



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Antônio Fábio da Silva Marquezini

**Art. 8º do CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018: eficiência econômica como
regra de julgamento – a adoção da análise econômica do direito de
Posner pelo legislador brasileiro**

Rio de Janeiro

2023

Antônio Fábio da Silva Marquezini

Art. 8º do CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018: eficiência econômica como regra de julgamento – a adoção da análise econômica do direito de Posner pelo legislador brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), MINTER UERJ/TJMT. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M357 Marquezini, Antônio Fábio da Silva

Art. 8º do CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018: eficiência econômica como regra de julgamento – a adoção da análise econômica do direito de Posner pelo legislador brasileiro / Antônio Fábio da Silva Marquezini. - 2023.

109f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Análise econômica do direito - Teses. 2. AED - Teses. 3. Pragmatismo jurídico - Teses. I. Schenk, Leonardo Faria. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/95

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Antônio Fábio da Silva Marquezini

Art. 8º do CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018: eficiência econômica como regra de julgamento, a adoção da análise econômica do direito de Posner pelo legislador brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), MINTER UERJ/TJMT. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Teoria e Filosofia do Direito.

Aprovado em 24 de abril de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk (Orientador)

Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon

Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Antônio Veloso Peleja Júnior

Universidade Federal de Mato Grosso

Rio de Janeiro
2023

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho a meu pai Antônio Dervil Marquezini, que no curso do presente Mestrado foi chamado por Deus para habitar com ele, como gratidão por todo o exemplo de vida voltada ao estudo acadêmico, à retidão de caráter e ao amor.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Leonardo Faria Schenk por aceitar meu pedido de orientação, por haver de fato orientado robustamente os caminhos a serem seguidos nesse trabalho, aperfeiçoando muito o resultado e por compreender minhas muitas limitações.

Ao Prof. Dr. Antônio Veloso Peleja Jr., magistrado e professor brilhante, que desde a minha preparação para a prova oral da magistratura mato-grossense em 2015, bem como nos meus quase 8 anos de exercício da magistratura, sempre faz-se presente por meio de ensinamentos relevantes.

Ao Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon, por trazer muitas luzes ao meu pequeno conhecimento sobre filosofia do direito, alimentando assim minha ânsia de aprender mais sobre a disciplina.

À Bruna Polizer e Lindsey Nunes Quirino, pelo auxílio na correção ortográfica.

Por fim, à Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso (Esmagis) e à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), bem como a todas as pessoas envolvidas na elaboração e efetivação do convênio TJMT/UERJ, o qual tornou possível a realização da pós-graduação Mestrado Acadêmico (MINTER), possibilitando a esse magistrado, mesmo residindo em Alta Floresta-MT, a 830km de Cuiabá-MT, o acesso a conhecimento científico de alta qualidade.

RESUMO

MARQUEZINI, Antônio Fábio da Silva. *Art. 8º do CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018: eficiência econômica como regra de julgamento - a adoção da análise econômica do direito de Posner pelo legislador brasileiro*. 2023. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

A pesquisa visa demonstrar que o legislador brasileiro, no art. 8º do Código de Processo Civil (CPC/2015) e nos arts. 20 e 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), adotou a Análise Econômica do Direito (AED) como teoria normativa da decisão judicial, nos termos defendidos pelo jurista estadunidense Richard Posner desde a década de 1970. Para além disso, a doutrina nacional no âmbito do direito administrativo compreendeu a mudança legislativa, entretanto os manuais de processo civil, e respectivamente os processualistas civis que os elaboram, não absorveram essa alteração legislativa, e estão ignorando a inovação no campo da hermenêutica do direito trazida pelos artigos mencionados. Para atingir esse fim, inicialmente apresenta-se as raízes do pragmatismo clássico norte-americano, pois Posner atualmente se autointitula um filósofo do direito pragmático. Posteriormente, explica-se o nascimento da Análise Econômica do Direito como teoria normativa da decisão judicial segundo Posner, pontuando-se o momento em que ocorre um abrandamento do discurso dele em sua segunda fase de escritos. Apresenta-se, então, a reforma legislativa feita na LINDB pela Lei n. 13.655/2018, e a expectativa que os administrativistas possuíam na capacidade dessa alteração mudar as formas como a aplicação do direito público é fundamentada no Brasil, ressaltando já existir na epígrafe do projeto da lei a declaração de versar sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Destaca-se, ainda, a redação do art. 8º do CPC/2015, mostrando a semelhança com os arts. 5º, 20 e 23 da LINDB, no sentido de impor o dispositivo processual a eficiência econômica como um fundamento para a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro pelo juiz nacional. Identifica-se também, no momento em que se apresenta esses dispositivos legais, que o legislador, ao adotar o consequencialismo jurídico voltado à finalidade eficiência na aplicação do direito material público e privado, aplicou a eficiência econômica como regra de julgamento abraçando a AED de Richard Posner, quem sempre defendeu exatamente isso.

Palavras-chave: análise econômica do direito; AED; pragmatismo jurídico; nova LINDB; art. 8º do CPC/2015; Richard Posner; consequencialismo jurídico; eficiência.

ABSTRACT

MARQUEZINI, Antonio Fabio da Silva. *Art. 8º of the CPC/2015 and law 13.655/2018: economic efficiency as a judgment rule - the adoption of the Law and Economics of Posner by the Brazilian legislator*. 2023. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

The research aims to demonstrate that the Brazilian legislator in article 8º of the current Civil Procedure Code-CPC and in articles 20 and 23 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law-LINDB adopted the Law and Economics as a normative theory of the judicial decision, in the terms defended by the American jurist Richard Posner since the 1970s. As well as that the national doctrine in the scope of administrative law included the legislative change, however the manuals of civil procedure, and respectively the civil proceduralists who elaborate them, did not absorb this legislative change, and are ignoring the innovation in the field of hermeneutics of law brought by the mentioned articles. To achieve this end, the roots of classic american pragmatism are initially presented, as Posner currently calls himself a pragmatic philosopher of law. Afterwards, the birth of the Economic Analysis of Law as a normative theory of judicial decision according to Posner is explained, the moment in which there is a softening of his speech in his second phase of writings is pointed out. The legislative reform made in LINDB by law 13.655/2018 is then presented, as well as the expectation that the administrators had in the capacity of this alteration to change the ways in which the application of public law is based in Brazil already existing in the epigraph of the bill the declaration to deal with legal certainty and efficiency in the creation and application of public law. Furthermore, the wording of article 8 of CPC/2015 stands out, showing the similarity with article 5, 20 and 23 of LINDB, in the sense of imposing the procedural device on economic efficiency as a foundation for the application of the Brazilian legal system by the national judge. It is also identified, when these legal provisions are presented, that the legislator, when adopting legal consequentialism aimed at the purpose of efficiency in the application of public and private substantive law, applied economic efficiency as a rule of judgment, embracing Richard Posner's Law and Economics, who has always advocated just that.

Keywords: economic analysis of law; law and economics; legal pragmatism; new LINDB; art. 8 of CPC/2015; Richard Posner; legal consequentialism; efficiency.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	PRAGMATISMO FILOSÓFICO CLÁSSICO.....	14
1.1	Experiência e verdade.....	16
1.2	Características essenciais do pragmatismo filosófico clássico: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo.....	20
1.2.1	<u>Antifundacionalismo.....</u>	20
1.2.2	<u>Consequencialismo.....</u>	25
1.2.3	<u>Contextualismo.....</u>	30
2	DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	35
2.1	Discricionariiedade em H. L. A. Hart.....	36
2.2	Discricionariiedade em Dworkin.....	40
2.3	Discricionariiedade no Brasil: Streck.....	43
3	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER	49
3.1	A teoria de Posner em sua origem.....	51
3.2	Segunda fase da doutrina posneriana: o abrandamento do discurso.....	57
4	A LINDB.....	64
4.1	Artigo 5º da LINDB.....	65
4.2	Expectativa sobre o PL do Senado Federal n. 349/2015.....	75
4.3	Artigos 20 e 23 da atual LINDB na visão do Direito Administrativo.....	76
5	ART. 8º do CPC/2015: EFICIÊNCIA ECONÔMICA VOLTADA À APLICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	83
5.1	Inovação do art. 8º do CPC/2015 e o silêncio dos manuais pátrios sobre o fato.....	86
6	CONSTITUCIONALIDADE DO CONSEQUENCIALISMO EFICIENTISTA EM ABSTRATO	96

CONCLUSÃO 98

REFERÊNCIAS 103

INTRODUÇÃO

As relações sociais e a distribuição de poder no corpo estatal são dinâmicas ao longo do tempo (Luhmann, 1982). Assim, o que se espera hoje do Poder Judiciário e de seus membros não é o mesmo que outrora e não será o mesmo no futuro.

Nesse contexto, é relevante observar até onde a interpretação judicial da lei, da Constituição e dos tratados internacionais pode ir (Campilongo, 2011), ou seja, qual o limite ideal da atividade criativa do julgador ao interpretar a norma jurídica (Hart, 2001), e se essa atividade criadora existe, pois muitos a negam (Dworkin, 2002).

A resposta à indagação sobre o limite da interpretação judicial é complexa e, talvez, seja uma pergunta que não tenha uma única resposta, dada a variedade de situações com as quais se depara o Poder Judiciário.

Na busca, no âmbito da teoria geral do direito, sobre qual seria o limite para a interpretação judicial, e qual o exato papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito moderno, destacam-se as ideias de Richard Posner, Ronald Dworkin e, no Brasil, de Lenio Streck.

A resposta à questão “qual é o papel do juiz e do Poder Judiciário?”, até certo ponto, talvez se confunda com a solução da pergunta “o que é o direito?”.

Diante desse panorama, esclarece-se que o objeto desta dissertação é o modo pelo qual os juízes devem aplicar o direito no Brasil, além das implicações da Lei n. 13.655/2018 e do art. 8º do CPC/2015 na forma pela qual esses magistrados aplicam o direito brasileiro e fundamentam suas decisões.

Ainda, no âmbito das teorias que almejam descrever e determinar o papel do juiz no Estado Constitucional Democrático de Direito, e do limite adequado à interpretação judicial – o que tangencia a questão do que é o direito –, menciona-se a doutrina de Richard Posner, a Análise Econômica do Direito-AED (*Law and Economics – LaE*). Por meio dessa teoria, o autor conclui que o conceito econômico de eficiência deve ser tomado como regra de julgamento e, por consequência, ser fundamento para as decisões judiciais (Posner, 1986; Posner, 1981) visando mitigar a discricionariedade judicial historicamente defendida pelo positivismo (Hart, 2001) e incrementar a segurança jurídica. Nessa teoria, a eficiência econômica é compreendida como a solução que mais gere riqueza à sociedade.

Utilizar a eficiência econômica como regra de julgamento é, por natureza, uma ideia sedutora, pois, ao aplicá-la, estar-se-ia limitando a discricionariedade do julgador que teria um

valor, em princípio objetivo a seguir, deixando de decidir como bem entendesse e, ao mesmo tempo, impondo ao juiz escolher a solução que mais gere riqueza à sociedade jurisdicionada.

O argumento de Posner de que se todos soubessem ser a eficiência econômica o critério adotado para decisões judiciais – voltada para maximizar a riqueza na primeira fase de seus trabalhos, ou dirigida ao melhor para a sociedade conforme as regras de mercado no segundo momento de seus trabalhos – a discricionariedade do julgador poderia ser controlada, a segurança jurídica aumentada e a sociedade prosperaria mais, é de fato um pensamento relevante para o direito.

Segundo esta teoria, estar-se-ia melhorando a disponibilidade de recursos à sociedade, combatendo a insegurança jurídica, as muito criticadas soluções diferentes para casos iguais, além de se apresentar um critério bem definido para nortear o juiz na interpretação judicial quando o ordenamento lhe der opções distintas de resultado, qual seja, a geração de riqueza à sociedade¹.

Por outro lado, há duras críticas dirigidas a esse pensamento. As mais relevantes, formuladas por Ronald Dworkin, argumentam pela imoralidade do conceito de eficiência econômica como fundamento para decisões judiciais. E não se encerra por aí. No Brasil e em Portugal, respectivamente, citam-se Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares, ambos críticos à adoção da eficiência econômica e da maximização da riqueza como critério para o fundamento da decisão judicial².

No Brasil, em alteração legislativa recente, o art. 8º do CPC/2015, parte final, assim como os arts. 20 e 23 do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (LINDB), com redação dada pela Lei n. 13.655/2018, adotaram expressamente o conceito de eficiência como regra de julgamento. Em ambos os dispositivos fala-se em eficiência como critério hermenêutico na aplicação do direito material pelo juiz – isto é, os artigos mencionados são regras de julgamento.

O objetivo desta dissertação consiste em provar que as redações desses dispositivos – art. 8º do CPC/2015, parte final, e arts. 20 e 23 da LINDB, com redação dada pela Lei n. 13.655/2018 – adotaram o consequencialismo como método de julgamento e a eficiência

¹ No direito norte-americano, Posner defende que o juiz poderia decidir buscando eficiência mesmo quando as regras forem claras.

² “Cabe destacar que a proposta hermenêutica de Posner está fundamentada, por incrível que possa parecer, em dicotomias platônicas, portanto metafísicas. Desde a pragmática é plenamente possível reconstruir os conceitos, sem a relevância emprestada pela tradição do *civil law*, isto é, a norma escrita pode ser realinhada pela aplicação de um critério diverso, no caso, da eficiência. *A Law and Economics* reconhece no juiz a função de criar direito, tal qual Hayek, situação um tanto vinculada a sua própria compreensão de hermenêutica, mas que não se sustenta à crítica da hermenêutica filosófica. A despeito da compreensão hermenêutica, a inserção da eficiência como critério de validação das decisões torna o jogo hermenêutico viciado por cartas marcadas” (Rosa; Linhares, 2009, p. 79).

econômica como um valor hermenêutico consequencialista, com inspiração clara na Análise Econômica do Direito conforme doutrina de Posner, impondo aos juízes brasileiros a observância da eficiência econômica como regra de julgamento.

Além de provar ser a eficiência uma nova regra de julgamento consequencialista adotada no Brasil e demonstrar que esse critério é o defendido há décadas por Posner, analisa-se como esse novo parâmetro hermenêutico deve ser aplicado perante a CF/1988.

Dessa forma, o legislador brasileiro, ao se utilizar de normas sobre direito no art. 8º do CPC/2015 e nos arts. 20 e 23 da LINDB, acrescentou ao art. 5º da LINDB a eficiência econômica como regra de julgamento consequencialista, aproximando-se nesse ponto da AED posneriana.

Após demonstrar a inovação legislativa e sua respectiva fonte doutrinária, a ideia é evidenciar que os manuais de processo civil, os quais possuem grande capilaridade para levar conhecimento a todos os bacharéis em direito em formação no país, estão ignorando a natureza de regra de julgamento do art. 8º do CPC/2015, e o fato desse artigo haver adotado corrente consequencialista para fundamentar a decisão judicial, ao passo que a doutrina administrativista já reconhece a inovação equivalente trazida pelos artigos análogos postos na LINDB.

Ao final, busca-se responder a três perguntas interligadas: 1) o legislador brasileiro, nos arts. 20 e 23 da LINDB, com a redação dada pela Lei n. 13.655/2018, e no art. 8º do CPC/2015, respectivamente para aplicar o direito público e o direito privado, abraçou a eficiência econômica como regra de julgamento consequencialista?; 2) Em caso positivo, este fato implicou na adoção expressa da AED de Richard Posner no sentido de a eficiência econômica ser um fundamento legal válido para se tomar uma decisão judicial?; 3) Esse fundamento legal para decisões judiciais, se adotado, é compatível com o ordenamento constitucional e infraconstitucional brasileiro?

Para realizar essa tarefa, no capítulo 1, explica-se no que consiste o pragmatismo filosófico clássico de Charles S. Peirce (1839-1914), William James (1841-1910) e John Dewey (1859-1952), pois o pragmatismo jurídico de Posner adotado declaradamente na segunda fase dos escritos do jurista apresenta raiz nessa escola filosófica. É desse movimento que surge o raciocínio pragmático que inspirou a Análise Econômica do Direito posneriana, a qual teria sido incluída no ordenamento brasileiro.

No segundo capítulo, optou-se por conceituar discricionariedade judicial, pois a AED de Posner nasceu visando diminuir a discricionariedade judicial vista como inerente ao direito pelo pensamento positivista. Pela relevância do autor, adotou-se o positivismo de Hart para estudar o conceito de discricionariedade.

Ainda no capítulo 2, apresentam-se as doutrinas de Dworkin (direito como integridade) e de Streck (crítica hermenêutica do direito), as quais tentam combater a ideia de discricionariedade judicial por meios distintos da AED posneriana. Aquelas duas correntes doutrinárias combatem a discricionariedade com base na moral. A corrente dworkiana se volta para a integridade de todo o ordenamento jurídico que tem como fundamento valores morais. Enquanto isso, a doutrina da crítica hermenêutica do direito, de Streck, procura negar a discricionariedade judicial com fulcro na completude do direito e a partir dos valores constitucionais, interpretando o ordenamento jurídico considerando círculo hermenêutico com aplicação da filosofia da linguagem ao direito (Heidegger e Gadamer). Esclarece-se que a hermenêutica jurídica deve ocorrer a partir do abandono do dualismo sujeito-objeto.

O terceiro capítulo é dedicado à doutrina da Análise Econômica do Direito, de Richard Posner. Por meio dessa teoria, em sua fase inicial, na década de 1970, com a obra *Economic Analysis of Law* (ainda sem tradução no Brasil), o filósofo advoga a adoção da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) como teoria normativa, isto é, que prega como o direito deve ser, para defender que, na aplicação do direito, os juízes e os tribunais devem sempre adotar a solução mais eficiente, ou seja, aquela que gerar a máxima riqueza para a sociedade.

Nessa primeira fase dos trabalhos de Posner, a eficiência econômica nos moldes expostos seria o único fim do direito e da atividade jurisdicional. No mesmo capítulo, procura-se provar, ao se apresentar as obras de Posner, que após sua teoria sofrer inúmeras críticas, o filósofo do direito inicia um processo gradativo de abrandamento do seu discurso de dependência do direito em relação à economia e começa a defender que o direito e os magistrados ainda devem buscar a eficiência econômica, mas agora, tomada como o melhor para a sociedade segundo as regras de mercado. Nesse ponto, destaque-se, ele nunca abandona a finalidade da eficiência econômica para o direito e a decisão judicial, mas apenas abrandando o conceito de eficiência.

No quarto capítulo, apresenta-se a inovadora reforma da LINDB, ocasionada pela Lei n. 13.655/2018, que lhe acrescentou os arts. 20 a 30. Ressalta-se que os doutrinadores administrativistas já acompanhavam o Projeto de Lei, elaborado por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto (PL do Senado Federal n. 349/2015), com a expectativa de que seria alterada a forma pela qual as decisões das esferas administrativa, controladora e judicial são fundamentadas no Brasil, por adotar o consequencialismo jurídico voltado à eficiência na aplicação do direito público no país.

No quinto capítulo, procura-se demonstrar que o art. 8º do CPC/2015 possui redação muito próxima à do art. 5º da LINDB e dos arts. 20 e 23 acrescidos pela Lei n. 13.655/2018, todos aceitos como regras de julgamento. Os autores de manuais de processo civil e processualistas em geral, todavia, estão interpretando a expressão “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá [...] a eficiência” contida no art. 8º do CPC/2015 como “na condução do processo, o juiz atenderá”, o que achamos impossível por uma questão de vernáculo.

O art. 5º da LINDB está em vigor desde 1942, e sempre foi uma regra de julgamento. Assim, não há como o art. 8º do CPC/2015 possuir redação idêntica, dirigir-se ao juiz e não ser regra de julgamento. Ainda no quinto capítulo, revelam-se esses fatos de forma detalhada, pois regra de julgamento não é norma relativa apenas a procedimento e aproveitamento de atos.

Desde já, registra-se que foram apontados trechos de manuais de processualistas respeitados, cujo legado para o direito nacional é relevante. Para além disso, todas as críticas objetivam contribuir com a melhor compreensão do CPC/2015 e do direito pátrio, com grande respeito pela obra dos processualistas citados.

No sexto capítulo, explana-se sobre os limites da provada inovação hermenêutica para o direito brasileiro, a qual deverá ser interpretada apenas como mais uma consequência da decisão judicial a ser considerada pelo intérprete, que deve compreendê-la ao lado dos outros valores legais, sobretudo, dos valores constitucionais de hierarquia superior.

Ao final, realiza-se um apanhado geral do exposto para apresentar as conclusões lógicas decorrentes do texto, no sentido de confirmar a hipótese de que o legislador brasileiro, no art. 8º do CPC/2015, e nos arts. 20 e 23 da LINDB, adotou a AED posneriana.

1 PRAGMATISMO FILOSÓFICO CLÁSSICO

Como premissa para se compreender de onde veio o pragmatismo jurídico e o consequencialismo jurídico voltado à eficiência, imprescindível a apresentação do pragmatismo filosófico clássico, pois esse constitui a origem do pragmatismo jurídico de Posner, ao lado de outras raízes adotadas pelo filósofo, o qual afirma que na AED é necessário adotar uma postura pragmática (Posner, 2012)³.

Por longos anos, as ideias modernistas dominaram o pensamento⁴. Para essa corrente, era possível encontrar e explicar a verdade essencial do mundo utilizando técnica, metodologia, ou uma concepção de bem, todas verdades, portanto, passíveis de controle jurídico. A finalidade do modernismo no direito era encontrar, por meio da razão jurídica, as verdades do mundo jurídico e social. Baseava-se, portanto, no ideal de direito puro, que poderia trazer todas as respostas aos fatos postos (Arruda, 2011).

Na atualidade, todavia, a clareza do que é bem e o fim humano pregado pelo modernismo não se adequam à realidade social. O homem do século XXI possui muito mais liberdade de pensamento e expressão, o que é bom, mas torna difícil e volátil o consenso sobre o que é o bem e em que consiste o fim da sociedade. Isso também faz com que a sensação de pertencimento a um grupo, classe, ou posição política se altere de maneira bastante volátil (Arruda, 2011).

A sociedade contemporânea é pluralista. A concepção de “bem” não é única na sociedade; os valores morais como dignidade e autenticidade que definem a identidade das pessoas variam conforme os múltiplos grupos sociais.

Nesse contexto pós-modernista de abandono de uma verdade absoluta fundada em dogmas⁵, o pragmatismo é o movimento filosófico originário nos EUA que se expandiu para a

³ “O pragmatismo filosófico e a atividade judicial pragmática têm certa relação entre si. A maioria das especulações filosóficas – e é isso que faz com que a filosofia, apesar de distante das preocupações cotidianas, seja um dos pilares da educação superior em uma sociedade liberal – tem a tendência de abalar os pressupostos de quem as estuda. O juiz ou advogado que estuda filosofia ou (o que é mais provável) se lembra dos estudos que fez quando estava na faculdade pode vir a sentir que os pressupostos que definem sua cultura profissional perdem a solidez. A filosofia, especialmente a pragmática, incita a dúvida, e a dúvida incita a investigação; assim, o magistrado torna-se um julgador menos dogmático e mais pragmático ou, pelo menos, fica com a mente mais aberta” (Posner, 2012, p. 358).

⁴ “Sem dúvida, a investigação desenvolvida nos anos 50 e 60 sobre a modernização criou condições para que a expressão ‘pós-moderno’ pudesse circular também entre os cientistas sociais. Em face de uma modernização que se move por si própria e se autonomiza em sua evolução, o observador social tem razão de sobra para se despedir do horizonte conceitual do racionalismo ocidental em que surgiu a modernidade” (Habermas, 2000, p. 5).

⁵ “A questão “Você acredita que a verdade existe?” é uma versão taquigráfica no lugar de algo como “Você acha que há um término natural para o inquérito, um modo de saber como as coisas realmente são, e que compreender o que é esse modo nos dirá o que fazer com nós mesmos?” Aqueles que, como eu, são acusados de frivolidade pós-modernista não crêem que há um tal término. Pensamos que o inquérito é apenas outro nome para a

filosofia mundial. Sua criação é atribuída a três filósofos estadunidenses: Charles S. Peirce (1839-1914), William James (1841-1910) e John Dewey (1859-1952).

Em 1871, um grupo de estudantes de pós-graduação, dentre eles os três filósofos citados, todos com distintas formações, começaram a se reunir reiteradamente na cidade de Cambridge, nos EUA, e a esses encontros deram o nome de “Clube Metafísico” (*Metaphysical Club*), numa clara ironia, pois o grupo, na verdade, pretendia opor-se à metafísica⁶.

Durkheim (2004, p.49) traz um voz minoritária ao citar René Berthelot que vê em Nietzsche a forma original do pragmatismo. Liga-se, assim, o pragmatismo ao romantismo alemão, todavia, ressalta ver o pragmatismo como corrente de pensamento anglo-saxã, assim como a maioria.

A denominação pragmatismo foi criada por Charles Peirce, que depois se arrependeu do termo eleito por entender que “pragmaticismo” seria mais adequado para diferenciar seu pragmatismo da teoria de William James (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 8). Todavia, o termo que Peirce pretendeu forjar não “pegou” e pragmatismo é mesmo o utilizado pela doutrina. Charles Peirce e William James, no entanto, apesar de divergirem em alguns pontos em seus pragmatismos, pertencem a um mesmo movimento filosófico.

Esses filósofos deram as linhas do intitulado pragmatismo clássico, segundo Ghiraldelli Junior (2007, p. 8). Foi ele (William James), sem dúvida, quem forjou a face do pragmatismo em sua versão clássica, assim como foi a doutrina de James, complementada pelas ideias de Dewey, a ponte firmada entre o pragmatismo clássico e o pragmatismo tal qual se desenvolveu na atualidade, sobretudo pelas mãos de Hilary Putnam e Richard Rorty.

