quais abririam espaço para o ativismo judicial e maior insegurança jurídica.

Nesse contexto, observa-se uma busca por fortalecimento de um modelo formalista de tomada de decisões, conforme será explicitado, que tende a promover a previsibilidade, a certeza, a segurança jurídica e uma maior eficiência.

Por meio deste estudo, buscar-se-á analisar se os novos dispositivos trazidos na LINDB serão capazes de atingir seus propósitos, isto é, se eles têm potencialidade de promover mudanças na forma de tomada das decisões judiciais e como se daria isso.

Regras e Modelos de Tomadas de Decisão

As regras jurídicas são elaboradas por meio uso da linguagem, logo o julgador para chegar à tomada de decisão em um caso concreto, deve primeiro exercer o papel de intérprete. Analisando-se, portanto, o plano linguístico e axiológico da regra tem-se que o texto não apresenta uma relação de sobreposição com a norma, na verdade a análise do texto é o primeiro passo dado pelo intérprete no curso do processo intelectual que será concluído com o delineamento da norma jurídica.

Para chegar à norma, o intérprete realiza uma série de juízos valorativos de natureza argumentativa e profere uma sucessão de decisões que influirão na atribuição do significado àquela determinada regra. Então, é possível dizer que o significado do texto normativo tende a apresentar variações conforme o intérprete e o momento ou lugar em que a interpretação é feita.

No entanto, quando da aplicação de regras pelos julgadores, verifica-se, ao menos, três situações diversas com abordagens distintas. Inicialmente, observa-se casos em que há uma regra perfeita para a solução do problema, operando-se verdadeira subsunção do fato à norma em que não se exige muito esforço interpretativo ou argumentativo. Em outros casos, apesar de a regra existir, ela se mostra subótima para a resolução do caso concreto. Isso, em razão de ser deficiente ou porque sua aplicação causaria evidente injustiça. Já em um terceiro cenário, pode o julgador se deparar com casos difíceis, moralmente salientes, nos quais as regras existentes mostram-se insuficientemente claras ou precisas, ou sequer existem.

Nesta seara, para a melhor compreensão sobre a atuação dos agentes jurídicos na tomada de decisões, mostra-se importante a contribuição de Noel Struchiner¹, que apresenta alguns conceitos e traz estudos em evidência acerca do processo decisório.

O autor trabalha dois modelos extremos de tomada de decisões, quais sejam: o formalismo e o particularismo. Em síntese, no primeiro “faz-se uma decisão prévia, por atacado, no sentido de considerar a linguagem da regra o objeto último de referência dos atos de aplicação normativa”.¹ Vale dizer, as regras específicas devem ser levadas a sério por aquele que está por trás da tomada de decisões.

O modelo particularista, por sua vez, tem como principal objetivo encontrar o melhor resultado possível na resolução de cada caso concreto. As regras funcionariam apenas como guias na busca do melhor resultado. Em outras palavras, as regras operariam como meras sugestões. Há, portanto, nesse modelo, a aceitação da correção do predicado fático de uma regra quando ele não possibilita o resultado correto de acordo com a justificação.

Todavia, como as regras são elaboradas pelo uso da linguagem, elas se mostrarão como potencialmente vagas, operando-se os fenômenos da subinclusão e sobreinclusão. Pode-se chamar uma regra de sobreinclusiva quando seu predicado fático abarca casos particulares que não geram consequências esperadas pela justificação da regra, isto é, não alcançam o objetivo pelo qual aquela regra foi criada.² Do outro lado, as regras subinclusivas deixam de abarcar casos que acarretam a consequência representada na justificação da regra.

O Contexto da Descoberta e o Contexto de Justificação

Além dos modelos formalista e particularista, Struchiner, em outro trabalho, apresenta, ainda, o contexto de descoberta, o qual diz respeito aos “fatores sociológicos, históricos e, principalmente, psicológicos que explicam, do ponto de vista causal, como o juiz (ou outro agente decisório no âmbito do direito) chegou à decisão”¹.

Ao lado do contexto de descoberta, tem-se o contexto de justificação que “trata do modo como a decisão será explicitamente sustentada diante de seu completo auditório, composto pelas partes, outros juizes, acadêmicos e a opinião pública em geral”¹.

O autor procura demonstrar que as razões causais que motivam a decisão não são as mesmas que são usadas na justificação, pois, muitas vezes, elas nem são conscientes ou percebidas pelos responsáveis pelas decisões.¹

A partir desta análise, um grupo de acadêmicos, chamados “realistas jurídicos norte-americanos”, percebeu a importância do contexto de descoberta nas decisões judiciais. Neste particular, Struchiner apresenta o realismo jurídico, amparando-se nos trabalhos de Schauer, como uma teoria descritiva da adjudicação, que pode ser decomposta em duas ideias.¹

Na primeira, o juiz não alcança a decisão consultando exclusivamente o material jurídico, mas sim intuições, palpites, sentimentos. Posteriormente, busca encontrar uma roupagem jurídica para a decisão que não foi alcançada por uma via estritamente jurídica.³

Struchiner entende que o direito é parcialmente determinado, mas que, em alguns momentos, enfrenta ocasiões de indeterminação, principalmente em decisões

de casos difíceis moralmente salientes. Isto é, nesses casos, as decisões seriam causadas predominantemente por fatores extrajurídicos e só depois racionalizadas.¹

Para bem ilustrar tal crítica, cabe uma fala do ex-ministro do STF, Marco Aurélio Mello: “[i]dealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E como a interpretação é, acima de tudo, um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio”.⁴

A LINDB e seu Impacto na Tomada de Decisões

As alterações legislativas previstas na LINDB, consagram o consequencialismo jurídico que, em linhas gerais, revela-se como a “argumentação de uma decisão por meio das suas consequências”⁵.

Assim, quando se fala em consequencialismo, isto quer significar que a decisão tomada deverá valorar, necessariamente, as suas consequências, isto é, os seus efeitos na realidade, de forma que esses efeitos passarão a influenciar o processo da tomada de decisão.

O artigo que inaugura tal modificação na LINDB é o art. 20, cuja disposição é a seguinte:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.⁹

Inicialmente, verifica-se que o art. 20 da LINDB traz duas grandes normas jurídicas. A primeira está contida no *caput*, que se traduz em um postulado normativo de observância ou de consideração das consequências práticas da decisão, ou seja, sempre que se for tomar uma decisão jurídica (e não apenas jurisdicional), é preciso levar em conta as suas consequências práticas, conforme observa Didier⁶.

A segunda norma, por sua vez, refere-se àquela extraída do parágrafo único do art. 20, o qual determina um dever de motivação específico quando o julgador aplicar o postulado normativo previsto no *caput*. Em outras palavras, a motivação é o instrumento para se demonstrar a necessidade e adequação da medida utilizada, inclusive em face de outras possíveis alternativas.

Como se pode notar, tal dispositivo busca reforçar a responsabilidade decisória estatal quando o aplicador do direito se deparar com normas jurídicas indeterminadas, cujas hipóteses interpretativas são diversas e, portanto, pode ensejar mais de uma solução.

A justificativa dos juristas que elaboraram a lei para o dispositivo é a necessidade de se evitar motivações decisórias vazias, com uso excessivo de princípios e apenas retóricas, deixando a análise de fatos e de impactos para um segundo plano. Com a modificação, o julgador torna-se obrigado a pontuar, na

motivação, elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle a fim de identificar as consequências práticas que podem ocorrer com sua decisão.

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.⁴

A partir do surgimento do constitucionalismo moderno, houve maior liberdade à atuação jurisdicional e atribuiu-se papel de maior destaque ao Poder Judiciário, permitindo-se, inclusive, a condução de políticas públicas quando descumpridos os preceitos constitucionais e legais. Tal atuação, entretanto, é preocupante, principalmente pela constante agressão à segurança jurídica e às questões orçamentárias.