John Dewey foi discípulo de James e obteve reconhecimento mundial como “o filósofo da democracia” e “o filósofo da educação nova” (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 8). Após os pioneiros já citados, surgiram outros filósofos pragmatistas, mas foi com Willard V. O. Quine (1908-2000) que o pragmatismo pode se perpetuar, produziu como aluno Donald Davidson (1917-2003) o qual, segundo Ghiraldelli Junior (2007), elencou os elementos necessários para que Richard Rorty absorvesse as ideias pragmáticas. Hoje, Rorty é considerado um arauto do

resolução de problemas, e não podemos imaginar o inquérito a respeito de como os seres humanos devem viver, do que fazemos de nós mesmos, acabando-se. Pois soluções para antigos problemas produzirão novos problemas, e assim por diante sempre. Tanto com o indivíduo quanto com a sociedade e as espécies: cada fase de maturação só superará os problemas prévios criando problemas novos” (Rorty, 2006, p. 75-76).

⁶ “It was in the earliest seventies that a knot of us Young men in Old Cambridge, calling ourselves, half-ironically, half-defiantly ‘The Metaphysical Club’ – for agnosticism was then riding its high horse, and was frowning superbly upon all metaphysics, – used to meet, sometimes in my study, sometimes in that of William James” (Peirce, v. III, p. 399). Tradução livre: “Foi no início dos anos setenta que um grupo de jovens na velha Cambridge, chamando a nós mesmos, meio ironicamente, meio desafiadoramente de *O Clube Metafísico* – pois o agnosticismo estava em alta e desaprovava soberbamente toda metafísica – costumávamos nos encontrar, às vezes em meu escritório, às vezes no de William James”.

pragmatismo filosófico. Em sua obra, enfrentou tema que vinha sendo considerado uma incoerência do pragmatismo filosófico, qual seja, o fundacionismo contra a sustentação filosófica não fundacionista do pragmatismo.

Importante notar que, o pragmatismo, em meados do século XX, foi praticamente banido dos meios intelectuais dos EUA pela filosofia analítica, que reinou absoluta. Nos últimos 15 anos do século XX, entretanto, suas ideias voltaram a ter forte aceitação, não só no campo filosófico, como também nas ciências sociais e na literatura.

1.1 Experiência e verdade

O pragmatismo é eminentemente antifundacionista, por isso, “não tem dogmas, não tem doutrinas, só um método”⁷. Segundo James, o pragmatismo é um método com atitude.

A ideia na raiz do pragmatismo de Peirce, James e Dewey é o combate ao dogmatismo e a eliminação dos dualismos característicos da metafísica como “realidade” e “aparência”⁸, “corpo” e “mente”, e “sujeito” e “objeto”⁹ (Durkheim, 2004, p. 71). Quanto ao conceito de “experiência”, Peirce, James e Dewey apresentam em suas obras compreensões distintas a respeito (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 9).

Nesse sentido, Shook (2002, p. 12) ensina que cada um dos três pragmatistas clássicos realizou investigações na linha de seus próprios interesses acadêmicos. Peirce foi o pioneiro do pragmatismo na lógica, na semiótica e na metafísica, além de criar uma filosofia das ciências naturais extremamente original; James, por sua vez, deu início ao movimento intelectual pragmatista na psicologia experimental; Dewey, no campo da psicologia social, procura, além

⁷ “Até então, não há nenhum resultado particular, mas somente uma atitude de orientação, que é o que o método pragmático significa. A atitude de olhar além das primeiras coisas, dos princípios, das “categorias”, das supostas necessidades; e de procurar pelas últimas coisas, frutos, consequências, fatos” (James, 2006, p. 48).

⁸ “Do ponto de vista estritamente filosófico, a principal importância da obra de Dewey reside em sua crítica da noção tradicional de ‘verdade’, encerrada na teoria a que chama “instrumentalismo”. A verdade, tal como é concebida pela maioria dos filósofos profissionais, é estática e final, perfeita e eterna; na terminologia religiosa, pode ser identificada com os pensamentos de Deus e com os pensamentos que, como seres racionais, compartilhamos com Deus. O modelo perfeito de verdade é a tábua de multiplicar, que é precisa e certa, livre de toda a escória temporal [...] Dewey não aspira a juízos que sejam absolutamente ‘verdadeiros’, nem condena os juízos contrários como absolutamente ‘falsos’. Segundo sua opinião, há um processo chamado ‘indagação’, que é uma forma de ajuste mútuo entre um organismo e seu ambiente” (Russel, 1957, p. 706).

⁹ “A doutrina de James do empirismo radical foi publicada, pela primeira vez, em 1904, num ensaio intitulado ‘Existe a Consciência?’. O objetivo principal desse ensaio era negar que a relação sujeito-objeto fosse fundamental. Até então, os filósofos haviam dado como coisa assentada que havia uma ocorrência chamada “conhecer”, em que um ente, o que conhece ou sujeito, tem notícia de outro, a coisa conhecida, ou o objeto. O que conhece era considerado uma mente ou alma; o objeto conhecido podia ser um objeto material, uma essência eterna, outra mente, ou, na consciência de si mesmo, idêntico ao que conhece. Quase tudo, na filosofia aceita, estava ligado ao dualismo de sujeito e objeto. A distinção entre a mente e a matéria, o ideal contemplativo e a ideia tradicional de ‘verdade’, tudo necessitava ser radicalmente examinado de novo, se a distinção entre sujeito e objeto não fosse aceita como fundamental” (Russel, 1957, p. 698-699).

disso, a utilidade da filosofia para uma sociedade progressista e democrática. Todos, no entanto, concordam que a inteligência humana advém essencialmente do conhecimento oriundo da experiência.

Para Shook (2002, p. 12), além da concordância sobre a experiência, os autores comungavam das seguintes visões em comum:

1. Embora a experiência seja o fundamento do conhecimento, a mente transforma a experiência em objeto do conhecimento.
2. A transformação da experiência visa apaziguar a dúvida, etapa preparativa de uma ação com vistas a um fim específico.
3. Como a mente visa uma crença prática, a transformação que ela faz da experiência é guiada pela atividade experimental.
4. O processo experimental de criar crenças sólidas pode ser logicamente avaliado com base em sua função de nos possibilitar prever confiavelmente e controlar nosso ambiente.

A distinção sobre o conceito de experiência dos filósofos estudados consistia em que Peirce usava a noção de experiência como experimento laboratorial, isto é, compreendia que a experiência seria isolar o que se quer dar atenção e analisá-lo em condições ideais de verificabilidade. James, por sua vez, utilizava e compreendia o termo experiência como “vivência”, experiência obtida pelo indivíduo em sua vida. John Dewey, considerando os escritos de seus antecessores, conseguiu levar o significado de experiência a um nível mais útil e abrangente, o da prática social (Ghiraldelli Junior, 2007), o que pode ser demonstrado por meio das palavras do próprio Dewey (2007, p. 227-243), ao descrever a evolução de visão individual de experiência para o conceito de experiência como prática social:

O individualismo parcial e egoísta da vida americana deixa suas marcas em nossas práticas. Para o melhor e para o pior, dependendo do ponto de vista, transformou o individualismo estético e fixo da velha cultura europeia em um individualismo ativo. Mas a ideia de uma sociedade de indivíduos não é estranha ao pensamento americano; ela penetra até mesmo em nosso individualismo presente que é irrefletido e brutal. E o indivíduo que o pensamento americano idealiza não é o indivíduo *per se*, um indivíduo fixo, em isolamento e estabelecido por si mesmo, mas um indivíduo que evolui e desenvolve-se em um ambiente natural e humano, um indivíduo que pode ser educado.

[...] De modo algum esses sistemas perseguem a produção de crenças úteis à moral e à sociedade. Mas a formação de uma fé na inteligência, como a única e indispensável crença necessária à moral e à vida social. Quanto mais se aprecia o valor intrínseco, imediato e estético do pensamento e da ciência, quanto mais se toma consciência de que a própria inteligência acrescenta alegria e dignidade à vida, tanto mais se sente pesar frente à situação em que o exercício e a alegria da razão encontram-se limitados a um grupo social

restrito, fechado e técnico, e tanto mais dever-se-ia perguntar como seria possível fazer todos os homens participantes desse inestimável bem.

Talvez essa visão de experiência como prática social de Dewey possa ter vindo da influência de Georg F. Hegel (1770-1831), que dividia a experiência em *Erlebnis*, e de *Erfahrung*, essa última significando a experiência de um povo, ou de uma cultura (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 7). Dewey trouxe o conceito da “grande comunidade”, que pode ter influenciado Jürgen Habermas (Herdy, 2009) em sua tese “A transformação estrutural da esfera pública” (1962)¹⁰.

Pela experiência, conceito que, como dito, variava entre os três autores mencionados, eles buscavam a “verdade”; no entanto, para o pragmatismo filosófico, a verdade não é algo absoluto e imutável; o que o pragmatismo almeja ser é um método para se buscar a verdade, que, por sua vez, pode alterar-se ao longo do tempo.

Para William James, o pragmatismo é um “método para a verdade”, o qual seria capaz de superar as propostas metodológicas que disputavam o cenário em sua época, quais sejam, o método racionalista e o empírico (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 9). Segundo Ghiraldelli Junior, pelo entendimento de James, o pragmatismo seria uma cunha, entre o empirismo tradicional e o racionalismo, e que deveria funcionar sobre a metafísica e a epistemologia, reformulando-as ou extinguindo-as. E foi exatamente nessa questão – se a metafísica e a epistemologia deveriam ser reformuladas ou abandonadas – que os pragmatistas clássicos divergiram.

No plano da metafísica, os pragmatistas não afirmam que o mundo material é construído exclusivamente pela razão, nem que esse mundo é um elemento alheio e independente do

¹⁰ “Em entrevista a Mithchell Aboulafia (2002), o filósofo alemão Jürgen Habermas conta-nos que a influência do pragmatismo em seu desenvolvimento intelectual se deu em três domínios. Em primeiro lugar, na epistemologia, com Charles Sanders Peirce; em segundo, na teoria social, com George-Herbert Mead; e, em terceiro, na teoria política, com os estudos de John Dewey sobre a “Grande Comunidade”. Habermas vislumbra no mais conhecido escrito sobre política de Dewey, *O público e seus problemas* (1927), uma antecipação dos argumentos expostos em sua tese de doutorado, *A transformação estrutural da esfera pública* (1962). [...] Talvez seja o momento de indagarmos acerca da possibilidade de se vindicar a versão *peirciana* do pragmatismo clássico como pano de fundo para a filosofia do direito de Habermas. Nessa perspectiva, o direito seria encarado como o médium propício à concretização da “comunidade de investigadores” de Peirce. Certamente, a defesa de uma perspectiva filosófica realista no plano da validade normativa coloca o quadro teórico-filosófico dos dois autores em linha de continuidade e, ao mesmo tempo, em contraposição às propostas pragmatistas que hoje identificamos na epistemologia e no direito. Se Habermas é mesmo um intelectual animado pelo espírito pragmatista em todos os domínios de sua intervenção intelectual, tal espírito formou-se sob a influência da tradição clássica do pragmatismo norte-americano, cuja proposta nada tem a ver com a versão renovada ou renascida que domina no cenário filosófico contemporâneo. A identificação de Habermas com esta escola de pensamento pretendeu enquadrar o autor na linha da tradição clássica, em franca oposição ao neopragmatismo de Rorty e Posner, cujas teses dominam os discursos pragmatistas contemporâneos. Habermas, nesse quadro, poderia sim ser visto como um pragmatista, mas um pragmatista que é mais afeito ao estilo clássico desta escola de pensamento; como diria Haack, um pragmatista de estilo *neoclássico*” (Herdy, jun. 2009, p. 43-61).

intelecto trazido à razão apenas pelos sentidos (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10) como os adeptos do cartesianismo que pregavam um sujeito com conhecimento intuitivo (Descartes, 1641). Na metafísica, não buscavam responder se a razão ou a experiência sensorial é que melhor apreendiam o mundo externo.

Para James, o pragmatismo era um empirismo, mas um empirismo radical. Utilizando desse empirismo radical, que integraria a experiência, sem preocupar-se se a concepção correspondentista ou coerentista era a correta sobre a verdade, qualquer pessoa poderia, considerando a correspondência e a coerência, analisar um enunciado e chegar à conclusão correta se ele é ou não verdadeiro. Não se trata, para o pragmatismo, de aceitar ou negar as definições correspondentista de verdade e coerentista de verdade. O pragmatismo seria um instrumento para que qualquer pessoa, ao adotá-lo, e considerando todas as concepções de verdade disponíveis, atingisse o melhor resultado ao averiguar se um enunciado era falso ou verdadeiro, mas sem partir de uma pré-concepção sobre a resposta (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10).

O pragmatismo não almeja definir a verdade, mas ser um método para alcançá-la. Seria instrumental, apto a melhorar o procedimento de decisões diante de enunciados e ações e, para isso, seria necessário aplicar-se a experiência de forma pragmática (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10).

Shook (2002, p. 123), ao esclarecer a verdade no pensamento de James, afirma que ela é compreendida pelo critério da “aplicação satisfatória” [*satisfactory working*], afinal, ideia verdadeira é a que se aplica satisfatoriamente. Isso porque, há tantos processos literais e vários modos de descrevê-los que não se pode esperar que todas as teorias sobre algo sejam totalmente compatíveis e absolutamente verdadeiras. Entende-se também que, como há vários graus de satisfação na aplicação de uma ideia, há vários graus de verdade, mas toda aplicação satisfatória exige uma experiência humana ativa.

Dewey aperfeiçoou esse procedimento proposto por James, ensinando que, para um enunciado ser considerado verdadeiro, deveria ser submetido à “assertividade garantida” [*warranted assertibility*]. Assim, a conclusão de veracidade de um enunciado só poderia ocorrer limitada a um tempo e a um contexto social. A valoração de um enunciado ou coisa consistia na valoração de todos os efeitos dessa coisa no meio social. Ademais, perante a experiência, a atribuição do adjetivo verdadeiro a algo dar-se-ia pela experimentação pública dos seus efeitos. Se apresentasse sucesso público em atingir um objetivo, então, seria verdadeira e somente o seria enquanto fosse capaz de continuar realizando o objetivo proposto (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10).

Segundo as doutrinas de James e Dewey, a verdade é aquilo em que “vale a pena acreditar”, ou “o que é bom para nós de se acreditar”, segundo os critérios dados pela experiência (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10).

A maneira de lidar com a verdade de James e Dewey aproxima a filosofia da ciência. Para eles, não há incompatibilidade nisso, ou seja, ambos compreendem que cada uma delas tem objetivos distintos, mas aceitam essa aproximação (Ghiraldelli Junior, 2007, p. 10).

Os pragmatismos clássicos de Peirce, James e Dewey não buscam definir a natureza da verdade, mas investigar um método a ser usado para avaliar se uma proposição ou fato pode ser compreendido como verdadeiro em um dado contexto cultural e temporal, a partir da experiência – conceito que, como dito, varia entre Peirce, James e Dewey.

1.2 Características essenciais do pragmatismo filosófico clássico: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo¹¹

Para Pogrebinschi (2005, p. 24), Peirce foi o ‘pai’ do pragmatismo, inclusive, criador do seu nome. No entanto, foi com James e Dewey que o conceito se desenvolveu, pois aquele, como lógico e matemático, preocupou-se precipuamente em provar sua nova teoria. Já esses últimos, focaram seus trabalhos em desenvolvê-la. Com Peirce, o pragmatismo era uma teoria de significação de conceitos; com as contribuições de James e Dewey, o pragmatismo assumia a forma de teoria da verdade.

Mesmo diante das diferenças entre os três autores do pragmatismo clássico, os quais divergiam quanto ao conceito central e relevante de experiência, é possível extrair do trabalho de cada um deles uma identidade (Shook, 2002, p.12), isto é, pontos em comum, que permite incluí-los sob o adjetivos de pragmatistas. São eles o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo (Pogrebinschi, 2005, p. 25).

1.2.1 Antifundacionalismo

O antifundacionalismo referido é, na verdade, a aplicação direta da negação da metafísica, ou seja, a rejeição de qualquer dogma, conceitos abstratos tidos por verdade, categorias apriorísticas, verdades entendidas como perpétuas, entes transcendentais, ou outros tipos de fundações criadas como inquestionáveis e imutáveis.

¹¹ Adotou-se a classificação das características do pragmatismo clássico propostas por Thamy Pogrebinschi (2005).

No pragmatismo, o pensamento não pode se basear em uma fundação estática, como se fosse eterna. Assim, para o pragmatismo, a certeza em algo por si só não se sustenta, mas deve ser revista e testada por um método pragmático de forma contínua no tempo.

Na filosofia pragmática clássica, reanalisa-se o conceito de verdade e de realidade, pois esses também, para serem compreendidos como verdade e realidade, devem ser testados pragmaticamente o tempo todo. Nesse ideal antifundacionista está implícita a concepção de que se deve pensar criticamente.

O antifundacionalismo em Peirce aparece no combate travado por ele com o cartesianismo. Para Peirce, não existe um poder de introspecção, não há meio para se pensar a não ser por signos, não existe poder de intuição nem há como se ter uma teoria sobre o que é absolutamente incognoscível (Pogrebinschi, 2005, p. 27).

Para Peirce, não há um poder de introspecção, isto é, todo conhecimento do mundo interno é derivado por raciocínio hipotético de apreensões do mundo externo. Outrossim, para ele, é impossível ao ser humano pensar sem utilizar signos, visto que todo conhecimento está no mundo externo, tudo que a humanidade conhece apreendendo o mundo externo, e todo pensamento só pode tornar-se conhecido, e deixar-se conhecer, por meio de signos que o tornam externos. Dessa forma, qualquer questão psicológica, que estaria no poder de introspecção e no inconsciente, só pode ser conhecida por fatos externos (Pogrebinschi, 2005, p. 27). Agora, mesmo internamente, só é possível pensar por signos, pois só se conhece o mundo exterior por meio dos signos (Pogrebinschi, 2005, p. 27).

Ao negar também a intuição, Peirce, matemático e cientista que era, afirma que toda cognição é logicamente derivada de outras cognições prévias. Assim, qualquer pensamento é interpretado a partir de pensamentos anteriores (Pogrebinschi, 2005, p. 28).

Ao combater a ideia de que há concepções sobre qualquer objeto incognoscível, afirma que um signo é sempre a representação de algo, e que é impossível ao homem adotar um símbolo sobre algo o qual ignora a existência. Para ele, toda representação por signos advém de abstrações e de combinações de outras cognições as quais antes de serem apreendidas e representadas enfrentam julgamentos da experiência. Assim, falar em representações de algo absolutamente incognoscível é uma incoerência, pois se o objeto fosse absolutamente incognoscível deveríamos ignorar sua existência (Pogrebinschi, 2005, p. 28).

O significado de um termo ou objeto consiste na concepção transmitida por ele; dessa forma, se algo foi transmitido, captado pelo intelecto humano, esse objeto ou termo não pode ser absolutamente incognoscível. Assim, uma cognição só pode existir na medida em que ela é conhecida (Pogrebinschi, 2005, p. 28).

Shook (2002, p.49) enumera o que vê como os quatro princípios básicos do empirismo peirciano:

1. O homem não tem o poder de introspecção e todo o conhecimento sobre o mundo externo advém, por raciocínio hipotético, de nosso conhecimento do mundo externo.
2. O homem não possui um poder de intuição, mas toda cognição é determinada logicamente por cognições prévias.
3. O homem não consegue pensar sem o uso de signos.
4. É impossível ao homem conhecer o absolutamente incognoscível.

Por adotar um método o mais científico possível, Peirce nega não só as teorias que fundamentam o conhecimento exclusivamente no mundo externo, mas também aquelas que fundamentam o conhecimento no inconsciente.

Pogrebinschi (2005, p. 28) explica com clareza o método usado por Peirce para compreender o conhecimento: “Segundo Peirce, o pragmatismo é essencialmente um método de comparar concepções entre si a fim de saber qual delas têm capacidade de modificar a conduta prática dos sujeitos e, neste sentido, faz parte da lógica e não da psicologia”.

A teoria de Peirce, portanto, não se limita a ser uma mera forma de se estudar significados de conceitos, mas inaugura uma escola filosófica e uma filosofia do fato que almeja aprender o que for possível através da experiência (Pogrebinschi, 2005, p. 29).

O antifundacionalismo em Peirce se reflete também no fato dele tratar verdade e realidade de forma diversa da metafísica tradicional. Para Peirce, a realidade independe da opinião de pessoas individualizadas, ou seja, o real é aquilo em que o raciocínio humano irá, mais cedo ou mais tarde, resultar (Pogrebinschi, 2005, p. 29).

Dessa forma, a realidade segundo Peirce é fruto de um processo investigatório constante, dinâmico e falível, pois as tentativas da ciência são sempre experimentos, no entanto, o método pragmático não depende da certeza de atingir um resultado correto de imediato. Seu valor está em ser um método autocorretivo (Pogrebinschi, 2005, p. 29).

Com o método pragmático aplicado incessantemente, a ciência pode detectar seus equívocos e se autocorrigir atingindo a verdade. Para Peirce, a verdade seria um resultado futuro e previsível.

Na obra de William James, o antifundacionalismo aparece de forma distinta. O pragmatismo, segundo o autor, é um método para solucionar disputas metafísicas – já em Peirce, qualquer fundamento metafísico é afastado. Assim, aplicando-se o método pragmático, os conceitos metafísicos seriam interpretados traçando suas respectivas consequências práticas. Diante disso, seria necessário questionar que diferença prática decorreria da adoção de cada um

dos conceitos metafísicos em disputa e, com base no resultado obtido, adotar o mais adequado. Se as diferenças práticas a serem produzidas pelos conceitos metafísicos forem insignificantes, então a disputa é vã e sem propósito, devendo, portanto, ser abandonada (Pogrebinschi, 2005, p. 30).

Assim, todo debate metafísico que não gere consequências práticas relevantes deverá ser abandonado. Além disso, uma unidade metafísica sem propósito jamais poderá ser usada como base de um pensamento.

Cada conceito deve ser relacionado com a experiência, que é mutável e constantemente acrescida de descobertas que geram novos significados. O pragmatismo, portanto, não irá oferecer uma resposta definitiva, mas é um método pelo qual os conceitos podem ser modificados até se atingir a verdade. Nesse contexto, é um meio para buscar respostas e não uma resposta definitiva imutável.

Para o pragmatismo, não há uma resposta final a ser atingida. O que importa é a crítica incessante, não aquela dirigida a um objeto sem propósito, mas investigativa, que relaciona a realidade com a experiência.

Para James, nenhum conceito é capaz de oferecer um resultado final, eterno e imutável, pois ele pode ser alterado incessantemente. É nisso que constitui sua realidade e sua verdade. Dada essa necessária mutabilidade dos conceitos, nenhum conceito pode ser tomado como ponto de partida, alicerce de uma teoria – um dogma –, nem como ponto de chegada. O método pragmatista é a arte de buscar a verdade incessantemente – essa, por sua vez, será consequência da busca e um fato (Pogrebinschi, 2005, p. 32).

Pogrebinschi (2005, p. 33) anota que a cruzada antifundacionalista de James está no centro de seu combate às teorias por ele denominadas de racionalistas, em oposição às teorias empíricas, entre as quais o pragmatismo se enquadra¹². Para James, os filósofos racionalistas priorizam princípios em detrimento de fatos, esses últimos valorizados pelos empiristas. Os racionalistas, argumenta James, seriam ainda idealistas e dogmáticos, enquanto os empiristas seriam céticos, pluralistas e materialistas. O combate ao racionalismo é uma marca da obra de James.

John Dewey, por outro lado, se oporá ao idealismo transcendental alemão. Sua teoria apresenta uma recusa a qualquer tipo de pensamento que pretenda uma ideia de certeza.

¹² O pragmatismo filosófico diferencia-se do empirismo britânico (cujos maiores expoentes foram John Locke, Thomas Hobbes, Francis Bacon e David Hume), não confundindo-se com esse, já que o empirismo britânico aceita a existência de uma verdade definitiva (Arruda, 2011, p. 27). O termo “correntes empíricas”, nesse ponto, é utilizado por Pogrebinschi como forma de indicar correntes filosóficas com ênfase na valorização da prática e fatos observáveis.

Segundo ele, a segurança filosófica depende da segurança proporcionada pelo conhecimento e a segurança desse, por sua vez, depende de sua aderência a objetos fixos e imutáveis (Pogrebinschi, 2005, p. 33).

Para Dewey, os homens procuram a sensação de segurança, buscam e se apegam ao que lhe parece proporcionar certeza. Isso, na verdade, não passa de uma mera sensação de segurança, pois a certeza absoluta é inatingível. Para uma teoria filosófica que pretenda ser séria, é impossível seguir esse caminho de busca por uma falsa certeza. Pogrebinschi (2005, p. 34), ao explicar o entendimento de Dewey, esclarece que, para esse filósofo, os fundamentos das teorias filosóficas que refuta surgiriam “como resposta para o brado humano pela segurança, ao se encontrarem os homens desesperadamente vivendo uma vida de incerteza em um mundo em permanente mutação”.

Assim, segundo Dewey, a adoção de fundamentos tidos como certeza vêm como acalento à fuga humana contra a instabilidade das coisas, no escopo de fazer o mundo parecer um lugar seguro. Para ele, no entanto, não é esse o caminho que a filosofia deve tomar. É necessário alterar esse curso para se desenvolver a filosofia com olhos voltados para a prática, no sentido de que tudo o que for adotado pela filosofia como admirável e louvável se sustente e se confirme na existência experimental e concreta (Pogrebinschi, 2005, p. 34).