Diante desse cenário sobre a racionalidade e legitimidade das interpretações conferidas pelos magistrados, Barroso⁸, em meio a outras considerações, definiu que a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador, e que as decisões judiciais não devem ser casuísticas, devendo sempre levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.

Cabe observar que a prolação de decisões judiciais que não são universalizáveis, geram risco para isonomia e para impessoalidade, pois o juiz entrega um direito sabendo que não tem condições de entregar o mesmo direito a todas as pessoas que se encontram nas mesmas condições, contribuindo cada vez mais para um cenário de desprestígio da segurança jurídica.

É possível, assim, verificar, desde já, a embrionária preocupação que deu origem às novas normas da LINDB, em especial ao artigo 20. Esse conjunto de normas vem no sentido de evitar riscos de efeitos sistêmicos negativo, causados pela falta de condições do judiciário em avaliar todos os efeitos daquela decisão na realidade fática, também chamada de "microjustiça" ou "visão de túnel do magistrado". Como bem ressalta Fernando Leal:

[E]m um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas reflexões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos quantitativos. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago⁷.

Didier sustenta que o CPC/2015 se preocupou muito com o fundamento das decisões judiciais, zelando pela sua efetiva qualidade, seja por meio dos deveres esmiuçados pelo legislador no §1º do art. 489, seja através da consagração expressa de cinco postulados normativos. São eles: razoabilidade, proporcionalidade (ambos no art. 8º, CPC), integridade, coerência (ambos do art. 926, CPC) e a ponderação (§2º do art. 489, CPC).⁶

Segundo o autor, uma mudança significativa na tomada de decisões judiciais a partir da LINDB consiste que, ao conjunto das normas relativas à fundamentação da decisão judicial, previsto no CPC, devem ser acrescidas as duas normas previstas no art. 20 da LINDB. A ideia, portanto, é evitar tomada de decisões jurídicas com base em princípios de grande amplitude para resolver problemas concretos, sem que haja observância das consequências práticas disso.⁶

Assim, a partir de tais informações, o que se observa é que o legislador pretende de certa forma, diminuir o ativismo judicial em matérias envolvendo o Poder Público. Isso porque a postura paternalista do Poder Judiciário pode comprometer a própria essência da democracia. Esta ideia de ser o grande provedor da sociedade gera dois problemas: primeiro, o desenvolvimento de uma crença judicial salvacionista, no sentido de que o Judiciário pode resolver todos os problemas sociais; e segundo, o desestímulo à cidadania ativa.

É possível, portanto, observar que a mudança legislativa busca evitar a força da tomada de decisões com base no modelo particularista e diminuir a margem para decisões baseadas unicamente na intuição do julgador, sobretudo em questões moralmente salientes, nas quais os juízes costumam ter uma posição prévia muito forte. Todavia, em alguns casos considerados como burocráticos e técnicos é possível que esse modelo não se enquadre.

Importante ressaltar que o comando previsto na LINDB não se trata de desconsiderar as normas jurídicas em sua dimensão positiva, isto é, como direito posto. Tais postulados não podem justificar decisões em desconformidade com o direito. Para evitar insegurança jurídica na tomada de decisão, é necessário que o juízo de valor no caso concreto esteja em harmonia com o ordenamento jurídico, de modo a não se afastar do modelo de tomada de decisão formalista, que se pauta especialmente em uma supremacia das regras.

Dessa forma, pode-se compreender que o artigo 20 da LINDB ganha aplicabilidade em casos, por exemplo, de duas soluções dogmaticamente aceitáveis para o caso. Nesta hipótese, o juiz deve se balizar nas consequências práticas de cada uma delas a fim de entender qual é a mais razoável ao caso concreto.

É comum observar que em demandas envolvendo o direito fundamental à saúde, o julgador se ampare em fundamentos genéricos sobre o tema para conceder ao jurisdicionado tratamento em hospital particular à custa do Estado ou para impor a sua internação imediata em hospital público sem respeitar os critérios de regulação adotados pelo ente.

A partir das novas disposições trazidas na LINDB, vislumbra-se que o julgador deverá se debruçar sobre as consequências de sua decisão, notadamente

quanto à interferência sobre a execução de outros projetos ligados à saúde, os reflexos gerados no orçamento público, e como isso pode afetar, por exemplo, outros pacientes do sistema de saúde que aguardam na fila uma oportunidade de atendimento.

Contudo, há poucas notícias sobre os efeitos dos dispositivos em apreço, em especial o artigo 20, no seio dos processos judiciais. Tem-se conhecimento de que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de Embargos de Declaração nos REsp. nº 1.648.305/RS e nº 1720805/RJ, afastou a alegação de omissão, pelo fato de não ter se examinado as consequências práticas nas decisões ora embargadas¹⁰.

Todavia, não obstante o legislador tenha tentado fixar balizas para evitar que o julgador decida com base exclusivamente em “valores jurídicos abstratos”, sem tomar em conta as consequências práticas da decisão, a própria lei introduz na LINDB uma série de expressões jurídicas abstratas, tais como: “razões de relevante interesse geral”, “obstáculos e dificuldades reais do gestor”, presentes nos arts. 22 e 26 da LINDB, de maneira que o julgador continua tendo espaço para tomadas de decisões particularistas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar que, a fim de buscar maior proteção aos direitos fundamentais e ao ideal de justiça, surgem ondas de intervenção do Poder Judiciário em temas afetos a decisões políticas. A par disso, visou o legislador, na reforma da LINB, conferir maior certeza jurídica e propiciar um arcabouço mais fechado de regras para pautar a tomada de decisões, de modo a delimitar e clarificar as justificativas para favorecer um modelo de tomada de decisões mais próximo do formalista.

Nesse contexto, os novos dispositivos acrescentados pela Lei nº 13.655/2018 procuram orientar o julgador na tomada de decisão da seguinte forma: ao se deparar com normas abstratas, ele deve sopesar os sentidos extraídos, cotejando as consequências práticas decorrentes de cada um deles. A partir daí, é que se definirá o conteúdo mais bem atribuído à norma, diante daquela situação e mais próximo de um padrão de segurança jurídica.

Entendemos que o propósito da Lei nº 13.655/2018, em especial do art. 20 acrescentado à LINDB, é benéfico, no sentido de pretender garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas e viabilizando um modelo formalista de tomadas de decisões. Todavia, embora pretenda evitar o uso retórico de regras mais abstratas, tal lei acabou esbarrando no uso de outros conceitos com essa característica, continuando a abrir espaço para o ativismo na tomada de decisões e aproximação de um modelo particularista.

REFERÊNCIAS

- 1 Struchiner N. Contexto de descoberta x contexto de justificação. In: Diálogos sobre retórica e argumentação – Capítulo III: contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. Curitiba: Alteridade; 2018.
- 2 Struchiner N. O direito como um campo de escolhas: por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: Barbosa SR, Costa CEBS, Rodriguez JR, organizadores. Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje. São Paulo: Saraiva; 2010. p.109.
- 3 Struchiner N. Diálogos sobre retórica e argumentação: contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. Vol. 4. Curitiba: Alteridade; 2018. p.45.
- 4 Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n.º 7.448/2017 [Internet]. 2010 [citado 20 maio 2022; 10h43]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>
- 5 Moraes FS, Zolet L. A nova LINDB e os problemas da interpretação consequencialista. Rev Juríd Unicritiba. 2018;4(53):497-523.
- 6 Didier Jr F, Braga P, Oliveira R. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Juspodivm; 2019. p.409-417.
- 7 Leal F. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: Leal F, Mendonça JVS, coords. Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio; 2017. p.27.
- 8 Barroso LR. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil [Internet]. 2006 [citado 17 maio 2022]. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm
- 9 Brasil. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB [Internet]. 1942 [citado 17 maio 2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm
- 10 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1648305 [Internet]. Relatora: Min. Assusete Magalhães. Brasília: STJ; Primeira Seção. [citado 7 jul. 2020]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>
- 11 Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1720805/RJ [Internet]. Relator(a): Min. Vice-Presidente do STJ. Brasília: STJ; [citado 20 maio 2022]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>