Além da adoção da experiência e da prática, para Dewey, a filosofia também deveria considerar as diferenças e as consequências objetivas geradas nas relações humanas e naturais, além de valorizar a ação, deixando de encará-la como menos relevante em relação a outros processos de conhecimento, como o pensamento e o sentimento (Pogrebinschi, 2005, p. 35).

O pensador segue pregando que, mesmo os valores filosóficos e as concepções ideais de bem estão sujeitas às intempéries do mundo real; para fugir disso, a filosofia a qual combate se contenta em projetar uma forma perfeita de bem em um suposto mundo ideal, ou até em um paraíso fora do mundo terreno, tudo para tentar fazer de seus conceitos e pressupostos coisas inabaláveis (Pogrebinschi, 2005, p. 35). Inócuo, no entanto, buscar segurança em fundações transcendentais, pois elas não passam de um consolo, já que não modificam a situação existencial. Para Pogrebinschi (2005, p. 35), em Dewey a essência de todo idealismo filosófico tradicional – combatido por Dewey – está “em mostrar que as realidades que constituem os objetos do mais elevado conhecimento são também dotadas daqueles valores que correspondem às melhores aspirações e louvores”.

Dewey, para refutar todo e qualquer dualismo, por sua vez, afirma que a filosofia não deve fazer separação entre valores, isto é, não se pode dizer que um valor seja superior ou inferior a outro. É um erro da filosofia, inclusive, considerar o pensamento como bem supremo

(Pogrebinschi, 2005, p. 35).

No pensamento de Dewey, é entendida como equivocada a tentativa filosófica de separar o pensamento da ação e a teoria da prática. Esse dualismo não se sustentaria. No mesmo sentido, não é admissível buscar-se uma certeza cognitiva não amparada na prática e na experiência. O que poderia fazer a existência mais segura seria a resposta obtida praticamente na experiência (Pogrebinschi, 2005, p. 36) – conforme demonstrada para Dewey, a experiência é entendida como conjunto cultural amplo de um povo (Dewey, 2007, p. 227-243).

Na linha de abandonar um conceito de certeza e verdade, Dewey entende que a filosofia deve se aprimorar também em seus métodos de buscar a verdade. O que deve ser encarado pela filosofia não é se certos valores e instituições possuem uma essência superior, mas quais averiguações concretas se deve ter sobre os meios e os fins na regulação do comportamento prático.

Dewey compreende que a ênfase colocada pela filosofia na suposta realidade e superioridade dos valores, independentemente do que se faz na prática, é a causa da confusão enfrentada pelos homens perante o caráter instável e mutável da ciência (Pogrebinschi, 2005, p. 37).

Ainda, nega a possibilidade da certeza e sua inerente segurança, o que para ele é uma ilusão singela, além de rejeitar qualquer dogma, dualismo, valores supremos, autoridades últimas metafísicas, e de encarar como real a incerteza e a instabilidade da experiência humana prática. Por fim, argumenta que a ação prática humana é que deve ser o fundamento da filosofia.

Os três autores pragmatistas clássicos, em relação ao antifundacionalismo, têm um mesmo ponto de partida (a negação de dogmas e dualismos), mas suas conclusões finais variam bastante. Em Peirce, o processo investigatório é sempre inesgotável, de forma que a tentativa de conclusão anterior será a fonte de informação da próxima investigação. Já em James, seu antifundacionalismo aproxima-se do consequencialismo, pois, para ele, o pragmatismo seria um método para solucionar disputas metafísicas com olhos em suas consequências práticas. Por fim, Dewey leciona um antifundacionalismo próximo do contextualismo pragmatista, pois prega que a filosofia deve voltar-se à experiência e à prática humana, abandonando fundamentos como o ser e a verdade certa (Pogrebinschi, 2005, p. 37-38).

1.2.2 Consequencialismo

O consequencialismo é certamente a característica mais conhecida do pragmatismo. Consiste em priorizar olhar para o futuro e não para o passado. É para os acontecimentos futuros

que o pragmatista olha. Por isso, tanto na teoria da significação de Peirce, quanto nas teorias da verdade de James e Dewey, é usado permanentemente o teste consequencialista, isto é, a verdade de uma proposição e pensamento só será válida se suas consequências práticas as confirmarem (Pogrebinschi, 2005, p. 38).

É no âmbito do consequencialismo que está a pergunta da máxima pragmática: “quais diferenças práticas, ou seja, quais consequências a adoção desse conceito irá gerar?” (Pogrebinschi, 2005, p. 38). É realizando o exercício mental de antecipar os resultados futuros que se produz o conhecimento no pragmatismo. É por meio do reiterado processo de antecipar as consequências da adoção desse ou daquele conceito que o pragmatista faz a sua escolha e a fundamenta (Pogrebinschi, 2005, p. 38)

Em Peirce, que usava o pragmatismo como uma teoria de significação, ou seja, via no método pragmático uma forma de melhor esclarecer ideias e conceitos obscuros, o consequencialismo aparece na ligação entre o significado do conceito e suas consequências. Assim, o sentido de algo só é obtido olhando para suas futuras consequências com o método experimental (Pogrebinschi, 2005, p. 38).

Peirce inicialmente formulou sua famosa “máxima pragmática” nos seguintes termos:

Considere quais efeitos, que podem concebivelmente ter suportes práticos, nós concebemos que o objeto da nossa concepção tenha. Então, nossa concepção daqueles efeitos é o total das nossas concepções do objeto (Peirce, 1998 *apud* Pogrebinschi, p. 40).

Pogrebinschi (2005, p. 40-41) observa que ele ainda reformulou essa máxima duas vezes, primeiramente, tecendo um teorema filosófico, por último, a reescrevendo em termos semióticos, conforme demonstram os textos a seguir:

Pragmatismo é o princípio de que todo julgamento teórico exprimível em uma sentença no modo indicativo é uma forma confusa de pensamento cujo único significado, se é que há algum, reside na sua tendência de cumprir uma máxima prática correspondente exprimível como uma sentença condicional que tenha sua apódose no modo imperativo (Peirce, v. 1, 1998 *apud* Pogrebinschi, 2005, p. 40)

O inteiro significado intelectual de qualquer símbolo consiste no total de todos os modos gerais de conduta racional, os quais condicionalmente sob todas as circunstâncias e desejos diferentes possíveis resultariam em aceitação do símbolo (Peirce, v. 2, 1998 *apud* Pogrebinschi, 2005, p. 40-41).

Na verdade, a máxima pragmática é uma forma de teste para se averiguar se conceitos e teorias se relacionam de fato com a experiência.

O que Peirce tenta transmitir é que o objeto sobre o qual nos debruçamos, seja uma ideia ou um conceito, é definido pela soma de seus possíveis e futuros comportamentos práticos.

William James aprimorou a máxima pragmática da seguinte forma:

[...] para se obter uma clareza perfeita em nossos pensamentos sobre um objeto, precisamos apenas considerar quais efeitos práticos concebíveis o objeto pode acarretar – quais sensações podemos esperar dele, e quais reações devemos preparar. Nossa concepção destes efeitos, seja imediata ou remota, é então a totalidade da nossa concepção do objeto, na medida em que aquela concepção tenha um significado positivo (James, 2006 *apud* Pogrebinschi, p. 42).

Com James, a máxima pragmática, sem dúvida, torna-se mais clara e deixa os limites de uma teoria da significação, podendo ser aplicada a situações da vida cotidiana e utilizada para resolver uma contenda metafísica ou um problema concreto do cotidiano (Pogrebinschi, 2005, p. 42).

Em James, a máxima pragmática se presta a comparar conceitos e ideias. São relevantes apenas as discussões que tragam efeitos práticos na experiência. O sujeito, num exercício intelectual, pode determinar quais os efeitos práticos futuros dos objetos, aceitando, por evidente, o objeto em seus efeitos positivos. O pragmatismo não rejeita nenhuma concepção de modo terminativo, mas adota toda concepção que se mostrar boa para aquele momento. O pragmatista ainda pode compreender algo como bom em um momento e, no futuro, concluir que aquilo tornou-se ruim. Diante disso, poderá adotar, naquele novo momento da experiência, uma outra concepção (Pogrebinschi, 2005, p. 42-43).

As ideias de James demonstram claramente um relativismo. Não são adotados dogmas e valores metafísicos, todavia, mais que um relativismo, abraça-se um extremo consequencialismo. Uma concepção é adotada enquanto for útil ao pragmatista, uma vez que, ao analisar as consequências futuras de uma concepção, ele apreende que elas já não lhes são mais úteis¹³. Diante disso, essa concepção (objeto) será descartada (Pogrebinschi, 2005, p. 43).

O olhar do pragmático é realizado em direção às futuras consequências a serem proporcionadas pelo objeto. Se forem úteis, o valor do objeto será uma verdade, do contrário, essa concepção não é real e deve ser abandonada. Quanto ao processo de criação da verdade pragmática, Pogrebinschi (2005, p. 44) ensina: “o objeto em questão será considerado uma verdade, na medida em que ele se adicione positivamente a outros objetos presentes na

¹³ Utilidade aqui não é conforme a doutrina do utilitarismo, pois o pragmatismo não adota a teoria da busca da felicidade para o maior número de pessoas possível. Arguelhes e Leal (2009). *In*: Sarmiento, 2009, p. 188-189.

experiência, dando início assim ao processo pragmatista de criação da verdade” (Pogrebinschi, 2005, p. 44).

Importante anotar que o pragmatismo não se confunde com o utilitarismo, no que pese ambas as escolas filosóficas apresentarem pontos em comum. Isto porque, o pragmatismo não adota os conceitos de “felicidade geral” e “maior bem para o maior número de pessoas” como o utilitarismo; ainda, no pragmatismo, a utilidade não é medida em termos de felicidade, ou a felicidade do maior número de pessoas.

No pragmatismo, a utilidade é o que é melhor para os indivíduos, o que cria inclusive uma certa subjetividade no que é mais útil; em James, por outro lado, essa subjetividade revela-se mais acentuada (James, 2006, p. 114).

Para James e Dewey, a verdade é instrumental. Significa dizer que, uma ideia é verdadeira na medida em que crer nela seja bom para a vida de uma pessoa. Para James, algo é verdadeiro para uma pessoa, na medida em que for melhor para essa pessoa crer nisso. Pondera, ainda, que a verdade pode ser definida como “o que é melhor para nós acreditarmos” (Pogrebinschi, 2005, p. 44)¹⁴.

Durkheim (2004, p.168), ao esclarecer a verdade para o pragmatismo, afirma que o pragmatismo não comporta uma hierarquia entre valores, pois tudo é colocado num mesmo patamar. O verdadeiro, assim como o bem, são postos no nível do humano, do útil. Para James, o verdadeiro é o que é vantajoso, e por ser vantajoso é bom e tem valor.

A apuração do que é bom e verdadeiro é obtida com as interações do objeto analisado, independentemente da sua natureza com a experiência. Ao depararmos com algum objeto novo ou antigo, mas em um momento diferente, é necessário analisar se a adoção do objeto como um bem será boa ou não. Deve-se olhar se as consequências e os efeitos práticos da adoção do objeto serão positivas naquele dado momento (ou contexto) da experiência. Dessa forma, o que é bom e verdadeiro sempre será mutável conforme o contexto da experiência, e a análise do que é bom é feito de forma prospectiva (James, 2006, p. 115-116). Para James, essa forma de alteração do que é bom e verdadeiro, de maneira prospectiva, gera uma criatividade inerente ao pragmatismo (Pogrebinschi, 2005, p. 45).

A questão da verdade, tanto em Dewey quanto em James, é encarada de modo a superar

¹⁴ “O pragmatismo de James, por conseguinte, coloca em pauta uma concepção instrumental de verdade, a qual é também compartilhada por Dewey, conforme veremos adiante. Tal concepção pode ser sintetizada pela noção de que uma ideia é verdadeira à medida que acreditar nela seja proveitoso para a vida de uma pessoa. Disso decorre que a verdade é, segundo James, uma espécie de bem (*good*) e não meramente uma categoria correlata, ou mesmo distinta dele. “A verdade é o nome de tudo o que prove ser bom em matéria de crença”. De acordo com James, não é possível separar o que é melhor para as pessoas do que é verdadeiro para elas. De onde ele deduz que a verdade pode ser definida como “o que é melhor para nós acreditarmos” (Pogrebinschi, 2005, p. 44).

e negar as visões realistas e idealistas vigentes à época. Dewey se opõe às noções de verdade como consistência, ou acordo, proposta pelo idealismo e verdade como correspondência pregada pelo realismo. Ambas as correntes – idealismo e realismo – partem do pressuposto de que uma proposição possui a assertiva de sua própria verdade. Para Dewey, esse entendimento é absurdo, pois considerar que uma proposição possui em si sua própria verdade é abraçar um dogmatismo absoluto. Ele defende que, nos moldes pragmáticos, uma proposição implica uma dúvida sobre sua própria verdade (Pogrebinschi, 2005, p. 45).

No pragmatismo de Dewey, se houver uma proposição, então, há razões plausíveis para se averiguar se a afirmação contida na proposição é verdadeira. O que move a investigação é a dúvida e não a verdade, que pode não estar presente (Pogrebinschi, 2005, p. 46).

No raciocínio pragmático, toda proposição é apenas uma hipótese, pois sua verdade é incerta.

A construção da verdade em Dewey parte da crítica às correntes idealistas e realistas, as quais têm como pressuposto que toda proposição implica uma assertiva de sua própria verdade. Assim, toda proposição é apenas uma hipótese a ser testada conforme a experiência (Pogrebinschi, 2005, p. 46).

O pragmatismo, na busca pela verdade (que será sempre fluida e transitória) almeja aplicar fielmente o método científico, o qual considera todas as proposições hipotéticas, até serem provadas experimentalmente. Mesmo proposições já testadas e provadas são apenas sumários de investigações anteriores, sujeitas a revisões que venham a ser exigidas por eventuais novas investigações porventura necessárias (Pogrebinschi, 2005, p. 46).

No âmbito dessa mudança proposta pelo pragmatismo perante as correntes filosóficas dominantes à época na busca pela verdade, averiguar uma proposição ganha caráter prospectivo, ou seja, uma perspectiva de futuro, pois tanto no idealismo quanto no realismo a verdade já estava presente na proposição de forma antecedente (Pogrebinschi, 2005, p. 46).

Assim, no realismo e no idealismo, a verdade já estaria contida na proposição como algo inerente, por isso, irrelevante analisar as consequências futuras de sua aplicação prática. Já no pragmatismo de Dewey e James, uma proposição só é verdadeira se seus resultados futuros satisfizerem sua proposta.

Dewey ressalta a finalidade de uma proposição ser averiguada se é verdadeira. Pogrebinschi (2005, p. 47) esclarece que, para o pragmatismo, segundo Dewey, toda proposição não contém uma verdade precedente, mas uma hipótese referente ao futuro, “sua verdade ou falsidade depende do sucesso ou da derrota de sua finalidade”.

Para Dewey, toda proposição tem uma finalidade a atingir. O conceito de verdade de

Dewey é responsivo, pois ele responde a alguma necessidade, tem um fim desejável, que é atender a uma finalidade. Atingida a finalidade da proposição, constantemente ela poderá ser revista, em uma investigação eterna, alterando-se o contexto, a época e as formulações da experiência. Assim, no futuro, uma proposição poderá deixar de ser verdadeira, tornando-se inútil (Prebinsi, 2005, p. 48).

A experiência prática é mutável, e uma proposição, ou objeto, é sempre analisada dentro da experiência. Assim, a análise da proposição, ou objeto, é constante e mutável. Atingir e manter-se atingindo a finalidade e a utilidade é a condição para permanecer com a qualidade de verdadeiro. A análise das consequências do objeto ocorre no presente com vista ao futuro. Para Dewey, no entanto, passado, presente e futuro são fases de uma mesma coisa (Pogrebinski, 2005, p. 48).

1.2.3 Contextualismo

O contextualismo é a característica do pragmatismo a exigir que as investigações filosóficas sejam realizadas considerando-se o contexto histórico, político, social e cultural. O pragmatista não pode deixar de considerar o contexto em suas investigações.

O pragmatismo clássico denomina o conjunto geral de crenças sociais, políticas, religiosas e culturais de experiência, que é o conceito-chave na doutrina filosófica pragmatista clássica (Pogrebinski, 2005, p. 49).

Ao lado do conceito de experiência, o conceito de prática é central no pragmatismo filosófico, pois diz respeito ao principal elemento da experiência, o mais amplo dos contextos (Pogrebinski, 2005, p. 49).

O conceito de contexto no pragmatismo, todavia, não é simples. Não é apenas considerar o contexto histórico, social e cultural do momento da investigação filosófica. Para compreender o que é o contextualismo pragmático, é preciso apreender os conceitos pragmáticos de crença, ação, investigação, “comunidade de investigação”, dúvida e até hábito.

Peirce, ao utilizar o conceito de crença forjado por Alexandre Bain, um dos fundadores da Nova Psicologia na Inglaterra, compreende crença como aquilo que prepara um homem para agir. A crença não é um estado duradouro da consciência, mas um hábito da mente, que acionado e realizado dá a sensação de satisfação (Pogrebinski, 2005, p. 50).

Em *How to make our ideas clear* (1878), Peirce detalhou seu conceito de crença e de pensamento: todo pensamento almeja criar um novo hábito. Ademais, se os seres humanos não precisassem alterar seus hábitos, não desenvolveriam pensamentos. O resultado de um

pensamento será sempre a alteração de um hábito. Por sua vez, todas as crenças são hábitos de atividade para se alcançar um objetivo. Dessa forma, todo pensamento e toda crença devem ser julgados pela sua utilidade para se atingir um objetivo (Shook, 2002, p. 53-54).

Diante de qualquer situação, se não existir um hábito mental de crença nasce a dúvida, a qual irrita o indivíduo por não saber como deve agir, levando-o à ação de investigar até saná-la e obter uma crença (Pogrebinschi, 2005, p. 49).

Pogrebinschi (2005, p. 50), ao estudar Peirce, explica que a crença se define por três propriedades: 1) é algo de que se está ciente; 2) ela sacia a irritação causada pela dúvida e 3) ela faz nascer a necessidade da ação humana.

Coisas reais sempre causam crenças, pois seu significado emerge na forma de crença na consciência da pessoa. Por sua vez, para saber o que uma coisa é, é necessário averiguar que hábitos despertam nas pessoas. Ademais, para entender um hábito, é necessário entender como ele leva a ação em quaisquer circunstâncias, mesmo naquelas mais improváveis (Pogrebinschi, 2005, p. 50).

Todo hábito despertará uma ação no plano real e no mundo da imaginação, uma vez que as pessoas conseguem antever suas ações no pensamento. Segundo Peirce, a função do pensamento é, inclusive, produzir hábitos de ação (Pogrebinschi, 2005, p. 50-51).

A função da crença também é produzir um hábito de ação. A dúvida, no entanto, consiste na ausência de hábitos (Pogrebinschi, 2005, p. 51). As crenças preparam as pessoas para, uma vez ocorrendo determinada situação, agirem conforme ela. Já as dúvidas estimulam as pessoas incessantemente à ação até se formar uma crença (Pogrebinschi, 2005, p. 51), geram um estado angustiante de irritação e levam as pessoas a agirem para saná-la. Para Peirce, essa ação é uma luta para eliminar a dúvida, essa luta é a investigação (Pogrebinschi, 2005, p. 51).

A crença não necessariamente será verdadeira, pois verdades metafísicas não existem no pensamento pragmático. O que o homem busca é uma crença que ele deva pensar ser verdadeira para seu próprio bem (Pogrebinschi, 2005, p. 51).

Assim, para serem tidas por verdadeiras, o método para se alcançar a crença não pode ser fruto de uma simples criação ou presunção humana, não pode ser um mero dogma. O método utilizado para se satisfazer uma dúvida e estabelecer uma crença deve ser realizado de maneira que, qualquer homem, ao utilizá-lo, chegará, em algum momento, a um mesmo resultado. Segundo Peirce, esse método é a ciência (Pogrebinschi, 2005, p. 51).

Na visão de Peirce, por utilizarmos a linguagem para expressarmos nossas crenças, podemos obscurecer diferenças entre crenças distintas, tendo em vista a existência de limitações humanas no uso da linguagem. Dessa forma, a linguagem não seria o melhor método para

conhecer e compreender uma crença. Apenas observando a prática de uma ação humana é possível entender uma crença, mas, muitas vezes, as pessoas não as revelam oralmente ou por escrito, pois têm interesse em ocultar seus motivos (Shook, 2002, p. 54). Para ele, a única forma de solucionar disputas entre opiniões diversas é por meio do método científico.

A ciência será algo externo ao pensamento do homem, um método que dará uma resposta independentemente do que aquele homem queira ou deseje. Assim, todos os homens, a comunidade em si, ao aplicarem a ciência serão levados a uma resposta com a qual, ainda que não queiram, irão concordar. A essa concordância forçada Peirce chama verdade, e o objeto representado nessa concordância será o real (Peirce *apud* Shook, 2002, p. 74-75).

A essa comunidade que aplicaria o método científico Peirce chama de comunidade investigação, ou comunidade de investigadores. Apenas quando a investigação é tomada de forma disseminada na sociedade é que o método pragmático tangenciará a verdade. O que é real, o consenso social, importa para Peirce. A realidade dependeria, então, de uma decisão da comunidade ao atingir um estado de completa informação (Peirce, 1998 v. I, p. 52-55, *apud* Pogrebinschi, 2005, p. 52).

Peirce rejeita a dúvida cética de Descartes para com todas as crenças, chamando-a de falsa dúvida, pois não tinha origem em um problema concreto. Descartes descrevia o pensamento de alguém como algo isolado de qualquer outra pessoa ou coisa. Para Peirce, nós nos importamos com as crenças dos demais membros da comunidade e, ao notarmos que nossa crença contraria a das demais pessoas, passamos a duvidar (Shook, 2002, p. 64-65).

Para Peirce, por meio da educação é possível gerar crenças nas pessoas da comunidade, fazer com que seus integrantes, inclusive, substituam as velhas crenças por outras melhores. Entende, entretanto, que esse poder concedido à comunidade por meio da educação não é absoluto (Shook, 2002, p. 65-66). Ainda segundo Peirce, aplicando a ciência, método externo ao homem, a noção de verdade e de realidade da comunidade convergiriam para uma resposta imposta pela ciência, por isso, a realidade e a verdade da comunidade seriam a soma das verdades individuais que convergiriam (Pogrebinschi, 2005, p. 53). A verdade atingida pela comunidade de investigadores não é, no entanto, definitiva e imutável. Ela pode alterar-se se houver mudanças no contexto e na experiência. Assim, o consenso atingido é definitivo tão somente em um dado momento e em uma dada circunstância.

Em William James, o contextualismo é visto de forma semelhante, mas com algumas diferenças relevantes. Para James, os indivíduos possuem um estoque de opiniões antigas, mas, ao se depararem com alguma situação inédita, reviram essas informações e tentam preservar o máximo possível já consolidado, adotando no processo de construção da verdade uma nova

ideia. O indivíduo, portanto, adapta as crenças antigas de maneira a preservá-las tanto quanto possível. A verdade será, então, a soma das ideias antigas com a nova ideia aceita na experiência (Pogrebinschi, 2005, p. 53).

Em James, o processo de construção da verdade ganha contornos subjetivistas, o que lhe rende muitas críticas. Para ele, adequar a nova ideia ao estoque antigo de ideias depende da apreciação individual, pois acredita que, quando a antiga verdade é acrescida de uma nova ideia, tornando-se uma nova verdade, esse processo ocorre por razões subjetivas da pessoa (Pogrebinschi, 2005, p. 54; Shook, 2002, p. 125).

Ainda para o autor, a verdade não é inerente a uma proposição ou ideia, mas acontece na medida em que pode ser verificada, validada e aceita na experiência. É feita, portanto, por eventos, pois trata-se do próprio processo de verificação (Pogrebinschi, 2005, p. 55).

Ideias devem ser verificadas na prática. Diante disso, só será uma verdade se, na prática da experiência, ela se mostrar válida, boa e útil ao indivíduo. Em James, a verdade e a realidade desconstituem-se e reconstroem-se a todo o momento, na medida em que novas ideias e proposições são aceitas na experiência (Pogrebinschi, 2005, p. 56).

James discorda da noção de consenso definitivo de Peirce (mesmo sendo esse “definitivo” apenas por um momento histórico), pois entende que há apenas um consenso provisório em constante mutação. A verdade está na experiência que muda incessantemente, alterando, dessa forma, também a verdade e a realidade. Para o autor, todas as teorias criadas são modos mentais de readaptação do homem à realidade sempre em mutação. Diante disso, o contextualismo do pragmatismo constitui a necessidade de se estar sempre atento às mudanças da experiência e da realidade (Pogrebinschi, 2005, p. 56).

Para Pogrebinschi (2005, p. 57), dos três pragmatistas clássicos, o que melhor descreveu o contextualismo foi Dewey, para quem o contexto é algo tão inerente, está tão misturado com nossas vidas que temos até dificuldade de vê-lo e de compreendê-lo em sua real importância.

Em Dewey, o contexto é intrínseco até mesmo nos atos de fala. Para existir, o pensamento depende dos signos e dos sinais linguísticos, e esses, por sua vez, para serem interpretados dependem do contexto. Dessa forma, o contexto traz significado aos próprios signos e sinais linguísticos que possibilitam o pensamento (Pogrebinschi, 2005, p. 57-58).

Para explicar o contexto, Dewey lança dois conceitos: o “pano de fundo” e os interesses seletivos. O pano de fundo é o conjunto de ambientes os quais a filosofia deve considerar em todas as suas iniciativas. Todo e qualquer pensamento só aparece em um dado pano de fundo, que é espacial e temporal. Já os interesses seletivos se aproximam do conceito de subjetivismos. O subjetivismo, argumenta o autor, está presente em todos os pensamentos (Pogrebinschi, 2005,

p. 58-59).

O contexto e seus desdobramentos não podem ser ignorados pela filosofia. Nesse aspecto, Dewey ensina que a desconsideração do contexto pela filosofia é um erro metodológico grave, pois o conjunto das crenças religiosas, políticas e científicas que integram a cultura é a substância da filosofia (Pogrebinschi, 2005, p. 59).

Por fim, o contextualismo em Peirce é mais objetivista, enquanto em James assume forte subjetivismo. Dewey se posiciona entre os dois com o contexto assumindo um enfoque mais cultural, por isso, o pragmatismo em sua doutrina é reconhecido como pragmatismo social (Pogrebinschi, 2005, p. 61).

Apresentadas as características básicas do pragmatismo filosófico, o qual inspirou o pragmatismo jurídico, passa-se a abordar a discricionariedade judicial, relevante conceito positivista no contexto desse trabalho, visto que o pragmatismo da *Law and Economics* também foi pensado como mecanismo para extinguir, ou ao menos minimizar a discricionariedade judicial hartiana.

2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A AED foi desenvolvida, assim como outras teorias jurídicas desde o século XX, buscando solucionar o problema, ainda não resolvido, da discricionariedade judicial. Esse é o pano de fundo de muitas teorias sobre o que é o direito e o papel do juiz nas democracias atuais.

Nesse sentido, para Lenio Streck (2016, p. 221-245), a discricionariedade é “uma realidade no modelo jurídico em que estamos enquadrados” e, de fato, está inegavelmente presente no sistema jurídico brasileiro.

Com sua presença flagrante na ordem jurídica, a doutrina jurídica ocidental vem buscando responder como construir parâmetros capazes de controlar e de limitar objetivamente a discricionariedade do julgador. Maior exemplo disso são os escritos de Ronald Dworkin.

Algumas correntes de filosofia do direito se opõem à discricionariedade judicial (Dworkin, 2002) buscando eliminá-la; outras a toleram e, algumas, ainda a entendem necessária e buscam expandi-la, como as positivistas em geral.

Em *Conceito de direito*, Hart entende que, perante casos difíceis, nos quais a solução judicial não é de dada pelo direito de imediato, por isso, não é passível de averiguação pública de seu acerto, ou seja, em zonas de penumbra do direito, seria impossível não se admitir a discricionariedade judicial.

Alexy, por sua vez, aceita a tese da textura aberta do direito proposta por Hart por entender que esse espaço da textura aberta é o lugar no qual necessariamente ingressam os argumentos morais no direito (Streck, 2016, p. 221-245). Nesses pontos, portanto, aceita a discricionariedade no direito.

Já Dworkin se posiciona contrariamente a Hart, ao defender que todos têm direito a uma solução judicial conforme o ordenamento jurídico, sempre contrapondo-se à ideia de discricionariedade judicial e poder criativo dos juízes.

Neste capítulo, explana-se, da maneira mais clara e sucinta possível, como nasceu o conceito de discricionariedade no positivismo hartiano, isto é, o debate doutrinário advindo desse conceito, além de se demonstrar a evolução da doutrina ao tratar do tema. A ideia é provar a existência da controvérsia sobre a discricionariedade judicial e que os limites e o controle sobre a discricionariedade judicial ainda não foram respondidos satisfatoriamente. Sua aceitação ou negação é um ponto aberto na teoria do direito.

A questão é relevante porque a AED de Posner também tem como escopo negar a discricionariedade por meio da imposição do conceito de eficiência econômica. Ademais, mesmo quando afirma que a maximização da riqueza não deve ser um critério único, deixa claro

que é o critério mais relevante para essa finalidade, e que a AED seria capaz de eliminar a discricionariedade judicial.

2.1 Discricionariedade em H. L. A. Hart

Herbert Lionel Adolphus Hart, magistrado britânico, faleceu em 1992, em Oxford. Sua obra mais conhecida é *O conceito de direito* (1961), cujo pós-escrito só foi publicado em 1994. Nela, Hart lança sua teoria do direito classificada como positivista, e em seu pós-escrito dedica-se a rebater as críticas recebida de outros autores, sobretudo as formuladas por Dworkin. No capítulo “Formalismo e cepticismo sobre as regras”, Hart defende a “textura aberta do direito” (Hart, 2001, p. 137).

Para o autor, as regras gerais e os princípios são o principal instrumento do contrato social e não as regras dadas separadamente para cada pessoa (precedentes individuais). Assim, o direito comunica padrões gerais de condutas para que todos os percebam e os obedçam, dirigindo-se a categorias de pessoas e referindo-se a categorias de atos. O direito transmite esses padrões de comportamento de duas formas bem diferentes: por leis em sentido amplo e pelo precedente (Hart, 2001, p. 137).

Segundo Hart, mesmo utilizando o ordenamento jurídico de regras gerais escritas, em tese mais claras e de pronta aplicação quanto aos comandos gerais dados por exemplos concretos, isto é, os precedentes, são incontornáveis as dúvidas na aplicação dos termos linguísticos utilizados na legislação escrita (Hart, 2001, p. 139).

Para ilustrar essas possíveis dúvidas na aplicação das normas escritas – e diferenciar a imposição de regras pelo exemplo (precedentes) e por regras gerais de condutas escritas (lei) – o autor adota como exemplo a alegoria de um pai que, para ensinar seu filho a se portar ao entrar em uma igreja, o faz retirando seu próprio chapéu à porta do local. Assim, pelo exemplo (precedente), ensinará seu filho como se portar. Ao observar o pai, no entanto, a criança pode ter várias dúvidas, por exemplo, se, após entrar na igreja, poderia recolocar o chapéu ou se deveria depositá-lo sob a cadeira. Já, se houvesse um comando escrito ou verbal claro e direto para a criança “retire o chapéu ao entrar em igrejas”, em tese, haveria uma ordem clara e de fácil interpretação. Ao final, o filósofo esclarece que a teoria jurídica do século XX, época em que produziu sua obra, tomou progressivamente a correta consciência de que a suposta incerteza da imposição de regras pelo exemplo (precedente) e a dita certeza e clareza da regra imposta por escrito (lei ou legislação) não são tão firmes. Esse suposto contraste, ou diferença, é algo altamente incerto ou até ilusório (Hart, 2001, p. 138-139).

Hart conclui que, mesmo quando usadas regras gerais, escritas ou verbais, é possível haver incertezas sobre elas, pois os fatos da vida não aguardam o intérprete para serem classificados e etiquetados para posterior aplicação das regras gerais. Isso porque, em “todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite inerente à natureza da linguagem” quanto à orientação geral que ela pode transmitir (Hart, 2001, p. 139).

Um ponto interessante sobre a linguagem trazido por Hart é o de que os cânones de interpretação não conseguem extinguir a incerteza da linguagem, já que os próprios cânones para interpretar são regras, as quais também devem ser interpretadas (Hart, 2001, p. 139).

As hipóteses de aplicação das regras, esclarece o autor, as quais entendemos não necessitar de interpretação, são, na verdade, apenas casos muito repetitivos surgidos sempre no mesmo contexto. Na verdade, são extremamente consolidados, repetidamente aceitos, e não necessitam de interpretação. Na realidade, os casos ditos fáceis e de solução automática são aqueles sobre os quais ocorreu um acordo geral a respeito de sua classificação jurídica. São considerados simples só por sua repetição, por serem familiares a todos (Hart, 2001, p. 139).

Para a teoria do direito de Hart, mesmo as variantes dos casos já familiares exigirão uma classificação segundo os termos linguísticos das regras legais. Nesse ponto, até as variantes dos casos familiares exigirão classificação como abraçados – subsumidos – à uma lei, ou não. Nesse contexto, surgem argumentos favoráveis e contrários à subsunção do fato dotado de peculiaridade à norma e ao intérprete. Independentemente de ser tribunal, juiz ou acadêmico, estará perante uma escolha “entre alternativas abertas” (Hart, 2001, p. 140), ou seja, deverá raciocinar de forma idêntica à aplicação de um precedente judicial. Nessas situações, o raciocínio de subsunção fica em segundo plano. O cerne da questão é escolher qual lei aplicar (Hart, 2001, p. 140).

Nesse ponto, surge o poder discricionário do julgador ou intérprete. Sobre a discricionariedade, fruto desse poder de escolha, o filósofo afirma:

O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ele aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de fatores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra. Caracterizá-los seria caracterizar tudo o que é específico ou peculiar no raciocínio jurídico (Hart, 2001, p. 140).

Essa abertura para uma escolha do intérprete estaria presente, portanto, tanto na aplicação de lei, regras de caráter geral, quanto na aplicação dos precedentes, gerando a textura aberta do ordenamento, a qual, por sua vez advém de um “aspecto geral da linguagem humana” (Hart, 2001, p. 140-141).

Para ilustrar, Hart utiliza o exemplo de uma dada legislação ao usar o termo “veículo”, esclarecendo que um automóvel será unanimemente considerado veículo, mas uma bicicleta ou um patinete dividirá opiniões. Desta forma, prova que a limitação da linguagem está presente mesmo em casos simples, ficando o enquadramento de vários casos ao poder discricionário do intérprete e do julgador, o qual deverá desenvolver raciocínio similar ao utilizado no precedente. Isto porque, a limitação inegável da linguagem usada pela legislação fará com que ela, na verdade, traga apenas um (ou vários) exemplo dos casos em que deve ser aplicada. Fica sob o poder discricionário do julgador/intérprete decidir se o caso concreto segue o exemplo dado pela lei.

Ao explicar esse ponto no caso da proibição de veículos em um parque, Hart afirma:

Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certas combinações de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha – suficientemente – ao caso simples em aspectos relevantes. O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças [...]

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa dos casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. Até aqui, apresentamos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana, a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite as questões de fato (Hart, 2001, p.140-141).

Hart ainda esclarece que, tanto a regulamentação de condutas por lei quanto por meio de precedentes possuem essa textura aberta, pois a interpretação das normas trazidas por precedentes também esbarra na limitação da linguagem em descrever todos os possíveis fatos a serem regulamentados (Hart, 2001, p. 146-149).

Dada essa textura aberta das normas legais e das normas impostas por precedentes, os tribunais têm uma atividade criadora do direito, pois ao interpretarem a norma dada pelo

precedente, apreciarão se o caso concreto se amolda à norma do precedente, e se há alguma peculiaridade no caso que o distingue do caso paradigma que gerou o precedente (Hart, 2001, p. 148-149). No que pese a textura aberta das regras jurídicas, entretanto, não é possível retirar-lhes a relevância, ou, menos ainda, negar-lhes a existência ou a razão de existir.

Tendo em vista ser a discricionariedade judicial inerente a todos os sistemas jurídicos, por serem esses frutos da linguagem humana, a qual não é capaz de prever todos os fatos possíveis e futuros, e ser tão expressa e clara que anule a necessidade de interpretações e de escolha, Hart desconstrói o formalismo, também chamado ceticismo. Ele ensina que esse vício jurídico pretende disfarçar ou minimizar a existência de uma escolha para o intérprete por meio da regra geral expressa (lei), ou até de regras que fixem o significado das próprias regras. Explica, ainda, que esse raciocínio do formalismo é uma falácia, pois os defensores do formalismo estariam ignorando casos futuros sobre os quais têm total estado de ignorância, e que só conhecerão a respeito quando de fato ocorrerem (Hart, 2001, p. 140).

Tendo em vista a presença da discricionariedade e da textura aberta do ordenamento jurídico, Hart conclui que os tribunais realizam atividade criadora ou legislativa nos casos concretos, inclusive afastando a aplicação de precedentes pela distinção fática de um novo caso em relação ao que gerou o precedente, ampliando este último para ser aplicado em casos inicialmente não abrangidos por ele (Hart, 2001, p.147-148).

Para Hart, a textura aberta do direito, fruto da limitação da linguagem humana, faz ser imprescindível o reconhecimento da discricionariedade judicial que, por sua vez, gera a inevitável atividade criadora do direito pelos tribunais¹⁵.

¹⁵ “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedentes) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, essa função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a – intenção do legislador – e o direito que já existe” (Hart, 2001, p. 149).

2.2 Discricionariedade em Dworkin

Ronald Myles Dworkin, jurista e filósofo estadunidense, cujas maiores obras foram “Império do Direito” (1986) e “Levando os direitos a sério” (1977), tem como principal atuação a interpretação do direito, por trazer a ideia de direito como integridade.

Aqui, nossos estudo se concentram exclusivamente nas obras mencionadas, tendo em vista a impossibilidade de se analisar sua extensa produção em tão curto espaço de um capítulo.

Em “Levando os direitos a sério”, no capítulo “Modelo de Regras I”, Ronald Dworkin enfrenta o poder discricionário do intérprete e do julgador (Dworkin, 2002, p. 23). Segundo ele, os positivistas, como Hart, acabam extraíndo a existência do poder discricionário da limitação da linguagem ordinária, o que já se demonstrou ser uma afirmação verídica (Dworkin, 2002, p. 50).

Na teoria de Dworkin, a premissa de derivar a discricionariedade judicial da natureza limitada da linguagem humana é tida por um grande equívoco. Isto porque, empregar a palavra discricionariedade na vida cotidiana já seria algo incorreto, inaplicável. Para ele, trata-se de termo técnico, o qual só tem sentido em um único contexto “quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade” (Dworkin, 2002, p. 50). Assim, só faria sentido falar em poder discricionário dentro de uma limitação pré-definida para a escolha a ser realizada (Dworkin, 2002, p. 50-51).

Em sua obra, o jurista propõe três hipóteses de poder discricionário: duas delas denominadas poder discricionário fraco e, uma terceira classificada como poder discricionário forte (Dworkin, 2002, p. 51-54).

Para o autor, algumas vezes, utiliza-se o termo poder discricionário apenas para expressar que o cumprimento de uma ordem ou a realização de um ato por uma autoridade está limitado por parâmetros postos bem definidos, mas, ainda assim, o cumprimento dessa ordem ou realização do ato não pode dar-se mecanicamente, de forma automática, sem um juízo de julgamento pela autoridade executora, mesmo que em pontos restritos. Isso seria um dos dois sentidos de poder discricionário fraco (Dworkin, 2002, p. 51).

O segundo sentido fraco de poder discricionário apontado em “Império do direito” é o utilizado para transmitir a ideia de que algum funcionário público tem autoridade para tomar uma decisão que não poderá ser revista ou cancelada por nenhuma outra autoridade, ou seja, quando decide algo em última instância, mas dentro de padrões pré-estabelecidos e não com total liberdade (Dworkin, 2002, p. 51).

Dworkin (2002, p. 52) desenha esses dois conceitos de poder discricionário em sentido

fraco, para pontuar a diferença entre eles e o sentido de discricionariedade *forte*, o qual, por sua vez, ocorreria para os casos em que o termo quer comunicar que o funcionário que irá escolher ou julgar não tem padrões limitando o seu âmbito de escolha, isto é, vê-se livre para fazê-lo.

Marcados esses três conceitos de poder discricionário, volta a analisar o poder discricionário defendido nos termos positivistas – os termos de Hart – destacando que, para essa doutrina, se um caso não for disciplinado e abrangido por uma regra já estabelecida e bem clara, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário (Dworkin, 2002, p. 54).

Segundo Dworkin, para os positivistas, o juiz possui poder discricionário conforme o conceito fraco de discricionariedade, pois detém esse poder apenas para formar seu próprio juízo quando regras jurídicas deixam um espaço não claramente delimitado em sua aplicação (exemplifica como espaço dessa discricionariedade fraca o vão livre em um biscoito no formato de rosquinha). Ressalta que, para os positivistas, tratando-se de regras claras a disciplinar um caso, não há poder discricionário judicial¹⁶ (Dworkin, 2002, p. 54).

Os positivistas, a exemplo de Hart, chamam atenção para a vagueza, algumas vezes, das regras jurídicas. Nesses casos, nasceria a discricionariedade. Por isso também Hart defende que o ordenamento jurídico teria uma textura aberta¹⁷ (Dworkin, 2002, p. 54).

Dworkin diminui a importância da lição positivista segundo a qual quando as regras não forem suficientemente claras, então, os juízes terão poder discricionário. Isso, segundo ele, seria dizer o óbvio com palavras diferentes. Além disso, essa ideia nada explicaria sobre o funcionamento de regras e princípios (Dworkin, 2002, p. 55).

Para Hart, quando esgotadas as regras, e um juiz opta por aplicar princípios em suas decisões, então, exerceria a discricionariedade forte, com liberdade total, já que ao fazê-lo não estaria vinculado a padrões jurídicos anteriores. Diante disso, conclui que, no positivismo, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõe obrigações a eles” (Dworkin, 2002, p. 55).

Dworkin se insurge fortemente contra a afirmação de que padrões jurídicos distintos de regras não vinculam ou limitam os juízes. Afirma que, juízes e tribunais estão obrigados a respeitar princípios da mesma forma que devem respeitar as regras. Os jurisdicionados, afinal, têm o direito a esperar que as autoridades judiciárias observem princípios jurídicos reconhecidos. Se um princípio ditar um caminho, mesmo ponderado com outros, e o juiz chegar

¹⁶ Discorda-se que Hart defenda isso, mas essa é a visão de Dworkin a respeito.

¹⁷ Na verdade, segundo Dworkin, Hart leciona que toda regra jurídica teria uma textura aberta. Discorda-se, todavia, que Hart faça essa afirmação, pois, na verdade, o que ele assegura é que o ordenamento jurídico possui uma textura aberta e não todas as regras de direito.

a essa conclusão, não terá poder discricionário de aplicar ou não o princípio apenas por tratar-se de princípios e não de regras, pois estará vinculado da mesma forma (Dworkin, 2002, p. 56).

Dworkin (2002, p. 56) nega que o juiz e qualquer autoridade que deva dar o resultado indicado por padrões pré-estabelecidos tenha poder discricionário. Para ele, o juiz, como qualquer funcionário público que deve decidir o resultado, ou caminho, é apontado pelos padrões pré-indicados, ou seja, tem o dever de seguir o caminho que entender ser o indicado. O resultado atingido pode ser controvertido ou discutível, mas isso não autoriza concluir que o poder discricionário da autoridade, ou juiz, exista. Afinal, eles estão vinculados ao resultado que enxergam ser o correto.

Para Dworkin (2002, p. 57), se o julgador entender que os padrões legais, constitucionais, ou principiológicos indicam um resultado, ele não pode optar por outro, mesmo se a norma ou o princípio não forem claros.

Para provar que juízes não possuem poder discricionário, e não agem nos casos de nebulosidade das regras como legisladores delegados, Dworkin distingue entre argumentos de princípios e argumentos de política:

Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Este pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumento de política (*policy*), por outro.

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípios justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio [...]

[...] defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis como o da Spartan Steel, são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por política (Dworkin, 2002, p. 129).

Para Dworkin, os juízes e os tribunais não possuem discricionariedade ao decidir casos difíceis, ou casos para os quais o ordenamento apresenta mais de uma solução possível, pois ao concluírem que uma dada solução é a mais adequada, considerando todos os princípios e os valores no ordenamento, estarão obrigados a decidir, sem que exista aí uma faculdade, ou um poder de escolha (Dworkin, 2002, p. 127).

Para Dworkin, portanto, o direito deve ser manejado com integridade, como um todo, considerando princípios, leis, precedentes e valores politicamente válidos, todos integrantes de um único ordenamento jurídico, conforme se vê em “O império do direito”:

Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. O segundo princípio explica como e porque se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica porque os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante (Dworkin, 1999, p. 203).

Dworkin nega a discricionariedade judicial, porque, segundo ele, um juiz ou tribunal não é livre para fazer a escolha que intimamente compreender ser a melhor em casos que o ordenamento jurídico, aparentemente, aceita mais de uma decisão possível, já que há princípios que detêm o poder de vincular o juízo – o que não é aceito pelos positivistas, especialmente por Hart. Dessa forma, ao trazerem aplicações das normas regras ou das normas princípios (Alexy, 2008) a casos que antes nunca foram disciplinados por elas, os juízes só estão autorizados a fazê-lo por princípios jurídicos, e não por política. Assim, estão vinculados ao resultado que melhor atender aos princípios válidos, pois o direito deve ser compreendido com integridade¹⁸.

2.3 Discricionariedade no Brasil: Streck

No Brasil, Lenio Luiz Streck, ao discutir a discricionariedade judicial, ressalta que, apesar dessa condição estar presente inquestionavelmente no modelo jurídico vigente no país, é incompatível com o Estado Democrático de Direito; além disso, que grande parte da classe jurídica ignora o fato de o positivismo defendê-la e abraçá-la como parte inevitável do direito (Streck, 2016, p. 221-245).

Para Streck, o direito parece estar desvinculado das mudanças paradigmáticas ocorridas

¹⁸ “O direito como integridade pressupõe, contudo, que os juízes se encontram em situação muito diversa daquela dos legisladores. Não se adapta à natureza de uma comunidade de princípio o fato de que um juiz tenha a autoridade para responsabilizar por danos as pessoas que agem de modo que, como ele próprio admite, nenhum dever legal as proíbe de agir. Assim, quando os juízes elaboram regras de responsabilidade não reconhecidas anteriormente, não têm a liberdade que há pouco afirmei ser uma prerrogativa dos legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões sobre o *common law* com base em princípios, não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais “novos” que lhes aplicaram na época em que essas partes agiram ou em algum outro momento pertinente do passado” (Dworkin, 1999, p. 292).

na filosofia. A ideia do livre convencimento motivado do juiz e da crença de ser a decisão judicial um ato de escolha são exemplos máximos desse descompasso e decorrências lógicas da aceitação errônea da discricionariedade judicial como integrante do direito (Streck, 2016, p. 222).

Nessa linha, Streck esclarece que a viragem ontológica-linguística não foi recepcionada e compreendida pela classe jurídica brasileira, por isso, a mudança de paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem não repercutiu como deveria na filosofia jurídica. Para ele, no Brasil, os juristas não se deram conta de que o direito é linguagem e a filosofia do direito continua a ser feita com raízes individualistas neoliberais, sustentando um paradigma hermenêutico metafísico-essencialista. A admissão de conceitos, a exemplo da discricionariedade judicial, do livre convencimento motivado e da livre apreciação das provas são reflexos dessa ligação a modos metafísicos de interpretação do fenômeno jurídico (Streck, 2014, p. 75-77).

Para o jurista brasileiro, admitir a discricionariedade judicial seria permitir que uns poucos, os julgadores, imponham que o direito será o que eles dizem ser. Essa conduta, explica, é totalmente incompatível com a democracia, a qual exige que a construção do direito seja fruto de uma repartição de poderes e deve realizar-se coletivamente, jamais como resultado de uma vontade individual do julgador: “discricionariedade e democracia não se coadunam: enquanto uma centra-se numa figura (quase plenipotenciária) como centro da decisão, a outra se projeta num constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas” (Streck, 2016, p. 222-223).

Para Streck (2016, p. 223), a maior dificuldade no combate à discricionariedade judicial é o fato de que muitos operadores do direito sequer compreendem que ela é inerente ao positivismo jurídico, pois, em sua maioria, eles creem falsamente que, no positivismo, não haveria espaço de liberdade na decisão judicial, inexistindo discricionariedade para o julgador.

Na percepção de Marrafon (2016, p. 422-423), Streck, em sua teoria da decisão judicial pós-positivista, rompe com os modelos positivistas de Kelsen (o qual defende que dentre as diversas interpretações possíveis, a decisão entre uma e outra é uma escolha política do juiz), e de Hart (para quem os juízes têm poder discricionário para decidir sobre as imprecisões dos limites das regras jurídicas), na medida em essa suposta liberdade do juiz traria uma democracia dependente do intérprete judicial e uma instrumentalização do direito à vontade ideológica do magistrado, o que é inadmissível (Marrafon, 2016, p. 420-435).

Streck destaca a hermenêutica de Heidegger, a qual prega que qualquer processo de conhecimento passa por um exercício mental de interpretação. Afinal, ao se estudar qualquer

objeto, mergulha-se no âmbito do pensamento em um processo denominado *logos hermenêutico*, o qual engloba a compreensão e a interpretação do objeto e uma autocompreensão por parte do intérprete (Streck, 2016, p. 224).

Esse processo hermenêutico é inescapável e inerente ao processo de conhecimento. Ao anunciarmos o resultado da compreensão do objeto estudado, e de nós mesmos, revelamos a conclusão, saindo do *logos hermenêutico* e ingressando no *logos apofântico*. Esse declara o anterior. Por meio dessa teoria, nossa compreensão reflete o objeto e nós mesmos, mas não temos escolha, arbítrio sobre o resultado desse processo, isto é, não escolhemos nossa compreensão do objeto e, menos ainda, de nós mesmos (Streck, 2016, p. 223).

Merece destaque o fato de que, aplicando-se o método fenomenológico de Heidegger e as contribuições da hermenêutica filosófica de Gadamer ao direito, a verdade na decisão acontece “na clareira aberta através do processo fenomenológico de velar-desvelar”. A objetividade da decisão poderá, então, ser averiguada perante a tradição jurídica construída a partir do paradigma do constitucionalismo contemporâneo (Marrafon, 2016, p. 421).

Como consequência, Streck aborta a tradicional hermenêutica do direito que divide o processo de interpretação jurídica em interpretação, aplicação e integração, eliminando assim o dualismo sujeito-objeto, pelo qual a linguagem seria apenas um instrumento entre ambos. Marrafon pontua que, em consequência disso, a teoria da decisão de Streck traz novos parâmetros para a realização do direito: “(i) a tese da diferença ontológica e o círculo hermenêutico – teoremas da ontologia fundamental de Heidegger; (ii) a fusão de horizontes e a unidade da *applicatio* da hermenêutica gadameriana; (iii) a tradição jurídica constitucional” (Marrafon, 2016, p. 421).

Dada a clareza do pensamento de Streck, abaixo, reproduz-se parte dele:

Na fenomenologia hermenêutica de Heidegger, observamos a raiz de um paradigma filosófico que permite encarar o direito e seus problemas práticos a partir de uma perspectiva mais radical e originária. Nesse contexto, toda relação de conhecimento, seja de cunho prático, seja teórico, está envolvida em uma dimensão de profundidade que pode ser nomeada *logos hermenêutico*. Sempre que lidamos com algo ou o colocamos como objeto de uma investigação teórica, como o direito, por exemplo, mergulhamos em uma relação de compreensão e interpretação que envolve o objeto analisado e nossa própria autocompreensão. Essa dimensão hermenêutica do processo de conhecimento é algo inescapável. Somos, de certo modo, condenados a interpretar, inclusive, a nós mesmos. Esse *logos hermenêutico* sempre antecipa a dimensão enunciativa, o *logos apofântico*. No âmbito do apofântico, os objetos são, na e pela linguagem, “mostrados”, “apresentados”, “interpretados”, porém essa “mostração”, “apresentação” e “interpretação” pressupõem uma antecipação de sentido que envolve sempre uma pré-compreensão. Portanto, esse elemento hermenêutico (antecipador de sentido,

pré-compreensivo) não acontece porque queremos nem é fruto de nossa vontade ou arbítrio científico. Essa filosofia hermenêutica de Heidegger abriu caminhos para outras matrizes filosóficas. Uma em especial é a hermenêutica filosófica de Gadamer, que, a partir dessas premissas heideggerianas, descobriu novas formas de colocar o problema da modalidade de hermenêutica que se ocupa mais diretamente de objetos (a experiência da arte, da religião, do direito, da história e da linguagem). Tanto Heidegger quanto Gadamer advertem-nos contra algumas “infecções” que ameaçam quando o assunto é a concretização do direito. Entre outras coisas, a hermenêutica retira-nos da ingenuidade objetivista que acredita no sentido inato das normas jurídicas, que deve ser revelado pelo intérprete; ao mesmo tempo, propicia um enfrentamento adequado da “cegueira da vontade”, que vê a interpretação jurídica apenas como resultado de um ato volitivo do agente jurídico. Entre os dois extremos (objetivismo e subjetivismo), a hermenêutica possibilita o desenvolvimento de um “caminho do meio”. Por outro lado, também não acreditamos em regionalizações (hermenêutica constitucional, hermenêutica do direito privado etc.) para a hermenêutica. De algum modo, esta sempre se manifesta como “condição de possibilidade” quando o assunto é concretização do direito. Ainda em Gadamer, vemos que a linguagem deixa de ser simplesmente objeto, tornando-se horizonte aberto e estruturado. Afinal, não seríamos nós que dispomos da linguagem, é ela que nos contém. Nela, a interpretação não se dá por etapas, compreender-interpretar-aplicar, mas se manifesta numa *applicatio*, tendo o intérprete que se dar conta do peso dos efeitos da história, da tradição, que lhe são condições de possibilidade para dizer (sobre) o mundo (Streck, 2016, p. 224-225).

Ao aceitarmos a hermenêutica de Heidegger, com a aplicação ao direito nos moldes propostos por Gadamer, podemos abandonar a falsa noção de um significado inato da norma jurídica e superar a interpretação como um ato de vontade ou escolha nos termos do positivismo hartiano (Streck, 2016, p. 225).

Ao adotar as lições de Heidegger, Gadamer e Dworkin como inspiração, Streck (2016, p. 225-226), para enfrentar a discricionariedade judicial, propõe a teoria Crítica Hermenêutica do Direito, uma teoria da decisão judicial de fato pós-positivista, no sentido de almejar uma ruptura com o positivismo jurídico e um dualismo sujeito-objeto na interpretação judicial.

Ao desenvolver a Crítica Hermenêutica do Direito, Streck (2016, p. 236-237) leciona que o Estado Democrático de Direito levou a uma nova dinâmica de distribuição e de tensões dos Poderes do Estado. Trata-se de uma fase perceptível no direito por meio de vários institutos como constituições principiológicas e a busca pela sociedade, perante o Poder Judiciário, da satisfação de direitos constitucionais. Ressalta, no entanto, que esse novo panorama do direito não pode admitir que o poder dos juízes esteja acima do direito pela existência de um poder discricionário manejado por eles.

Streck pontua claramente que, o grande dilema da atualidade é “evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) sobreponha-se ao próprio direito” (Streck, 2016, p. 237).

Sua Crítica Hermenêutica do Direito parte da seguinte premissa: “os princípios introduzem o mundo prático no direito”, fechando a interpretação e diminuindo a margem para a discricionariedade judicial (Streck, 2016, p. 239).

Ao aplicar a hermenêutica de Heidegger e Gadamer, utilizando-se do conceito de círculo hermenêutico, Streck (2016, p. 239) defende que o ato de interpretar e aplicar (declarar) a interpretação são fases indivisíveis de um processo único, as quais ocorrem sempre juntas, tendo em vista que a primeira é pressuposto lógico da segunda. Não há, por esse método, diferença entre aplicar normas a casos fáceis ou difíceis.

Para Streck, em sua Crítica Hermenêutica do Direito, a discricionariedade judicial não pode existir. Ao aplicar as lições de Heidegger e Gadamer, ele compreende o direito como um objeto a ser interpretado dentro de um círculo hermenêutico. Nessa linha, o intérprete debruça-se sobre a norma de direito, a interpreta em sua mente no *logos hermenêutico* com seus conceitos prévios pessoais, sobre os quais não tem qualquer controle ou escolha, e declara o que interpretou no *logos apofântico*. Diante disso, interpreta o objeto, qual seja a norma jurídica, e a si mesmo em ato único, considerando os princípios válidos como limites a sua livre interpretação da norma.

Ao realizar o processo de interpretação pelo círculo hermenêutico conforme descrito, o julgador estará sempre resguardando o direito dos jurisdicionados em ter um julgamento conforme o ordenamento jurídico e não fruto da discricionariedade/vontade de um indivíduo, atendendo às exigências democráticas do Estado de Direito.

Marrafon (2016, p. 426), no capítulo “Da hermenêutica filosófica à individuação do direito: a decisão jurídica no pensamento de Lenio Streck”, menciona sutilmente uma decorrência da teoria Crítica Hermenêutica do Direito (Streck). Para Marrafon, o controle hermenêutico das decisões judiciais seria uma solução contra as teses que defendem a discricionariedade e a subjetividade do juiz no ato de decidir, quanto ao pragmatismo, que quer controlar a discricionariedade por meio de critérios consequencialistas da decisão, algo que, segundo Marrafon, também coloca em xeque o Estado Democrático de Direito, pois as consequências são posteriores e não prévias à decisão na integridade e na coerência do direito.

Neste trabalho, demonstra-se que o positivismo jurídico hartiano aceita e compreende como inevitável a discricionariedade judicial na aplicação das regras gerais e dos precedentes aos casos concretos. Entende-se o ato de interpretação e de aplicação judicial como uma escolha do intérprete/julgador, o que é visto atualmente como um problema a ser resolvido pela filosofia do direito.

A filosofia do direito pós-positivista vem tentando controlar, limitar ou extinguir a

discricionariiedade judicial. Ronald Dworkin, por exemplo, prega ser inconcebível admitir-se a discricionariiedade judicial no direito, pois o julgador e o intérprete devem compreender o direito aos olhos da integridade. Pelo conceito de direito como integridade, normas-regras e normas-princípio vinculam igualmente os juízes. Estes últimos, por sua vez, ao compreenderem que uma interpretação é a mais adequada, considerando o ordenamento jurídico em sua integridade, estão vinculados a essa interpretação, inexistindo escolha ou ato de vontade para o julgador.

No Brasil, Streck também combate a discricionariiedade judicial pregada pelo positivismo, defendendo sua incompatibilidade inclusive com o Estado Democrático de Direito, mas, ao invés de abraçar o conceito de integridade de Dworkin, leciona que as normas jurídicas (regras e princípios) devem ser interpretadas dentro do círculo hermenêutico conforme as lições de Heidegger e Gadamer. Por meio dessa compreensão, o juiz se debruça sobre a norma de direito, a interpreta em sua mente (*logos hermenêutico*) com seus conceitos prévios pessoais, sobre os quais não tem qualquer controle ou escolha, e declara o que interpretou (*logos apofântico*). Dessa forma, interpreta o objeto, qual seja a norma jurídica, e a si mesmo em ato único, considerando os princípios válidos como limites a sua livre interpretação da norma, fechando os princípios a interpretação.

Ressalte-se, por fim, que a discricionariiedade judicial vem sendo combatida pelas correntes de pensamento pós-positivistas, no Brasil e no exterior, no entanto, a teoria do direito está longe de atingir uma solução que consiga abolir definitivamente a discricionariiedade judicial. O caminho está se desenhando, o que é necessário, pois não se pode compreender que o julgador é livre para decidir com convicções políticas particulares, mas decidir apenas com base em princípios válidos extraídos das Constituições e das leis. O direito como ato de vontade individual não pode ser tolerado.

Registre-se que a Análise Econômica do Direito, de Posner, tenta impor um limite à discricionariiedade de forma distinta da elaborada pelas teorias de Dworkin e Streck, por meio da imposição consequencialista da eficiência, que de uma forma forte, ou mais tênue, sempre quer dizer o dever do juiz de decidir maximizando a riqueza da sociedade.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD POSNER

Richard Allen Posner é um dos juristas norte-americanos mais citados no mundo, juiz do Sétimo Circuito da Corte de Apelações dos EUA e professor da Universidade de Chicago.

Graduou-se na década de 1960, momento em que o direito já não vivia as ideias da modernidade, e que ocorriam lutas por direitos e liberdades individuais. Nos EUA, aconteciam conflitos étnicos e não havia uma verdade reconhecida socialmente, menos ainda, um consenso social (Arruda, 2011, p. 69).

Nesse panorama, a Análise Econômica do Direito surge como teoria argumentando que os juristas do modernismo teriam idealizado o direito como disciplina autônoma, mas que ele seria incapaz de responder a todas as questões reais e sociais que lhe são postas. Diante disso, seria necessário aplicar outras áreas do conhecimento em complemento ao direito. Para os adeptos da Análise Econômica do Direito, essa disciplina seria a economia (Posner, 1983, p. 3).

Macedo Junior (2013, p. 225) explica que o momento inaugural da AED é atribuído à publicação dos artigos de Ronald Coase *The Problem of Social Cost* (1960) e às análises econômicas de Guido Calabresi em *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts* (1961), mas que a obra de Posner *Economic Analysis of Law* (1973) foi a que popularizou essa escola jurídica (Macedo Junior, 2013).

O destaque acadêmico de Posner se deve, precipuamente, a sua atuação na primeira fase da AED, conhecida como Escola de Chicago, que tem entre seus fundadores Ronald H. Coase (*The Problem of Social Cost* – 1960/1962) Henry Manne, Gary Becker, Guido Calabresi e Posner.

Entendemos – e almejamos provar – que o legislador brasileiro inspirou-se nessa primeira fase da AED para redigir os arts. 20 e 23 da LINDB, assim como o art. 8º do CPC/2015. Isso porque, é impossível dissociar-se o consequencialismo eficientista jurídico – como teoria da decisão voltada a aplicar o direito material no escopo de atingir a eficiência – da AED em sua primeira fase. O consequencialismo da decisão judicial com objetivo em eficiência é a doutrina, o pensamento que teve origem na Escola de Chicago. Entretanto, o corte hermenêutico dos efeitos da *mens legis* deverá ser realizado pelo hermenêuta nos termos do direito como integridade (Dworkin) e por meio da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck).

Ao apresentar um perfil conservador, a AED defendia a limitação do Estado à correção das falhas de mercado, o que só poderia ser feito por um ordenamento jurídico e um Poder Judiciário eficientes (Arruda, 2011, p. 70).

A linha de pensamento da Análise Econômica do Direito, porém, não é a mesma desde seu nascedouro, mas foi se modificando ao longo do tempo. As ideias iniciais predominantes foram quase totalmente abandonadas, algumas vezes expressamente, outras de forma tácita. Da mesma maneira, não é possível afirmar que exista sequer uma unidade entre os diversos autores integrantes dessa escola (Macedo Junior, 2013, p. 226).

Para este trabalho, é relevante a AED de Richard Posner, o qual alterou significativamente sua posição ao longo dos anos. Percebe-se que, mesmo na obra desse autor a AED não foi a mesma. No início, ele defendia que toda decisão judicial deveria ser proferida pelo juiz com vista às futuras consequências da decisão. O julgador deveria mirar o valor eficiência econômica, isto é, a maximização da riqueza para a sociedade (Posner, 1986)¹⁹. Após receber duras críticas, muitas delas elaboradas por Dworkin, e a acusação de que a eficiência nos termos propostos teria se transformado em um dogma que faria as vezes da moral, Posner em “Economia da Justiça” (Posner, 2010)²⁰ atenuou seu radicalismo econômico e passou a defender que a maximização da riqueza feita pela eficiência econômica pode ser compreendida como qualquer valor social, não apenas o monetário, mas consiste em “o melhor para a sociedade” segundo as regras de mercado. Mais adiante, em *Problems of Jurisprudence* (Posner, 1994)²¹, “Para Além do Direito” (Posner, 2009)²² e “Fronteiras da Teoria do Direito” (Posner, 2011)²³ assume postura ainda mais tênue ao afirmar ser eficiente o que é razoavelmente aceito pela sociedade e capaz de gerar consenso. Por último, em *How Judges Think* (Posner, 2010)²⁴, Posner foca seu trabalho na postura pragmática do juiz. A eficiência econômica é apenas um valor a ser considerado.

Para além dos livros citados, o filósofo publicou outros títulos e vários artigos relevantes. Sua produção científica é vasta. Porém, para os fins desse trabalho, as obras mencionadas representam suficientemente bem a dinâmica do pensamento de Posner, assim como a mutação do papel e o significado da eficiência econômica em sua doutrina.

Arruda (2011, p. 71) denomina essa atenuação do significado de eficiência como consequência desejável da decisão judicial – flagrantemente adotada pelos arts. 20 e 23 da LINDB e mais discretamente pelo art. 8º do CPC/2015 – , realizada ao longo das obras de Posner de “virada pragmática”. Segundo Arruda, ele adotou essa postura, de paulatina alteração

¹⁹ A primeira edição de *Economic Analysis Of Law* foi publicada em 1973 (em inglês).

²⁰ A primeira edição de *The Economics of Justice* foi publicada em 1981 (em inglês).

²¹ A primeira edição de *The Problems of Jurisprudence* foi publicada em 1993 (em inglês).

²² A primeira edição de *Overcoming Law* foi publicada em 1995 (em inglês).

²³ A primeira edição de *Frontiers of Legal Theory* foi publicada em 2001 (em inglês).

²⁴ A primeira edição de *How Judges Think* foi publicada em 2010 (em inglês).

do que seria a maximização da riqueza fruto da eficiência, num esforço para salvar sua teoria da AED, visto que a eficiência como maximização da riqueza foi duramente atacada pela comunidade jurídica.

3.1 A teoria de Posner em sua origem

Na primeira fase de seus escritos da AED, Posner adotou um consequencialismo efficientista da decisão judicial (Macedo Junior, 2013, p. 226), isto é, um consequencialismo para a decisão judicial voltado à “geração de consequências mais eficientes do ponto de vista econômico”.

Seguindo linhas próximas a de Posner, nessa primeira fase da AED (década de 1970), os adeptos da escola jurídica em questão adotavam o raciocínio de que o direito, sozinho, não poderia responder a todas as questões postas e que essas respostas deveriam ser buscadas em outras disciplinas, no caso, na economia (Posner, 2012, p. 3).

Em *Economic Analysis of Law*, lançada nos EUA, em 1973, Posner defende a aplicação de métodos científicos e empíricos da economia na aplicação e no pensamento sobre o direito, especialmente como método para a decisão judicial. O autor lecionava que, no sistema jurídico estadunidense (*commom law*), o direito deveria se direcionar como um meio de produzir eficiência econômica, isto é, a máxima produção de riqueza para a sociedade. Diante disso, na solução de conflitos, o juiz deveria adotar a solução possível que gerasse mais riqueza à sociedade (Posner, 2012, p. 3-18).

Em suas obras, Posner inicia descrevendo o sistema *commom law* norte-americano, defendendo ser um modelo economicamente eficiente (Posner, 2012, p. 24), todavia, acaba por dar caráter normativo à sua doutrina ao longo do tempo, elegendo a eficiência econômica como valor a ser buscado. Por inúmeras vezes, menciona ser esse o valor mais relevante para o direito (Arruda, 2011, p. 73/74). Na primeira fase mais radical, a eficiência seria o único valor a ser atingido pelas decisões, entretanto mais tarde, ela será o valor mais importante.

Na edificação de sua AED voltada à produção de eficiência pela atividade jurisdicional, Posner tenta substituir o ideal de justiça pelo conceito de eficiência econômica. Nessa parte do estudo, entendemos imprescindível mencionar alguns trechos da sua extensa obra para dar maior visibilidade aos posicionamentos do filósofo do direito:

A abordagem econômica do direito também é criticada por ignorar a “justiça”. Ao avaliar essa crítica, é preciso distinguir entre diferentes significados da palavra. Às vezes significa justiça distributiva, que é o grau adequado de

igualdade econômica. Embora os economistas não possam dizer à sociedade qual é esse degrau, eles têm muito a dizer sobre os assuntos altamente relevantes ao debate sobre a desigualdade – sobre as quantidades reais de desigualdade em diferentes sociedades e em diferentes períodos, sobre a diferença entre desigualdade econômica real e desigualdade na renda pecuniária que apenas compensam as diferenças de custo ou refletem diferentes posições no ciclo de vida e sobre os custos de alcançar maior igualdade. Esses assuntos são discutidos no Capítulo 16.

Um segundo significado de justiça, talvez o mais comum, é eficiência. Veremos, entre muitos outros exemplos, que quando as pessoas descrevem como injusto condenar uma pessoa sem julgamento, tomar propriedade sem justa compensação, ou deixar de fazer um motorista de automóvel negligente responder por danos à vítima por sua negligência, isso não significa nada mais pretensioso do que dizer que a conduta desperdiça recursos (ver mais § 8.3 infra). Mesmo o princípio do enriquecimento sem causa pode ser derivado de o conceito de eficiência (ver § 4.14 infra). E com um pouco de reflexão, não será nenhuma surpresa que, em um mundo de recursos escassos, desperdício deve ser considerado imoral (Posner, 2012, p. 25, tradução e grifos nosso).

Posner, conforme se vê, deixa claro que, nos casos em que o direito, ou o julgador, ao aplicá-lo, se afastar da justiça, estaria se afastando da eficiência. O autor reduz o conceito de justiça ao de eficiência com a respectiva maximização social da riqueza, um critério que será redefinido ao longo da obra do jurista, mas nunca estirpado definitivamente.

Em *Economic Analysis of Law*, ele reconhece que nem sempre justiça será eficiência, mas expressa o entendimento de que a eficiência, naquela obra entendida como maximização da riqueza, englobaria o valor justiça e deve se sobrepor a essa, pois a eficiência econômica seria o seu valor maior (Posner, 2012, p. 25-26).

Em “O Império do Direito”, Dworkin ataca a AED e ressalta a impossibilidade de o direito afastar-se dos valores morais²⁵. No capítulo VIII de *O commom law*, ele nega o conceito

²⁵ Ao criticar a teoria de Posner por se afastar da moral na interpretação do direito, Marrafon assim se coloca: “Além de expor as incoerências e contradições da antiteoria pragmatista com os argumentos dos filósofos morais, Farage demonstra como a abordagem antiteórica é incompatível com a conjuntura justeórica ocidental contemporânea. Ao retirar de sua matriz teórica a força da leitura moral do Direito, Posner contribui para o relativismo decisório, escondendo-o em fórmulas ditas científicas na análise dos casos concretos. No contexto brasileiro, isso se torna especialmente dramático, tendo em vista o fenômeno cada vez mais comum de decisões proferidas sem fundamentação teórica consistente. Pior, tais decisões, em regra, são justificadas por um apanhado de argumentos que fazem um arrazoado pseudo-pragmático, não raro violando expressamente o texto legal. De minha parte, penso que, por não levar a sério a decisão judicial e o fundo hermenêutico sempre nela presente, Posner ignora algo essencial: o juiz não sai do mundo para compreender o caso e, sem o pano de fundo existencial que demarca sua posição no mundo, não há perguntas. E a pergunta, como ensina Gadamer, é sempre o ponto determinante da resposta que se busca. É a partir dela [pergunta] que o intérprete/cientista opera. Daí não é possível saltar fora da linguagem e do contexto moral antes de formular os questionamentos de cada caso. O juiz posneriano, quando pergunta, desde antes já estabeleceu parâmetros morais ainda que não perceba. Assim, ignorar a teoria moral é, antes de tudo, fugir do enfrentamento fundamental para se evitar relativismos decisórios. Ademais, não se pode esquecer que a atual proposta antiteórica de Posner foi formulada após a sua Teoria Econômica no Direito ter sofrido importantes críticas, apontando-se, por exemplo, a inconsistência de adoções simplistas do conceito de eficiência. Desse modo, parece-me que o pragmatismo posneriano é uma tentativa de fugir do necessário debate de teorias do direito e moral depois do razoável fracasso da sua reflexão teórica anterior” (Marrafon, 23 fev. 2015, *online*).

de que o valor riqueza da comunidade possa ser buscado por decisões judiciais e como fundamento para o direito. Isso porque, em primeiro lugar, juízes e governantes não têm como saber sempre quais soluções irão gerar mais riqueza à sociedade e, em segundo, por meio desse raciocínio, abandonar a justiça como valor moral intrínseco ao direito para curvar-se a uma incerta geração de riquezas para a sociedade (Dworkin, 1999, p. 334-347).

No capítulo VIII de “O Império do Direito”, Dworkin menciona Posner expressamente ao afirmar que a Análise Econômica do Direito chamou atenção de muitos juristas em sua aplicação nos casos de culpa aquiliana. Alguns, como Posner, no entanto, estão sendo atraídos a dizer que o princípio da eficiência econômica se prestaria a construir uma teoria interpretativa abrangente para todo o direito desde a estrutura constitucional até regras de procedimento. Dworkin afirma que essa tentativa de Posner irá fracassar, pois nem para os casos de culpa extracontratual a AED traz resultados adequados (Dworkin, 1999, p. 333-334).

Em outros trechos da obra, Dworkin traz exemplos de disputas judiciais que já teriam sido reiteradamente levadas aos tribunais nos EUA e na Inglaterra, sobretudo entre agricultores que tiveram plantações queimadas próximas às linhas férreas de trem por incêndios causados pelas faíscas do atrito entre as rodas dos veículos e os trilhos (Dworkin, 1999, p. 333-343).

Nesses casos, de culpa aquiliana, Dworkin advoga a imprestabilidade da AED de Posner, pois, embora um governante quisesse dirigir sua atividade legislativa ou judicial a maximizar a riqueza social, não teria meios de saber como imputar a culpa e o dever de indenizar de modo a gerar a maior riqueza possível à comunidade. Esse seria um cálculo impossível, que ainda poderia levar a situações absurdas nas quais uma parte poderia causar prejuízo a outra para maximizar lucros, ferindo totalmente a noção de justo (Dworkin, 1999, p. 344-347).

Posner, em *Economic Analysis of Law*, além de pregar que a eficiência teria a capacidade de englobar a justiça, afirma que os juízes devem decidir buscando soluções que tragam eficiência econômica. Isso porque, se houver situações nas quais as decisões judiciais causem reflexos econômicos à sociedade, o mínimo que o cidadão e a sociedade como um todo podem esperar é que o juiz usará sua influência para aumentar a riqueza social:

Mas como é possível, o leitor pode perguntar, para a *commom law* – um antigo corpo de leis, que mudou apenas incrementalmente no século passado – fazer tanto sentido econômico quanto parece fazer? Uma resposta completa (na medida do possível) deve aguardar Capítulos 19-21, onde os procedimentos e o ambiente institucional do *commom law* são discutidos. Mas aqui estão algumas sugestões.

1. Muitas doutrinas do *commom law* são economicamente sensatas, mas não

economicamente sutis. Elas são de bom senso. A sua articulação em termos econômicos está além da capacidade da maioria dos juízes e advogados, mas sua intuição não é.

2. O que Adam Smith chamou de riqueza de uma nação, o que este livro refere como eficiência, e o que um leigo poderia chamar de tamanho da torta, sempre foi um valor social importante – e nunca tanto quanto no século XIX, a era do *laissez-faire*, quando o *common law* adquiriu muito de sua forma moderna. Não é de estranhar que este valor é influente nas decisões judiciais.

3. Talvez seja especialmente influente porque a competição social e os objetivos são mais controversos e difíceis de alcançar com as limitadas ferramentas com as quais os juízes têm de trabalhar. Os objetivos concorrentes têm principalmente a ver com ideias sobre a distribuição justa de renda e riqueza – ideias em torno das quais ainda não há consenso. A eficiência é altamente controversa quando vista como o único valor que as instituições públicas de uma sociedade devem perseguir, mas não é muito controversa (fora dos círculos acadêmicos) quando vista apenas como um valor. E políticas redistributivas eficazes exigem poderes de tributação e gastos que juízes administrando doutrinas ou princípios do *common law* anteriores ao século XX não têm (ver, por exemplo, § 16.6 infra). Como eles não podem fazer muito como juízes de direito do *common law*, se tiverem que alterar as fatias do bolo que os diversos grupos da sociedade irão receber, eles devem, têm, que fazer, de modo a almejar a aumentar o tamanho do torta.

4. Muitos estudiosos jurídicos tradicionais não acham que os juízes devam ter qualquer comprometimento com os objetivos da sociedade; eles acham que os juízes devem aplicar princípios de justiça. Mas, sob análise, esses princípios geralmente revelam ter um caráter funcional ou instrumentalista: ser, de fato, uma versão da eficiência ou de política redistributiva. Mais sobre isso adiante no capítulo.

5. O fato de que, com poucas exceções, advogados e juízes não são autoconscientes economicamente em sua abordagem do direito é trivial, uma objeção à análise econômica positiva da *common law*. A linguagem de economia é uma linguagem projetada para estudiosos e estudantes de economia, não para as pessoas cujo comportamento o economista estuda. Os poetas não usam o vocabulário dos críticos literários, e os juízes não usam o vocabulário de economistas (Posner, 2012, p. 232-233, tradução e grifos nossos).

Além das fundadas críticas de que a elevação do conceito de eficiência econômica estaria acima do valor moral de justiça, a consequência de maximização de riqueza social almejada pela AED na aplicação do direito foi, na década de 1970, alçada a um grau que passou a ser vista como um dogma, um fundacionismo. Isso tornou-se uma contradição, pois a AED tem uma raiz pragmática, antifundacionista sempre, isto é, o critério eficiência com sua maior geração de riqueza possível estava seguindo um rumo a abandonar o método científico e embasar o direito em um dogma interdisciplinar, a eficiência econômica (Arruda, 2011, p. 76-77).

Em sua primeira fase da Escola de Chicago, a AED propunha uma abordagem pragmática – com as características centrais do pragmatismo filosófico clássico, pois pretendia trazer uma lógica instrumental científica a partir da economia para explicar o direito.

Mas, ao lado dessa instrumentalidade pragmática, como ensina Arruda (2011, p. 76-77), apresentava uma característica formalista, no sentido de que seria possível a partir de teorias microeconômicas deduzir-se as características básicas do direito.

Dessa forma, em razão desse formalismo econômico presente na AED, é possível defini-la como a aplicação da microeconomia para examinar a estrutura e a formação do direito e o impacto econômico da aplicação e da criação do direito na sociedade.

Note-se um paradoxo, pois a AED da primeira fase dessa Escola pretende ser instrumental e pragmática, negando dogmas e respostas metafísicas, mas elegendo um valor supremo, a eficiência econômica voltada à maximização da riqueza.

Arruda (2011, p. 73) aponta, inclusive, uma hostilidade dos primeiros escritores da AED contra os princípios da equidade e da justiça. Esses precursores buscavam neutralidade e objetividade, características da microeconomia, e seguem uma linha descritiva para compreender como o direito teria evoluído, jamais indicando como o direito deveria ser.

Um pragmático, portanto, deve preocupar-se com um método para buscar o que é melhor (o melhor para um dado momento será o verdadeiro), e não impor um valor como supremo ou ideal. Sob essa perspectiva, os adeptos da AED em sua primeira fase entendiam que a ética jurídica seria uma questão subjetiva, retórica e dogmática, e que não havia espaço para isso na economia.

Em Posner, ao invés da AED apenas descrever o direito, provando ser o direito norteamericano eficiente, começa a argumentar que o direito seria eficiente maximizando a riqueza (Posner, 2010, p. 73). Em sua fase mais radical, lança *The Economics of Justice* (1981), traduzido como “A Economia da Justiça”. No capítulo “Utilitarismo, economia e teoria social”, diferencia o critério da maximização da riqueza da busca pela felicidade geral pregada pelo utilitarismo (Posner, 2010, p. 72-104).

Em seu texto, defende expressamente a maximização da riqueza como conceito ético de sua AED. Inicialmente, afirma que, desde Adam Smith, o termo *valor* em economia refere-se ao valor de troca dentro de um mercado, e do conceito de valor advém o de riqueza da sociedade. Diferencia, entretanto, valor de preço – este último é o que o consumidor marginal paga por algo. O cálculo da riqueza da sociedade, explica, inclui a soma de todos os preços acrescida da soma de todos os superávits dos consumidores e dos produtores gerados pela circulação dos bens e serviços. Assim, a riqueza da sociedade é maior que a mera soma dos preços, pois abrange todas as vantagens as quais os envolvidos em uma negociação reputam haver atingido. Ao final, conclui que a “riqueza da sociedade é a totalidade das satisfações das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização de riqueza) financeiramente

sustentadas” (Posner, 2010, p. 72-73).

Ainda em “A Economia da Justiça”, Posner justifica a existência de instituições estatais autorizadas a agir para maximizar a riqueza da sociedade por meio de um consentimento social dado de forma antecedente (Posner, 2010, p. 110-118).

Segundo ele, os filósofos morais seriam contrários a sua doutrina, pois ela geraria, às vezes, interferências nas liberdades individuais, na linha proposta pelo utilitarismo. No entanto, ao entender que as pessoas lesadas teriam consentido com as instituições antes de interferirem na balança de distribuição de riqueza, esta suposta falta de consenso dos indivíduos estaria suprida (Posner, 2010, p. 113-118) .

Antecipa-se para afirmar que eventual crítica a esse consentimento social prévio implícito não se sustentaria, pois, nos estados atuais, o consenso explícito para o funcionamento e o estabelecimento das instituições mostra-se inviável. Segundo Posner, sua teoria do consentimento dado previamente pela sociedade para que as instituições interfiram na redistribuição da riqueza pode parecer semelhante à teoria de John Rawls, mas é mera aparência, pois o consentimento dado na posição original de Rawls abre espaço aos improdutivos (Posner, 2010, p. 119-120).

Em “Problemas de Filosofia do Direito”, após receber várias críticas a sua doutrina, Posner esclarece que, para formular sua teoria, parte do pressuposto de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações²⁶:

O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha (Posner, 2007, p. 473-474).

Seguindo sua doutrina inicial e partindo do pressuposto que todo ser humano é um maximizador racional, no que tange à riqueza ou qualquer outro valor, Posner esclarece que a lei, assim como a Constituição, nada mais são do que o fruto de uma negociação. Isso porque, segundo ele, os legisladores também são maximizadores racionais de suas próprias satisfações, não do interesse público, mas das suas satisfações privadas, e querem ser eleitos e reeleitos. Para isso, precisam de dinheiro que vem, segundo os juristas, de grupos organizados, que o trocam pela possibilidade de legislação favorável a seus interesses. Nesse âmbito, a lei, inclusive a Constituição, seriam frutos de uma negociação (Posner, 2007, p. 475) entre

²⁶ Essa é uma declaração dele desde *Economic Analysis of Law*, 1986, p. 3.

indivíduos organizados e os legisladores.

Mas as leis, conforme exposto no capítulo sobre discricionariedade judicial (Hart, 2001), não nascem para aplicação automática, pois devem ser interpretadas. No Estado de Direito, cabe aos juízes interpretá-las e aplicá-las.

Nesse ponto, Posner admite a discricionariedade judicial afirmando que os juízes decidem casos interpretando as negociações (leis) de grupos de interesses, mas também, e em todos os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, criando as normas que serão aplicadas na solução do conflito (Posner, 2007, p. 477).

Para Posner (2007, p. 477), ao criarem o direito, os juízes contribuiriam com as negociações iniciadas pelos legisladores visando a aumentar a riqueza da sociedade, com suas “próprias opiniões sobre políticas públicas”. Dessa forma, “é como se os juízes quisessem adotar as regras, os procedimentos e os resultados de casos que contribuíssem para aumentar a riqueza da sociedade”:

Portanto, os juízes têm duplo papel: interpretar as negociações de grupos de interesses incorporadas à legislação e oferecer o serviço público básico da solução legítima de litígios. Eles desempenham este último papel não apenas ao decidirem casos de acordo com normas pré-existentes, mas também – em especial no sistema anglo-americano – ao elaborarem essas normas (Posner, 2007, p. 477).

3.2 Segunda fase da doutrina posneriana: o abrandamento do discurso

Na defesa de sua doutrina, após os ataques de Dworkin no sentido de ser impossível mesmo para um governante que adote a AED saber quais escolhas legislativas ou judiciais teriam a capacidade de aumentar a riqueza da sociedade dado ser impossível realizar os cálculos para todas as situações que poderiam ocorrer na vida real (Dworkin, 1999, p. 334-347), Posner em *Problems of Jurisprudence* (primeira edição nos EUA em 1990), obra traduzida como “Problemas de Filosofia do Direito”, procura salvar o critério da eficiência como maximização da riqueza. Para isso, afirma que “maximização da riqueza” em sua AED não é a maximização de dinheiro, do Produto Interno Bruto de um certo país ou do mundo, mas da “soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços” (Posner, 2007, p. 477-479), preços ofertados e solicitados.

Nesse ponto, Posner começa a alterar o que seria o conceito de eficiência econômica. E o faz, conforme Arruda (2011), para tentar salvar sua AED.

Esclarece, ainda, que os “preços ofertados” são aqueles que as pessoas se dispõem a

pagar por bens que ainda não possuem, enquanto “preços solicitados” são os que as pessoas pedem para vender um dado bem ou serviço.

Nessa linha, explica que, se uma pessoa A estiver disposta a pagar 100 por uma coleção de selos de B, a coleção vale 100 para A. Já se B quiser vender essa coleção por qualquer valor acima de 90, a coleção vale 90 para B. Dessa forma, a coleção de selos vale 100 para A, mas apenas 90 para B. Perante essa situação, se A comprar os selos de B, por qualquer valor superior a 90 (o que ela valia para B), haverá uma maximização da riqueza na sociedade. Por exemplo, se A, que tinha 100 para pagar, paga os 100 à B – o qual valorizava os selos em 90 – e os compra, agora, na sociedade, B terá 100 em moeda e A, para ele, terá uma riqueza de 100, aumentando a riqueza em 10. Agora, B ficou com 100 e A ficou com uma coleção de selos que para ele vale 100. Antes disso, no entanto, A possuía 100 e B valorizava sua coleção de selos em apenas 90. De 190 o valor passou para 200 (Posner, 2007, p. 478).

A transação de selos não irá aumentar o Produto Interno Bruto, ou a riqueza mensurável do país, mas o verdadeiro acréscimo da riqueza social consistirá em aumentar a satisfação não pecuniária de A e B.

Posner esclarece que a riqueza estaria relacionada ao dinheiro apenas no sentido de que um desejo sem que a pessoa tenha capacidade de pagar é um nada, não é nem preço ofertado, nem preço solicitado. Nesse caso, se alguém desejar um BMW, mas não estiver disposto a pagar o preço de venda, ou não possuir meios para fazê-lo, a riqueza da sociedade não será alterada, e não seria majorada mesmo que se transferisse o carro para esse alguém gratuitamente, pois os valores sociais não seriam aumentados (Posner, 2007, p. 479).

Segundo Posner, o *common law* facilita as transações de maximização de riquezas em várias situações, reconhecendo e protegendo o direito de propriedade e o direito contratual²⁷. Ressalta ainda, que o próprio sistema de precedentes contribuiria para maximizar a riqueza. Na

²⁷ Posner traz vários exemplos de como o sistema americano traria incremento à maximização da riqueza no capítulo 21 de *Economic Analysis of Law*. Um deles é o caso *Mathews v. Eldridge*: esse tipo de comparação de custos está implícito na decisão da Suprema Corte em *Mathews vs. Eldridge*, a qual considerou que, ao decidir quanto processo é o devido (justo) a alguém que reclama que o governo o privou de sua propriedade, os tribunais devem considerar o valor do propriedade, a probabilidade de privação errônea (erro do judiciário) porque o devido processo legal naquele caso foi omitido e o custo de se dar a garantia. Nos termos da Fórmula de Hand, o devido processo é negado quando $B < PL$, onde B é o custo da salvaguarda processual (correção do erro), P é a probabilidade de erro se a salvaguarda for negada e L é a magnitude da perda de propriedade se o erro se materializar. Claro, como com a própria Fórmula de Hand, raramente é possível (ou pelo menos não são feitos esforços) para quantificar os termos. Mas a fórmula é valiosa mesmo quando usada qualitativamente e não quantitativamente. Suponha, por exemplo, que a questão seja se o proprietário de um carro aparentemente abandonado deve ser notificado e ter a oportunidade de uma audiência antes que o carro seja rebocado e vendido como sucata. A chance de o carro não ter sido realmente abandonado, mas quebrado ou roubado, não é trivial, e o custo de uma audiência é modesto em relação ao valor do carro; então talvez, como a maioria dos tribunais considerou, o proprietário deveria ter direito à audiência [...] (POSNER, 1986, p. 518 – tradução livre).

doutrina do jurista, os precedentes são como subprodutos de processo judicial, isto é, quanto maior o número de precedentes criados em uma área do conhecimento jurídico, menor o número de ações levadas a juízo sobre esses assuntos. Isto porque, nos EUA, é mais caro mover o processo a firmar um acordo. Assim, quando as partes sabem de antemão as reais chances de vitória e de derrota, de maneira que não possam divergir a respeito, tenderão a ter meios de precificar suas chances e ganhos e optar pelo acordo, que será mais barato (Posner, 2007, p. 479).

Voltando-se para como os juízes decidem e devem fazê-lo, Posner, após receber críticas e afastar o critério da maximização da riqueza do valor meramente monetário, compreende que não há outro fim para os juízes adotarem em suas decisões senão a eficiência econômica e a maximização da riqueza agora entendida como qualquer valor social. Ele insiste na eficiência como fundamento para a decisão judicial. Dada a relevância desse ponto da teoria para este trabalho, e a necessidade de se provar a insistência do jurista na maximização da riqueza agora repaginada, optamos por replicar trecho do autor em “Problemas de Filosofia do Direito”:

Desse modo, uma divisão eficiente do trabalho entre os poderes legislativo e judiciário leva o legislativo a concentrar-se no atendimento a exigências de distribuição de riqueza, por parte dos grupos de interesses, e o judiciário a atender à grande demanda social por regras eficientes que cuidem da segurança, da propriedade e das transações. Embora haja outros objetivos possíveis de ação judicial além da eficiência e da redistribuição, muitos deles (diferentes concepções de “equidade” e “justiça”) são rótulos para a maximização da riqueza ou para redistribuição que favoreça os poderosos grupos de interesses; ou então ele são demasiado controversos numa sociedade heterogênea, demasiado *ad hoc* ou insuficientemente desenvolvidos para oferecer bases sólidas às decisões dos juízes que desejam ter uma reputação objetiva e imparcial.

Por último, mesmo que os juízes tenham pouco compromisso com a eficiência, suas decisões ineficientes irão, por definição, impor custos sociais maiores do que aqueles impostos por suas decisões eficientes [...].

Uma vez que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento com base no *commom law*, mas também um valor social genuíno, e o único que os juízes têm condições favoráveis de promover, ela oferece não somente a chave para uma descrição exata do que cabe aos juízes fazer, mas também o referencial perfeito para a crítica e a reformulação [...].

Além de gerar tanto predições quanto prescrições, a abordagem econômica permite que o *commom law* seja reformulado em termos simples e coerentes, e aplicado com mais objetividade do que os advogados tradicionais imaginariam possível. A partir da premissa que o *commom law* procura (e deve procurar) a maximização da riqueza da sociedade, o analista econômico pode inferir de modo lógico – ou, se preferirem, formalista (a teoria econômica é hoje formulada, em grande parte, em termos matemáticos) – o conjunto de doutrinas jurídicas capazes de expressar e aperfeiçoar a natureza nata do *commom law*. Depois de retraduzir do vocabulário econômico para o jurídico, o analista vai descobrir que em sua maioria as doutrinas vigentes são

aproximações aceitáveis das implicações da teoria econômica, sendo, portanto, válidas do ponto de vista formalista. Onde há discrepâncias, o caminho para a reforma é claro. Todavia, o juiz que toma esse caminho não pode ser acusado de criar leis, em vez de encontrá-las, pois está simplesmente contribuindo com o programa de compreender a natureza essencial do *common law* [...] (Posner, 2007, p. 483-485).

Posner coloca a eficiência econômica com fins de maximização da riqueza, essa compreendida nos termos por ele propostos, os quais não se confundem com a geração de riqueza meramente pecuniária, como fundamento ético do direito, ao qual o juiz deve atender, pois seria o único fim do ordenamento jurídico. O texto acima, transcrito na íntegra, ressalta sua defesa no fato de que a maximização da riqueza não é apenas um guia para o julgamento judicial, mas um valor social genuíno e chave para o que o juiz deve fazer.

Observe-se que a eficiência econômica voltada para a maximização da riqueza é em Posner uma teoria da decisão consequencialista, cujo valor maior é o dogma da eficiência. Assim, o juiz que não a acolhe está fora do único caminho imposto pelo ordenamento.

Segundo a proposta inicial da *Law and Economics*, o fundamento de justificação do direito seria a eficiência econômica voltada para a maximização da riqueza. Assim, o que se propunha iria na contramão do Estado de Direito, pois não havia sequer diferenciação substancial de um direito fundamental e direitos meramente patrimoniais. O que se propunha aproximava-se de um jusnaturalismo econômico efficientista, legitimando-se o direito e a decisão judicial pela maximização da riqueza para a sociedade (Copetti Neto, 2017, p. 194-222).

Posner, em *Frontiers of Legal Theory*, lançado em 2001 nos EUA, insiste na maximização da riqueza como fundamento ético do direito, mas, desde então, começa a adotar o pragmatismo jurídico, iniciando um distanciamento do conceito de eficiência econômica como maximização da riqueza no Capítulo I do livro “Economia”, subitem 3, “A teoria econômica normativa do direito: do utilitarismo ao pragmatismo”. Aqui, ele usa o critério da eficiência como maximização da riqueza, mas assume que existem problemas a serem solucionados:

A maximização da riqueza atenua os problemas que listei anteriormente, relativos à maximização da utilidade, pois é mais fácil mensurar valor do que utilidade. Além disso, quando o critério é a riqueza, não se assumem posições definidas quanto aquilo que as pessoas querem ou deveriam querer, como, por exemplo, a felicidade; o nível aceitável de coerção é menor (embora não seja nulo, como veremos logo a seguir) porque o direito de agir segundo os próprios desejos é limitado pela disposição de pagar (B não pode apropriar-se da coleção de selos de A simplesmente porque lhe dá mais prazer do que dá à A); preservam-se os valores não econômicos, como a liberdade e a autonomia;

e, por fim, resolve-se o problema dos limites porque a comunidade é definida como aqueles que têm dinheiro para bancar seus desejos. Ainda assim, restam alguns problemas sérios por resolver, muito embora a objeção fundamental à maximização da riqueza como norma ética não seja, como se poderia imaginar, a de que a maioria das transações tem efeitos sobre terceiros e que a economia não pode se organizar em torno de critérios exclusivamente voluntaristas (Posner, 2011, p. 102).

Mais adiante, na mesma obra, Posner assume que a adoção de um sistema baseado na maximização da riqueza sanciona e aperfeiçoa um sistema de distribuição de riqueza de forma arbitrária, mas que a razão de se manter um sistema assim não é ética, é pragmática (Posner, 2011, p. 107).

Nos escritos acima, ele abandona de forma não totalmente clara o conceito de eficiência como maximização da riqueza de uma sociedade, para realizar o que Arruda (2011, p. 71) e Macedo Junior (2013, p. 238) denominam “virada pragmática”.

Para Macedo Junior (2013, p. 238), toda a AED a partir dos anos 1990 orientou-se a uma virada pragmática. O exemplo mais radical é o de Posner, justamente por ser também um autor da teoria do direito, que passou a defender uma visão consequencialista, experimental e pragmática do direito, baseado no senso comum e não no dogma da eficiência econômica. Assim, Posner caminhou para um pragmatismo pós-moderno, claramente antiteórico com abordagem mais prática do direito com vistas à solução de problemas concretos (Macedo Junior, 2013, p. 240-242).

Também em *The Problematics of Moral and Legal Theory*, lançado em 1999 nos EUA, Posner deixa de defender a eficiência como fundamento de uma teoria do direito, abandonando o ideal de maximização da riqueza como corolário daquela.

Nessa obra, traduzida no Brasil como “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica”, Posner declara-se pragmático ao adotar um “ceticismo moral pragmático” e rejeitar a existência de leis morais universais. Declara, ainda, que, na atuação dos juízes do seu sistema, os fatos elucidados em um processo são fragmentários e quase nunca sistematizados; e que a solução para eles não é a alta teoria, mas a compreensão pelos juízes das consequências práticas de suas decisões (Posner, 2012, p. 186). Nessa toada, Posner cita inclusive o filósofo neopragmatista Richard Rorty: “O distanciamento em relação à prática produz alucinações teóricas” (Rorty, 1998 *apud* Posner, 2012, p. 187).

Nessa segunda fase de Posner, ele deixa de falar e de defender a eficiência econômica como geração de riqueza como fundamento único do direito. Esse aspecto passa a ser apenas mais um instrumento para o pragmatismo. O autor abandona a ideia de que os juízes ou tribunais

devem decidir só com fins eficientistas, mas torna-se apenas pragmatista. Afirma que, os magistrados do *commom law* são pragmáticos e devem sê-lo, e que os demais magistrados também o são e devem sê-lo (Posner, 2012, p. 187).

Assim como na obra “Problemática da Teoria Moral e Jurídica”, em *How Judges Think* (2010), ainda sem tradução no Brasil, Posner deixa de defender a eficiência econômica como fundamento para a teoria da decisão judicial, limitando-se a acolher o pragmatismo jurídico voltado às consequências práticas da decisão. Afirma, ainda, que o que mais descreve o juiz americano é o pragmatismo:

A palavra que melhor descreve o juiz americano médio em todos os níveis de nossas hierarquias judiciais e produz o maior *insight* sobre seu comportamento é “pragmatista” (mais precisamente, como explicarei, “pragmatista constrangido”). Não é tudo o que resta depois que o legalismo, o atitudinalismo extremo e a compulsão da teoria abrangente são rejeitados como sendo inadequadamente descritivos do comportamento judicial. Mas é muito. Brian Tamanaha estima que mais juízes americanos se enquadram no rótulo de pragmático do que qualquer outro, mas seria mais correto dizer que a maioria dos juízes americanos são legalistas em alguns casos e pragmatistas em outros; pois lembre-se de que o legalismo é uma tática pragmática, embora não precise ser apenas isso. E muitos juízes de qualquer inclinação encontram casos em que nenhum conjunto de técnicas funciona – as técnicas legalistas se esgotam, mas as consequências da decisão são desconhecidas; ou talvez uma forte reação moral ou emocional (talvez indignação despertada pela conduta de uma das partes) anule tanto uma resposta legalista quanto uma preocupação com as consequências. No entanto, a veia pragmática nos julgamentos americanos é larga e profunda (Posner, 2010, p. 230-231, tradução nossa).

No mesmo sentido do movimento da Análise Econômica do Direito, assim como Posner – seu maior expoente – recuaram na eficiência como maximização da riqueza Rosa e Linhares (2009, p. 78) argumentando que o movimento reconheceu a insuficiência do critério eficiência econômica como maximização da riqueza para ser fundamento do direito, substituindo-o pela atenção pragmática à lógica do mercado²⁸. Na verdade, o movimento deixou a finalidade expressa da maximização da riqueza, pois esta escandalizava por seu radicalismo, mas implicitamente, na lógica de mercado, ainda guarda muito do seu conteúdo, e mais importante, instrumentaliza o direito à economia.

²⁸ “No campo da decisão judicial, a *Law and Economics* reconhece que a dedução é insuficiente. Acrescenta, nesse contexto, um elemento pragmático: as consequências da decisão na lógica do mercado. A justificativa de uma decisão eficiente deve guardar pertinência para com o ordenamento jurídico (universalidade e abstração das normas), com a tradição (consistente e coerente com o sistema) e, especialmente, com a garantia do ótimo decisional (eficiência – Pareto, Kaldor-Hicks, Coase, Hand), sendo, portanto consequencialista. É desta maneira que o direito é integrado à ordem espontânea e as decisões judiciais não podem se desgarrar das decisões que o mercado tomaria se não houvesse a intervenção judicial. Isto implica, pois, num câmbio de perspectiva” (Rosa; Linhares, 2009, p. 78).

Copetti Neto (2017, p. 198), ao citar Fiss (1991, *passim*), ensina que a *Law and Economics* da primeira fase do movimento tentou repactuar os fundamentos do direito em torno dos fundamentos da economia, mas colocando o seu conceito de eficiência como fundamento do direito. Isto significava a morte do direito, pois passaria a ser um instrumento da eficiência que negava a autonomia do direito. Como a segunda fase da AED adotou o pragmatismo, abandonou o critério de maximização da riqueza, mas permaneceu insistindo que o direito deve reverenciar como consequência desejada a lógica do mercado. Assim, não há diferença substancial entre as fases da AED.

Para Copetti Neto (2017, p. 205), essa construção da AED é incompatível com o Estado Constitucional de Direito Ocidental, que está calcado na concretização dos direitos fundamentais como fundamento, jamais na maximização de riquezas ou na eficiência.

A proposta feita pela AED foi averiguar se um direito era válido, ou bom pelo critério de se analisar se seu reconhecimento era eficiente em termos de gerar a máxima riqueza à sociedade, o que de fato parece ser um critério incompatível com o Estado Democrático de Direito. No caso brasileiro, o art. 1º da CF/1988 evidencia a impossibilidade de se afirmar que o fundamento do direito possa ser a eficiência econômica. Seu direito matriz é a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dela decorrentes. Pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento ético maior do direito e do Estado.

Nas atuais democracias constitucionais, o direito recebe a função de salvaguardar os direitos fundamentais, de maneira que no sistema brasileiro não pode haver democracia sem o direito, pois esse é o meio de salvaguardar todos os direitos fundamentais do homem. Diante disso, colocando o direito a serviço da economia, ele estaria sendo instrumentalizado e se estaria colocando em risco a própria democracia. A proteção da eficiência econômica, no entanto, será possível se aplicada para garantir direitos fundamentais e nos limites da Constituição (Copetti Neto, 2017, p. 210).

Dessa forma, no que pese diferenciar-se a eficiência para a primeira fase da AED de Posner, mostrando e comprovando que, nesse momento, fora adotada a eficiência com conotação da maximização da riqueza da sociedade como dogma a ser buscado pela decisão judicial, e a virada da segunda fase de Posner e da AED como teoria pragmatista consequencialista esvaziada de um dogma, mas ainda subserviente à eficiência (nos moldes de o que é melhor pelas leis do mercado), entende-se que a AED, como teoria da decisão, adotada pela reforma da LINDB e pelo art. 8º do CPC/2015, deve ser interpretada a partir da ordem constitucional, para ser compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, que tem a dignidade da pessoa humana como valor maior (art. 1º, III, da CF/1988).

4 A LINDB

A atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942 – LINDB) revogou a antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916) cuja denominação já nasceu criticada. Sua nomenclatura, inclusive, foi posteriormente alterada pela Lei n. 12.376/2010.

A antiga e devida crítica ao nome original da LINDB era acertada, pois ela sempre referiu-se não só ao Código Civil, mas a todo o ordenamento pátrio. Aparentemente, a denominação “Lei de Introdução ao Código Civil” foi usada pois revogou-se a “Introdução” do próprio Código, que era mesmo parte integrante do Código Civil.

Em 1942, a LINDB nasceu com 21 artigos; em 2010, foi reduzida para 19 artigos e, posteriormente, após a promulgação da Lei n. 13.655/2018, ficou com 32 artigos na redação atual.

Trata-se de uma norma promulgada como um anexo ao CC/1916, mas que, na verdade, sempre foi autônoma, com caráter universal ao ordenamento jurídico pátrio, uma norma logicamente prévia a todas as outras.

A LINDB é um corpo de normas sobre normas que, diversamente das demais leis, não tem como objeto a ação humana ou estatal como pessoa jurídica, mas versa sobre a própria norma jurídica. Ela disciplina a vigência, a eficácia e o modo de aplicação das normas, portanto, é um Código de Normas por ter a lei como tema central.

Segundo Maria Helena Diniz (2014, p. 73), a inclusão desse tipo de normas sobre normas em lei autônoma possui a vantagem de viabilizar alterações independentemente das transformações operadas nas normas de direito material civil ou de direito administrativo.

Espínola e Espínola Filho (1999, p. 5-7) ensinam que a técnica legislativa de utilizar lei autônoma para disciplinar normas sobre o uso de normas não é uma criação brasileira. Tanto o Código Italiano quanto o “novo” de 1938 utilizaram leis autônomas para tratar das matérias disciplinadas pela nossa LINDB, e continuam mencionando o Código peruano, que usa a mesma técnica. Os autores destacam as semelhanças dos temas abordados na LINDB pátria e na Lei de Introdução ao Código Civil Italiano.

Dado que é uma técnica legislativa comum o uso de lei autônoma, mas contígua aos Códigos Cíveis, para regular a vigência, a aplicação e a interpretação da lei em geral, Serpa Lopes (1959, p. 7) esclarece: “Embora sob denominação diversa, todos os Códigos são, geralmente, acompanhados de um aglomerado de regras preliminares que, sem constituírem parte integrante de seu organismo, contudo formam uma espécie de cobertura, absolutamente

necessária [...]”.

A LINDB, em seu art. 3º, traz um pressuposto lógico de eficácia de todo o ordenamento jurídico, o qual determina ninguém poder alegar desconhecer a lei para não cumpri-la: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Se a simples ignorância da lei tivesse o condão de afastar a eficácia da norma no caso concreto, todo o ordenamento seria letra morta, pois o cidadão leigo no saber jurídico não domina completamente todos os detalhes legais. Ademais, dirige-se a todos os ramos do direito, disciplinando todas as normas jurídicas, salvo disposições específicas em contrário.

Dessa forma, o art. 4º, que impõe ao juiz em casos de omissão da lei decidir o caso “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” deve ser aplicado a todo o ordenamento jurídico brasileiro, exceto ao direito penal e ao direito tributário que possuem normas especiais quanto a esse ponto. Aquele admite apenas analogia para beneficiar o réu (analogia *in bonam partem*) e o direito tributário apenas a interpretação analógica desde que não resulte em criação de tributo não previsto em lei (art. 108, § 1º, do CTN).

Em um apanhado geral, a LINDB tem as seguintes funções: 1) regular a vigência e a eficácia das normas jurídicas, o que o faz nos arts. 1º e 2º; 2) solucionar o conflito de normas no tempo e no espaço, tornando assim todo conflito de normas dessa natureza um mero conflito aparente a ser resolvido pelo operador do direito com base nos parágrafos do art. 2º; 3) proporcionar critérios legais de hermenêutica, quais sejam, os fins sociais da lei e as exigências do bem comum (art. 5º); 4) garantir, pelo art. 3º, a eficácia de toda a ordem jurídica nacional, 5) reforçar e especificar os limites do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, salvaguardando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, o que faz em seu art. 6º e respectivos parágrafos; 6) após a Lei n. 13.655/2018, aumentar a segurança jurídica na aplicação do direito público.

4.1 Artigo 5º da LINDB

O art. 5º da LINDB, vigente desde 04-09-1942 (“Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”) é o norte interpretativo ensinado aos alunos do curso de direito desde o primeiro ano da faculdade.

Essa lei, e respectivo dispositivo, são lecionados no início do curso de direito, pois logicamente anteriores no raciocínio jurídico ao conhecimento do próprio ordenamento, uma vez que, antes de se apreender o conteúdo das leis, é preciso saber se estão vigentes, se são eficazes, e interpretá-las adequadamente.

O art. 5º é reconhecido como um dogma do direito brasileiro. Esclareça-se, no entanto, que, em 1942, a redação foi inovadora, já que a introdução à Lei n. 3.071/1916, à época “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, não possuía dispositivo análogo²⁹.

Para não restar dúvida sobre o caráter inovador do art. 5º da LINDB à época de sua edição, mencione-se Serpa Lopes (1959, v. 1, p. 121-124) ao indagar: “o que se deve entender por fins sociais?”. Para o doutrinador, fins sociais do novo art. 5º da LINDB seriam correlacionados ao sistema interpretativo teleológico de Vander Eicken, jurista belga para o qual a única explicação do sentido de toda norma jurídica encontra-se no fim social, sua finalidade mais importante. Assim, a explicação teleológica defende que o que uniria um ato (lei) e seu fim (resultado social) é um laço de utilidade formado em uma ocasião (hipótese).

Serpa Lopes alertou, já em 1959 (v. 1, p. 122), que na explicação da interpretação teleológica de Vander Eicken implicava “como condição preliminar, conhecimento do resultado desejável e do interesse do agente”, isto é, vislumbrar o intérprete um resultado antes de interpretar o direito.

Serpa Lopes anuncia que para o próprio Vander Eicken, a distinção entre a interpretação clássica pela lógica e seu método teleológico consiste em que: “na concepção lógica, se diz que é preciso fazer tal coisa; na teleológica se afirma que ‘em tal caso é preciso fazer tal coisa para atingir tal resultado’” (Serpa Lopes, 1959, v. 1, p. 122). Conclui-se que, por esse método teleológico, o que Vander Eicken deseja é de fato criar a lei.

O jurista brasileiro revela que, discordando da posição de Vander Eicken está Geny (*apud* Serpa Lopes, 1959, v. 1, p. 122), para quem a busca do fim social da lei separado da ideia

²⁹ CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL: faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decretou e eu sanciono a seguinte lei: INTRODUÇÃO Art. 1. A lei obriga em todo o território brasileiro, nas suas águas territoriais e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem extraterritorialidade os princípios e convenções internacionais. Art. 2. A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Distrito Federal três dias depois de oficialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos e no de Minas Gerais, cem dias nos outros, compreendidas as circunscrições não constituídas em Estados. Parágrafo único. Nos países estrangeiros a obrigatoriedade começará quatro meses depois de oficialmente publicadas na Capital Federal. Art. 3. A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada. § 1º. Consideram-se adquiridos, assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalterável a arbítrio de outrem. § 2º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. § 3º Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso. Art. 4. A lei só se revoga, ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a explícita ou implicitamente. Art. 5. Ninguém se escusa, alegando ignorar, a lei; nem com o silêncio, a obscuridade, ou a indecisão dela se exime o juiz de sentenciar, ou despachar. Art. 6. A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica. Art. 7. Aplicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos análogos, e, não as havendo, os princípios gerais de direito. Art. 8. A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira [...].

superior de Justiça é insuficiente para se interpretar o direito. Serpa Lopes instrui que, por fins sociais se compreende o bem social, mas esse conceito é abstrato e indeterminado, assim como o seu conteúdo sempre irá variar de indivíduo para indivíduo, por isso, o hermeneuta mira o fim superior do direito, que é a justiça.

Na mesma linha de Geny, Jean Defroidmont (*apud* Serpa Lopes, 1959, v. 1, p. 122) leciona que o fim social não pode ser compreendido como fim imediato, ou o fim último, mas um fim intermediário, constituído pelo “útil, a necessidade social, e o equilíbrio de interesses”. O útil para o direito é o indiscutível e evidente. Esclarece, ainda, que o conceito de necessidade social é variável, mas a lei é estática, assim como o equilíbrio de interesses é uma noção precária e abstrata. Por fim, Defroidmont destaca que a interpretação pelo fim da lei só poderia ser desejável se cada pessoa fosse capaz de possuir uma visão verdadeira do que é o fim social, a felicidade e o justo, e a vontade firme de empregá-los sempre (Serpa Lopes, 1959, v. 1, p. 122).

Ao abordar o conceito de bem comum nos termos art. 5º da LINDB quando à época de inovação revolucionária, Serpa Lopes trouxe críticas similares ao conceito de fim social:

Mas qual o critério para se conhecer o bem comum? Será essa proposição igual ao fim revolucionário, da revolução bolchevista? Na concepção materialista, a moral não é um princípio absoluto. O conceito do bem e do mal sofre alterações. O erro e o mal de ontem podem transformar-se num bem de hoje (Serpa Lopes, 1959, v. 1 p. 123).

Prosseguindo em sua argumentação, o civilista indaga “e o bem comum dos fascistas” (Serpa Lopes, 1959, v. 1 p. 124), isto é, se aquele bem comum excludente de minorias e tecnicamente genocida encaixar-se-ia no bem predeterminado pela lei.

Serpa Lopes menciona pesquisa elaborada em 1937, numa sessão do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica, citada por Du Pasquier, na qual foram postos os temas “o fim do Direito, bem comum, justiça, segurança jurídica”. Como resultado, a quase unanimidade entendeu que o fim do direito é a justiça, mas, ao se indagar se o fim do direito seria *exclusivamente* a justiça, então as divergências apareceram. Nesse instante, alguns entenderam que o bem comum e a segurança jurídica estariam ao lado do fim supremo Justiça, “ou seja, o bem comum em função da pessoa humana”, outros, porém, defenderam que o bem comum seria a “realização da ordem pública, precipuamente como bem do Estado” (Serpa Lopes, 1959, v. 1 p. 124).

Ao enfrentar a novidade hermenêutica posta pelo art. 5º do recém-chegado Decreto-Lei n. 4.657/1942, Oscar Tenório (1955, p. 151) ressalta que o direito anterior era omissivo nesse ponto, porém, explicita o art. 114 do CPC/1939, vigente naquele tempo: “Quando autorizado a

decidir, por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador” (entende-se que esses dispositivos não tratam de coisas semelhantes, mas registre-se a novidade quando entrou em vigor, pois não existia artigo de lei análogo).

Tenório (1955, p. 157) conclui que o conteúdo filosófico de bem comum torna difícil sua conceituação e dependente seu conceito de variações doutrinárias, já que não há um conceito legal sobre essa finalidade da lei. Para Bigne de Villeneuve, o bem comum tem em vista uma ordem jurídica fundada na justiça: “interesses legítimos comportam de conciliável entre eles e com a necessidade primordial da vida permanente e bem ordenada de uma comunidade política” (Tenório, 1955, p. 158). Prossegue afirmando que, para muitos, naquela época, o bem comum pela concepção moderna e positivista era visto como uma preocupação democrática de viés socialista, e impregnada de grande fundo político, já que esse conceito não se apoiaria em um valor eterno e metafísico, resultando seu conteúdo “da própria concepção variável de estruturas constitucionais” (Tenório, 1955, p. 159).

Historicamente, afirma o autor, a imposição de observar o bem comum era dada ao legislador, mas o ordenamento pátrio, nos idos de 1942, agora dava ao juiz a missão de na aplicação da lei apreciar a finalidade social e as exigências do bem comum, instaurando-se “o governo dos juízes, sem que possamos falar, entretanto, em oligarquia ou ditadura judiciária” (Tenório, 1955, p. 162).

Ao concluir, cita, em seu livro de 1955, trabalho de Eduardo Lambert, o qual destacou postura reacionária dos juízes norte-americanos prejudicial à vida econômica pós-moderna. Dada a pertinência do tema e a época em que foi elaborada a crítica, optamos por citá-la abaixo:

Em livro magistral, ‘Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aus Étas – Unis’, 1921, EDUARDO LAMBERT estudou o que chamou a experiência americana do controle judiciário de constitucionalidade das leis. Assinalou o caráter reacionário da justiça diante da legislação social, ao anular os esforços das legislaturas para um mínimo de leis trabalhistas, numa rude batalha.

Obcecada pelo princípio de constitucionalidade das leis, a magistratura norte-americana tomou vigorosa atitude reacionária, incompatível com as novas condições de vida social, sobretudo da vida econômica.

No Brasil, como nos Estados Unidos, a supremacia da Constituição ainda é uma expressão vital de nosso regime político. Entretanto, o juiz brasileiro não deve agravar as incompatibilidades entre as normas da Constituição e do bem comum (Tenório, 1955, p. 162-163).

Para Tenório, perante o art. 5º da LINDB, os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, diversamente do ocorrido na Alemanha e na França, não são métodos de interpretação subsidiários, que só deveriam ser aplicados quando os outros métodos hermenêuticos clássicos

não solucionassem a questão. Segundo o autor, o método meramente lógico de interpretação sucumbiu perante a LINDB. O método gramatical e a *mens legislatoris* ficaram relegados a um segundo plano, pois o Brasil adotou a doutrina de Bentham e Ihering³⁰. Para o primeiro, o bem-estar dos indivíduos se confunde com o bem-estar de toda a sociedade; para o segundo, o fim do direito é o criador de todo o direito, por isso, a noção de justiça é incompatível com o sistema hermenêutico teleológico, visto que a finalidade cria o próprio direito (Tenório, 1955, p. 164).

Após demonstrarmos que a entrada em vigor do art. 5º da LINDB foi uma inovação legislativa polêmica e progressista – foram trazidas obras de doutrinadores escritas ao tempo da inovação, para evidenciar que, à época, existia uma disputa entre as correntes de interpretação teleológicas (utilitarismo e racionalismo histórico), e correntes que pretendiam inspirar-se no critério moral de justiça. Em grande parte, essa disputa se assemelha ao que o presente trabalho procura demonstrar. Hoje, há no ordenamento pátrio uma disputa entre a interpretação consequencialista baseada na eficiência (imposta pelos termos legais dos arts. 20 e 23 da LINDB e o art. 8º do CPC/2015), contra as teorias interpretativas morais e constitucionais elaboradas por Dworkin e Streck.

Para Tenório, o louvável na Lei de Introdução ao Código Civil – nomenclatura adotada à época – foi compatibilizar o fato de a lei em geral ser letra morta com as alterações constantes da vida real, liberando o juiz da servidão à letra fria da lei, conferindo-lhe liberdade para determinar o que seria o fim social da lei em cada caso (Tenório, 1955 p. 166).

Ainda, para provar o caráter de novidade do art. 5º da LINDB, Espínola e Espínola Filho (1999, p. 121) também observam não haver dispositivo correspondente na legislação revogada. Há apenas o antigo art. 6º: “A lei que abre exceções a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

O pequeno art. 5º da LINDB, de curta redação, é o norte hermenêutico de todo o ordenamento jurídico desde 1942. Sem hermenêutica, sem interpretação, não há aplicação da lei ao caso concreto. O brocardo latino *in claris cessat interpretatio* (na clareza das palavras não cabe interpretação – tradução nossa) mostra-se simplista e equivocado. Isso porque, tanto as leis curtas e claras, quanto as complexas e prolixas, precisam ser interpretadas. A

³⁰ “De logo vemos que a Lei de Introdução adotou o pensamento da escola utilitarista, através de BENTHAM e de IHERING. O jurista inglês adotou uma concepção integral do direito e da moral: ambos assentam no princípio da utilidade geral. O bem-estar dos indivíduos que compõem a comunidade reside na utilidade ou no interesse da própria comunidade. Foi uma reação ao direito natural. Em IHERING, a concepção do direito como fim encontrou expressão sedutora e ousada, ultrapassando a de Bentham e exprimindo um racionalismo histórico. O fim – para ele – é o criador de todo o direito. A idéia do justo é estranha ao sistema teleológico. Como o fim dos atos do ser animado reside em realização de suas condições de existência, o direito representa a forma da garantia das condições de vida da sociedade, assegurada pelo poder coativo do estado” (Tenório, 1955, p. 164).

interpretação, sem dúvida, varia conforme os valores sociais e o momento histórico.

Nesse ponto, oportuna a reprodução da alegoria de Luis Recaséns Siches do urso na estação ferroviária. Havia em uma estação ferroviária uma placa determinando ser “proibida a entrada de Cães”. Assim, ao tentar ingressar na estação um cego com seu cão guia, foi barrado. Na sequência, apareceu um domador de ursos, que queria ingressar na estação com um urso. Se aplicássemos a lei sem qualquer juízo de valor interpretativo, o cego não poderia ingressar na estação com seu cão guia, mas o domador poderia circular com seu urso no local. O exemplo evidencia que, mesmo os comandos normativos mais simples e curtos requerem interpretação.

A clareza de um determinado texto é algo relativo (Degni, 1909). Tal como a alegoria posta acima, um mesmo texto pode ter uma aplicação óbvia e adequada em um caso mas, em casos não tão exatos, embora ao mesmo tempo simples, possuir aplicação teratológica.

Maria Helena Diniz ensina que são três as funções da interpretação: conferir aplicabilidade às normas jurídicas nas relações sociais que justificaram sua criação, estender a aplicação das normas às relações jurídicas surgidas no futuro, inexistentes à época da edição da lei, mas que deverão ser reguladas por aquela norma e “temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social, ou seja, aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir” (Diniz, 2014, v. 1, p. 79).

Miguel Reale já observou que o processo hermenêutico é condicionado ao momento histórico-cultural, assim, as soluções da hermenêutica jurídica acompanham lado a lado as transformações do Estado e da sociedade e cada período histórico fixa os limites de sua exegese³¹.

Ao analisar a evolução da exegese no tempo, Reale esclarece que, no século XIX, quando se imaginava que a sociedade teria atingido uma estabilização, e que as liberdades individuais se regulariam naturalmente, era razoável esperar que o intérprete do direito, entre eles os juízes, ficassem adstritos aos comandos supostamente claros da lei o máximo possível (Reale, 1977, p. 81-91).

No auge do liberalismo, só se admitia a influência do estado, mesmo o estado juiz, quando fundado estritamente na lei, na tentativa de se evitar a atividade criativa do julgador. Mas, conforme provado por meio do exemplo do urso na estação de trens, o texto legal frio não é capaz de se adaptar automaticamente aos fatos da vida (Reale, 1977, p. 81-91).

³¹ “Tomemos, por exemplo, a parêmia *interpretatio cessat ib claris*, que os hermeneutas oitocentistas em geral acolheram em seus ensinamentos. Se a tomarmos como um enunciado lógico-formal, em si e de *per si*, isto é, como princípio de hermenêutica, ela significa uma coisa; mas significará outra, bem diversa, se recebida como simples ‘categoria histórica’, ou seja, em função do sentido que lhe foi dado nas coordenadas daquele tempo” (Reale, 1977, p. 81-91).

Assim, a interpretação gramatical serviu melhor ao momento histórico do liberalismo, que pregava a menor interferência do estado nas relações privadas. O positivismo fora adequado a essa época também (Reale, 1977, p. 81-91).

Mas, na medida em que a sociedade se altera, essas correntes revelam-se insatisfatórias no atendimento às necessidades humanas. Atualmente, para a nossa comunidade, são insuficientes. Para orientar o aplicador do direito, ao longo do tempo, várias técnicas foram aprimoradas, embora as clássicas permanecessem: 1) gramatical ou literal; 2) lógica; 3) sistemática; 4) histórica e 5) sociológica ou teleológica.

A técnica gramatical ou literal baseia-se nas regras linguísticas. Por meio dela, deve-se examinar os termos do vernáculo utilizado, analisar o significado das palavras em si e sintaticamente, considerar também as regras de pontuação do idioma.

Por meio dessa técnica, a partir das palavras utilizadas pelo legislador, chega-se a um significado da norma.

Note-se que o legislador dirige seus comandos ao povo, por meio de uma linguagem específica. Ao interpretar o texto, o operador do direito deve usar o sentido usualmente empregado por aquela sociedade às palavras. Em algumas situações, no entanto, os termos jurídicos técnicos possuem significado distinto do conferido pelos leigos à mesma palavra. Isso é, um mesmo signo na linguagem técnica pode significar algo distinto do seu sentido na linguagem coloquial. Exemplo disso é a palavra “competência”, a qual juridicamente significa algo totalmente diferente da compreensão leiga conferida a essa palavra. Claro é que o intérprete deverá considerar todos os possíveis significados técnicos e profanos ao interpretar literalmente uma norma, concluindo pelo sentido que mais se adequa ao valor buscado pela norma a ser interpretada. Dworkin (2002, p. 50) usa esse raciocínio quando ataca a adoção da discricionariedade positivista hartiana.

De forma pacífica, entende-se que a interpretação literal é sempre um ponto de partida para o operador, embora, ao mesmo tempo, seja insuficiente em inúmeros casos. Assim, se a interpretação literal não for efetiva em alguma situação, o exegeta deve partir para a interpretação lógica, mais complexa, pois não considera as palavras do dispositivo legal isoladamente.

Na interpretação lógica, também chamada racional, considera-se a razão que levou o legislador a criar a norma. É interpretada em comparação a outros dispositivos legais, sobretudo os princípios que orientam a ordem jurídica.

Um dispositivo legal não nasce sem propósito, mas é votado nas casas legislativas, as quais tendem a expressar uma corrente filosófica, econômica ou jurídica dominante. Assim,

todo texto legal tem uma razão de existir e um propósito. Segundo a interpretação lógica, esses fatores devem ser considerados para o intérprete extrair a intenção da norma.

A intenção da norma, portanto, não é a intenção do legislador. Uma vez produzida a norma jurídica, a vontade do legislador deixa de importar, pois o intérprete não deve buscar as razões subjetivas dos legisladores, mas o sentido da norma inserida no mundo e na ordem jurídica. O que se busca é a vontade objetiva da própria lei. Uma vez produzido o comando legal, o legislador não controla mais seus efeitos, pois a função de interpretar, distinta da de legislar, não é privativa do Poder Legislativo.

Indo além da interpretação lógica, a interpretação sistemática é ainda mais complexa, mas não deixa de ser construída por um raciocínio lógico. Por meio dela, o exegeta deve considerar a lei inserida em todo o feixe de princípios jurídicos e normas gerais que aparecem logicamente antes de uma lei no sistema jurídico, além dos princípios e das normas constitucionais.

Para isso, deve conhecer os princípios mais amplos, subprincípios, princípios da área específica do ramo do direito no qual o dispositivo legal está posto, para compreendê-lo a partir do sistema no qual está inserido.

Exemplo claro de interpretação sistemática está na aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), partindo do art. 5º, XXXII, da CF/1988. Por esse dispositivo constitucional, o Estado deve promover por lei a “defesa do consumidor”, pois a Constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Logo, a norma infralegal de direito consumerista deve ser interpretada em “defesa” do consumidor, entendido pela CF/1988 como a parte mais frágil e vulnerável nas relações de consumo.

Dessa maneira, um dispositivo inserido no CDC e outro no CC/2002, ambos com redações similares, devem ser interpretados de maneiras sensivelmente distintas, pois imersos em sistemas diferentes. Isso ocorre por aplicação da interpretação sistemática, considerando o valor *proteção ao consumidor* imposto pela Constituição Federal de 1988.

Ao lado dessas espécies, há a interpretação histórica, proveniente das obras de Savigny e Putcha (Diniz, 2014, p. 81), a qual considera o histórico do processo legislativo que culminou no dispositivo legal a ser desvendado, os fatos históricos que motivaram o desencadear do processo legislativo e a exposição de motivos da lei, se houver. Analisa-se também a evolução histórica da própria legislação.

Caio Mário da Silva Pereira, em interessante posicionamento, nega a existência dessa espécie de interpretação. Segundo ele, não há espécie de interpretação histórica, mas apenas o uso de um elemento histórico para “coadjuvar” o trabalho do intérprete. Além disso, a exposição

de motivos de uma lei, assim como os trabalhos preparatórios, possuem valor histórico, embora não possam preponderar para fixar o conteúdo de uma lei³². Isto porque, muitas vezes, ao ser inserida no plexo de princípios e de normas do ordenamento, toma sentido diverso do seu significado histórico.

Finalizando esse ponto das espécies de interpretação, esclareça-se que não existe uma espécie correta, mas uma só interpretação que deve se utilizar de várias, ou de todas as espécies de métodos interpretativos, para só então extrair o exato significado da norma jurídica.

Expostas sucintamente as espécies de interpretação disponíveis para o exegeta, no caso desse trabalho mais especificamente para o julgador, o art. 5º da LINDB impõe que, na aplicação do direito, o juiz busque os fins sociais aos quais a lei se dirige e à exigência do bem comum, isso é, as “sínteses éticas da vida em comunidade” (Diniz, 2014, p. 81).

Pela redação do art. 5º da norma de sobredireito, os fins sociais são do direito, já as exigências do bem comum são valores da sociedade. Diante disso, a interpretação deve pesar o fim buscado pela norma perante os valores sociais.

Maria Helena Diniz (2014, p. 81) vê hoje no art. 5º uma síntese ética da comunidade. A maioria dos juristas e doutrinadores irão concordar com essa posição, mas civilistas contemporâneos à entrada em vigor da LINDB em 1942 viveram a incerteza trazida pelo novo dispositivo, assim como as correntes filosóficas que se digladiavam por trás dele, como o utilitarismo, o racionalismo histórico de um lado e as correntes do direito como justo.

Atualmente, o art. 5º da LINDB não imprime mais cautela em ninguém, o que só ocorreu porque a doutrina e a jurisprudência já construíram o seu significado, que se consolidou pelo trabalho dos juristas sem abandonar o conceito moral de justiça.

Indo ao encontro do art. 5º da LINDB está a “Hermenêutica Estrutural” de Miguel Reale, pela qual toda interpretação jurídica é finalística e valorativa, com nítido caráter criador e construtivo do direito (Reale, 1977, p. 81-91).

Dada a relevância desse ensinamento, destaca-se Reale:

³² “Às vezes, aparece a referência à interpretação histórica, como uma espécie de interpretação, ou como um método hermenêutico. Não existe, porém, essa modalidade, muito embora a considerem muitos. O que há é o elemento histórico, invocado para coadjuvar o trabalho do intérprete [...] A pesquisa do elemento está, evidentemente, articulada com a consulta aos trabalhos preparatórios (atas das Comissões, Anais do Congresso, resumo das discussões etc.) de que resultou a votação da lei. Mas estes trabalhos não podem ser considerados como a expressão do pensamento do legislador, não só porque refletem a manifestação apenas de alguns membros do Congresso, pois que em regra a maioria vota sem ter participado das discussões, como ainda porque, não raro, a disposição legal traduz coisa diversa do que havia sido a idéia (sic) concebida pelo seu proponente, ou pelo opinante” (Pereira, 1999, p. 129).

Estas considerações iniciais visam pôr em realce os seguintes pontos essenciais da que denominamos *hermenêutica estrutural*: a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na *consistência axiológica* (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa *estrutura de significações*, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

Pois bem, dessa compreensão estrutural do problema resulta, em primeiro lugar, que o trabalho do intérprete, longe de reduzir-se a uma passiva adaptação a um texto, *representa um trabalho construtivo de natureza axiológica*, não só por se ter de captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros da lei, mas também porque se deve ter presentes os da mesma espécie existentes em outras leis: a sistemática jurídica, além de ser lógico-formal, como se sustentava antes, é também *axiológica* ou *valorativa*.

Não pode absolutamente ser contestado o caráter *criador* da Hermenêutica Jurídica nesse árduo e paciente trabalho de cotejo de enunciados lógicos e axiológicos para atingir a real significação da lei, tanto mais que esse cotejo não se opera no vazio, mas só é possível mediante contínuas aferições no plano dos fatos, em função dos quais as valorações se enunciam (Reale, 1998, p. 293).

Pela redação do art. 5º da LINDB, o critério legal de interpretação de todo o ordenamento jurídico é o lecionado por Reale (finalístico e valorativo). E os valores são aqueles vigentes na sociedade no momento da aplicação da norma.

Esclareça-se que, com atividade criadora do intérprete não se quer dizer, nem de longe, que o julgador do caso concreto possa criar o direito livremente, descompassado da lei, conforme pretendiam os adeptos das escolas, ou sistemas da *livre indagação* e do *direito livre*. O intérprete estará sempre preso aos valores constitucionais e legais, jamais aos seus próprios como quiseram muitos positivistas, a exemplo de Hart.

Pelo sistema da livre indagação, ensina Franco Montoro, cujos maiores nomes foram o francês Geny e o alemão Ehrlich, a lei é tida como a mais importante fonte do direito, mas não a única. Na sua falta ou insuficiência, o juiz deve usar o costume, a jurisprudência ou a doutrina. Se, ainda assim, não se deparar com a solução, então o juiz estaria livre para criar a norma aplicável como se legislador fosse, utilizando a “livre investigação científica”. Segundo essa escola, o juiz poderia agir ao lado da lei, *paeter legem*, e não somente segundo a lei, o que de fato é, e deve ser, vedado a qualquer magistrado (Montoro, 1999, p. 377).

Já o sistema do direito livre seria ainda mais desapegado do império da lei. Ele autorizaria o juiz, ao interpretar, agir contra a lei na busca do justo, tomar como base somente seu sentimento e uma suposta consciência jurídica. Montoro aponta Kantorowicz como o principal pensador dessa escola (Montoro, 1999, p. 378).

Por ora, conclui-se que o art. 5º da LINDB, que vige desde 1942 no Brasil, tornou lei e

impôs aos juízes nacionais interpretar a lei sempre de forma finalística, buscando o fim da norma, e valorativa, concretizando os valores sociais vigentes para a realização do bem comum, na linha da hermenêutica estruturante de Reale, impondo o conteúdo ético para a interpretação judicial (Diniz, 2014, p. 81). Acrescenta-se que, em 1942, o art. 5º da LINDB inovou a ordem legal, pois a introdução ao CC/1916 não possuía dispositivo semelhante.

4.2 Expectativa sobre o PL do Senado Federal n. 349/2015

Nesse trabalho, busca-se destacar e provar que o legislador pátrio vem alterando a matriz hermenêutica do ordenamento, adotando o consequencialismo jurídico e acrescentando a eficiência econômica como valor imposto ao intérprete e aos magistrados brasileiros.

O art. 8º do CPC/2015 vem sendo editado primeiro, o qual repete e alarga o conteúdo do art. 5º da LINDB somando a esse a eficiência como critério finalístico de interpretação. Em 2018, foram acrescentados os arts. 20 a 30 na própria LINDB, enfatizando a eficiência econômica como critério hermenêutico consequencialista.

Diante dos fatos e da ordem cronológica das alterações legislativas, inicia-se a discussão pela análise do Projeto de Lei do Senado Federal, que deu origem à Lei n. 13.655/2018, mesmo promulgada após o CPC/2015. Isto porque, a expectativa sobre ela e os artigos científicos produzidos alcançaram uma escala maior. Daí sua análise ser mais proveitosa antes de se aprofundar o estudo do art. 8º do CPC/2015.

O Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal foi redigido pelos administrativistas Floriano de Azevedo Marques Neto e Carlos Ari Sundfeld. Em sua justificativa, inicia-se esclarecendo que, com a concretização da democracia, as formas de controle sobre os gestores públicos se proliferaram alcançando várias formas de controle externo e interno da administração pública.

Segundo os termos do Projeto de Lei, quanto mais se avança na legislação administrativa criando controles, mais se perde em segurança jurídica, pois esses meios de controle aumentaram a incerteza e a segurança jurídica, provocando um suposto efeito deletério na estabilidade institucional.

Conforme consta na justificativa do Projeto, o que se buscava era incluir novas balizas interpretativas na aplicação do direito pelas autoridades públicas, inclusive juízes: “O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle [...]”.

No mesmo sentido, a epígrafe do Projeto de Lei trazia a seguinte redação: “Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público”.

O Projeto, redigido pelos administrativistas citados, foi fruto de estudos desenvolvidos pela Sociedade Brasileira de Direito Público e pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, cujos resultados foram publicados na obra “Contratações Públicas e Seu Controle” (2013) (Sundfeld, 2022, p. 49).

O escopo declarado e almejado pelo Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal foi o aumento da segurança jurídica e da eficiência na aplicação e na criação do direito público. Não se trata de eficiência no trâmite processual, mas de eficiência econômica na interpretação e na criação do direito material pelo julgador.

O projeto pretendia alterar a forma pela qual se aplica e interpreta o direito público no Brasil, impondo ao lado dos fins sociais da norma e do bem comum, a segurança jurídica e a eficiência econômica na interpretação criativa do direito.

4.3 Arts. 20 e 23 da atual LINDB na visão do Direito Administrativo

O Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal transformou-se na Lei n. 13.655/2018, a qual acrescentou os arts. 20 a 30 à LINDB.

O objetivo foi demonstrar que o desafio hermenêutico, acima de tudo para os magistrados, é encontrar uma interpretação que fique no âmbito de incidência determinado pelo texto legal e que, ao mesmo tempo, atenda o melhor possível aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum (critério finalístico e axiológico da hermenêutica jurídica).

Para chegar a esse ponto ideal de equilíbrio na interpretação das normas, necessário ponderar a segurança jurídica, supostamente trazida pela prisão do intérprete ao texto frio da norma, e a interpretação sistemática e estruturante (Reale, 1977) para, considerando o texto, chegar-se ao sentido normativo mais adequado aos valores sociais vigentes. Enfim, deve-se chegar no justo, mas no âmbito da aplicação do texto legal e não fora dele, considerando que o que é justo varia temporal e culturalmente.

O justo, porém, dentro do previsto na lei, nem sempre é algo objetivo. Nesse contexto, na atualidade, a atividade interpretativa do Poder Judiciário, cujo órgão máximo é o Supremo Tribunal Federal, tem sido questionada. Ao interpretar as leis e a Constituição, muitas vezes, o Poder Judiciário cria normas inexistentes para buscar valores eleitos pelo ordenamento.

Com o objetivo de diminuir a liberdade do julgador e aumentar, supostamente, a

segurança jurídica, o novo art. 20 da LINDB adota o consequencialismo jurídico como técnica de decisão administrativa e judicial ao impor que “Nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Floriano de Azevedo Marques Neto, um dos autores do projeto, e Rafael Vêras de Freitas esclarecem que, a finalidade do art. 20 é “interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições” (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 21).

O artigo dirige-se também aos órgãos de julgamentos da administração pública, como os Tribunais de Contas da União e dos Estados, todavia abraça explicitamente o Poder Judiciário e todos os seus órgãos, de juízes a tribunais superiores.

Segundo Carlos Ari Sundfeld (2022, p. 12), sob o novo olhar da LINDB está ocorrendo uma mutação no direito administrativo derivada da nova lei. O autor denomina a LINDB com a nova redação dada por seu Projeto de Lei vitorioso de “Lei Bússola” para o direito público (Sundfeld, 2022, p. 44), “definidora dos grandes modos de funcionamento do direito” para defender que a ideia do Projeto nasceu de uma vontade de controlar a atividade criativa do direito dos controladores e gestores públicos que, segundo ele, atuam muitas vezes com excessos (Sundfeld, 2022, p. 49-50).

Na avaliação de Sundfeld, o art. 20 da LINDB pretende “trazer realidade para dentro dos jogos de aplicação da lei”, para que o julgador, ao decidir com base em princípios, não desconsidere as consequências reais da decisão. Acredita que, como se entende hoje que os princípios têm força normativa, não só nas omissões legislativas, mas em qualquer caso, “o mínimo que se pode exigir é que juízes e outros controladores (assim como os administradores) também pensem como políticos e gestores” (Sundfeld, 2022, p. 57).

E é justamente para que juízes pensem como gestores públicos ao decidir, considerando a eficiência econômica e as consequências de suas decisões, que nasceram os arts. 20 a 23 da LINDB.

O art. 20, em seu parágrafo único, exige que o julgador na motivação da decisão a justifique perante as outras alternativas possíveis, demonstrando, assim, que a escolha feita é a melhor se comparada com as demais, segundo as consequências práticas da decisão, como se gestor público fosse. Isso é inegável consequencialismo pragmático com teoria da decisão.

O art. 20 da LINDB pretende, segundo os redatores do projeto da Lei n. 13.655/2018, alterar a forma pela qual o Poder Judiciário decide com base em princípios e valores jurídicos abstratos, isto é, com base em princípios constitucionais e no art. 5º da LINDB (Sundfeld, 2022,

p. 58).

Ao criticar as decisões tomadas com base em princípios e valores jurídicos abstratos, Sundfeld alega que o movimento de disseminação de princípios pode ter partido de uma intenção nobre, mas, ao longo do tempo, tem se mostrado algo negativo. Pelo contexto de sua obra, parece entender ser um fato sem possibilidade de retroceder ao defender que o julgador não pode apenas apontar o princípio a ser utilizado, mas em sua fundamentação deve apresentar os efeitos concretos e gerais da decisão e as possíveis soluções alternativas, fundamentando a escolha de uma das decisões, prevendo custos e consequências de todas as possibilidades, escolhendo a que melhor atender a eficiência econômica. Assim, os autores da Lei n. 13.655/2018 pretenderam que, o juiz, ao aplicar o direito, busque a máxima criação de riqueza para a sociedade, ou a melhor consequência segundo os parâmetros de mercado, antecipando os efeitos econômicos de sua decisão no processo intelectual de decidir.

Segundo Sundfeld,

O fato de o Direito positivo prestigiar o uso dos princípios, e conter outras normas muito abertas, das quais os intérpretes se socorrem com frequência, impõe aos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado. Não basta dizer qual é o Direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos concretos e gerais da decisão e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cuja escolha deve ser ponderada e exposta (art. 20). É assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: defrontando-se com um problema vislumbram possíveis soluções, tentam prever custos e consequência de optar por cada uma delas, e submetem o juízo final ao escrutínio público e ao crivo de controladores (Sundfeld, 2022, p. 58).

Observe-se que o art. 20 da nova LINDB, expressa e flagrantemente, prega um consequencialismo pragmático bem perigoso, pois, no mesmo sentido das críticas feitas por Dworkin à Análise Econômica do Direito de Richard Posner na sua primeira fase, a mera eficiência econômica com fundamento consequencialista de decidir pode dissociar-se da ética, e afastar a aplicação judicial do direito dos valores do bem comum.

Não se pode dar maior relevância às consequências econômicas de uma decisão do que ao valor que o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional declarou expressamente.

Caso bastante debatido atualmente, com capacidade para exemplificar a impossibilidade das consequências econômicas se sobreporem aos valores elevados pela Constituição e outras leis, são as demandas de saúde.

Pela redação do art. 20 da LINDB, o juiz deve ponderar e analisar o custo de eventual

tratamento de saúde (Motta; Nohara, 2019, p. 27-28). Mas, se o tratamento for necessário, não versar sobre procedimentos ou remédios sem registro ou eficácia comprovada, ou sem existência no país, não há como, em regra, o custo excluir direitos assegurados aos cidadãos.

Sobre um possível radicalismo da redação do art. 20 posicionam-se Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara (2019, p. 28). Ambos entendem que a redação do dispositivo é peculiar e que exige interpretação cautelosa para não se cair no erro de que os argumentos consequencialistas pragmáticos são “mais importantes do que os argumentos de substrato valorativo, o que é uma (possível) interpretação perigosa” (Motta; Nohara, 2019, p. 28-29).

No entendimento desses professores, sempre que o julgador aplica um valor abstrato, ele o faz a um caso concreto, um aspecto básico da hermenêutica. Assim, o valor abstrato perderá sua abstração, ganhando concretude na realidade fática (Motta; Nohara, 2019, p. 28).

De fato, desde o giro linguístico-pragmático, na era do pós-positivismo, com o surgimento da filosofia da linguagem, a hermenêutica moderna conclui pela insuficiência da subsunção como operação lógico-formal, pois a interpretação não é só da norma, mas também do fato concreto. Ademais, a linguagem utilizada para representar a norma é uma representação íntima da realidade³³. Segundo Motta e Nohara, a “aplicação jurídica com decidibilidade é

³³ “Esta tese é assumida em sua Ideografia (*Begriffsschrift*) e pressupõe que a relação se sustenta pela diferença no modo de apresentação desses sinais ainda que designem o mesmo objeto, formando uma sentença com conhecimento real, por exemplo: o ponto de intersecção de uma linha “a” e outra “b” é igual ao ponto de intersecção de uma linha “b” e outra “c”, desde que “a”, “b” e “c” sejam linhas que ligam as vértices de um triângulo com os pontos médios dos lados opostos. Sobre essa base se funda a distinção entre “denotação” (referência) e “sentido”, onde a primeira é o objeto a ser designado por um nome próprio (que pode ser uma ou várias palavras e/ou sinais) e o segundo é o modo de apresentação desse objeto, sentido do sinal. Exemplificativamente, FREGE cita que a referência ao planeta Vênus pode ser retratada em sentidos diferentes, como “Estrela da Manhã” ou como “Estrela da Tarde”, dependendo do local do qual se fala. Conclui, na seqüência, que nessa situação mudam-se os sentidos, mas não a referência. Nesta arquitetura, o “sinal” ou “nome” é “qualquer designação que represente um nome próprio, cuja referência seja um objeto determinado (esta palavra tomada na acepção mais ampla)”. Sobre as relações entre essas dimensões, FREGE assinala que, ao sinal corresponde um sentido determinado e a este uma referência determinada. No entanto, à referência não deve pertencer um único sinal e o sentido pode encontrar diferentes manifestações na mesma ou em outra linguagem, o que não constitui exatamente um problema, mas antes defeitos da linguagem natural que a linguagem lógica não pode aceitar. Percebe-se, também, que ao sentido nem sempre corresponde uma referência, como na frase: “o corpo celeste mais distante da terra”, é possível antever um sentido, mas não sua referência imediata. FREGE explica que o sentido de um nome próprio ou sinal, apesar de elucidar a referência de maneira sempre parcial, “pode ser entendido por todos que estejam suficientemente familiarizados com a linguagem ou a totalidade de designações a que ele pertence”. Esta assertiva aponta para a exigência de que haja uma propriedade comum a muitos, ou seja, um compartilhamento intersubjetivo de pensamentos para que se possa falar em sentido, o que acarreta a necessidade da diferenciação de uma nova categoria: a representação. Conforme a concepção fregeana, a representação é a imagem interna, frequentemente vinculada à emoção, repleta de lembranças percebidas sensorialmente e de atividades realizadas pelo sujeito vivente. A representação tem a subjetividade como característica principal, de tal modo que dois homens não a possuem de maneira idêntica e tampouco é possível fazer uma comparação precisa entre duas representações, pois elas não são visualizáveis de maneira conjunta numa mesma consciência. Por isso, segundo o filósofo em estudo, ao se deparar com o nome *Bucephalus* um pintor, um cavaleiro e um zoólogo provavelmente fariam “representações” bastante distintas. Em cotejo com a representação, FREGE elucidar que o sentido é o que está “entre” o próprio objeto (referência) e a sua imagem subjetiva (representação), do mesmo modo que, ao se observar a lua através

questão que envolve razão prática e não lógica pura” (Motta; Nohara, 2019, p. 30).

Dessa forma, o consequencialismo voltado à eficiência econômica trazido no art. 20 da LINDB não pode se sobrepor aos valores constitucionais. Os ganhos econômicos não podem se sobrepor à correta aplicação da lei com base em valores constitucionais e legais, pois somente o ser humano é um fim em si mesmo – consequências e eficiência econômica, não.

Nessa linha, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo editou o Enunciado n. 5 sobre a interpretação do art. 20 da LINDB: “A avaliação das consequências práticas, jurídicas e administrativas é indispensável às decisões nas esferas administrativas, controladora e judicial, embora não possa ser utilizada como único fundamento da decisão ou opinião”³⁴.

Seguindo o mesmo caminho do art. 20, o art. 23 da LINDB aborda a mudança de posicionamento de órgãos públicos e Tribunais:

Art 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Nas estrelinhas desse dispositivo encontra-se a preocupação econômica do custo social das alterações de posicionamento jurisprudencial e dos tribunais de contas, mas com clara adoção das correntes consequencialistas e da *Law and Economics* Posneriana.

de um telescópio, a imagem projetada pela sua lente não se confunde com o próprio objeto (lua) nem com a imagem produzida na retina de um observador, sempre variável e individual em razão da diversidade de configuração nos olhos dos sujeitos humanos (Marrafon, s/d, *online*, p. 19-20).

³⁴ INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DE MATO GROSSO DO SUL. Disponível em: <https://www.idams.com.br/noticias/166/Seminario-promovido-pelo-IBDA-aprova-enunciados-sobre-a-LINDB.html>. Acesso em: 26 mar. 2025. “O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo realizou, no dia 14 de junho de 2019, seminário docente intitulado “Impactos de Lei n. 13.655/18 no Direito Administrativo”. Na metodologia utilizada, os participantes foram inicialmente divididos em quatro grupos temáticos (Conceitos abertos na LINDB; Proporcionalidade e dificuldades reais; Invalidação e segurança jurídica; Responsabilização pessoal) e elaboraram, individualmente e previamente à data do encontro, *papers* abordando questões ligadas ao tema central de cada grupo. Os *papers* foram enviados aos coordenadores para, a partir da leitura e identificação de convergências e controvérsias, elaborarem o roteiro de debates. No dia do Seminário, cada grupo se reuniu para debater o respectivo tema central, propondo a elaboração de ementas voltadas à análise das questões tratadas. As ementas de cada grupo foram, posteriormente, analisadas por grupo revisor. Finalmente, foi realizada sessão plenária, com a presença de todos os participantes, para discussão e aprovação das ementas apresentadas por cada grupo. Os enunciados aprovados na sessão plenária referida, por maioria qualificada dos presentes, serão divulgados como “Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo”. Participantes: Adriana da Costa R. Schier (PR), Clóvis Beznos (SP), Cristiana Fortini (MG), Emerson Gabardo (PR), Florivaldo Dutra de Araújo (MG), Geraldo Spagno (MG), João Paulo Lacerda (MS), Joel Niebuhr (SC), José Osório Nascimento Neto (PR), Lígia Melo Casimiro (CE), Maria Fernanda Pires (MG), Raquel Urbano de Carvalho (MG), Rogério Medeiros (MG), Rodrigo Valgas dos Santos (SC), Rúsvel Beltrame da Rocha (MG), Pedro Niebuhr (SC). Coordenação: André Freire (SP), Irene Nohara (SP), Luciano Ferraz (MG), Vanice Valle (RJ). Coordenação Geral: Fabrício Motta (GO)”.

O consequencialismo voltado para a eficiência econômica como fundamento das decisões judiciais é a adoção da Análise Econômica do Direito no âmbito normativo, ou seja, a doutrina de Posner, seja da primeira ou da segunda fase dos escritos dele.

Até hoje, os regimes de transição, consubstanciados nas modulações de efeitos de julgamentos com efeitos *erga omnes* do STF como caso mais relevante, tinham como baliza o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O dispositivo acima atrela a modulação de efeitos para alterações jurisprudenciais às consequências econômicas da decisão.

Se levarmos os arts. 20 e 23 da LINDB a uma interpretação extrema, de maneira que as consequências do julgado preponderem sobre os valores eleitos pelo ordenamento jurídico, sem dúvida, pelo texto legal, seria possível aos julgadores deixarem de mudar uma posição jurisprudencial, reconhecendo sua inadequação apenas com base nos custos financeiros a serem gerados pela mudança jurisprudencial, uma posição extrema e inconstitucional.

Até o CPC/2015 e a Lei n. 13.655/2018, isso seria vedado pelo ordenamento jurídico. Assim, estamos perante uma inovação relevante na órbita da aplicação do direito.

A elaboração de regime de transição para guinadas jurisprudenciais não é uma inovação em si, mas fundamentar essa transição nas consequências econômicas do julgamento como forma de maximizar a geração de riqueza, ou não intervir nas regras do mercado como a AED normativa de Posner em sua segunda fase, é ideia inédita no direito brasileiro.

Esse dispositivo se aplica não só a julgamentos, mas à edição de súmulas e súmulas vinculantes pelo STF (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 75).

Um dos exemplos utilizados por Marques Neto e Freitas (2019) para provar a utilidade e o acerto da redação do art. 23 são as imposições ambientais na esfera administrativa pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). Para os autores, esse órgão deverá marcar um período de transição para novas interpretações ou atos administrativos normativos no condicionamento de direitos, imposto em prol do ambiente contra o empresariado (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 76).

Transportando o raciocínio para a criação de obrigações ou condicionamentos de direitos em matéria ambiental e de saúde pública para julgamento *erga omnes* no STF, num exemplo hipotético – proibição do uso de composto químico cancerígeno pela indústria – se levarmos o fundamento consequencialista das decisões judiciais voltadas para a eficiência econômica (AED normativa) em termos que preponderem sobre direitos fundamentais, seria possível marcar um período de transição permitindo o uso de produto cancerígeno na indústria pelo bem da eficiência econômica, ao contrário do que foi feito nas ADIs 3406 e 3470, que proibiram a extração do amianto tipo crisotila de forma imediata (no caso, apenas os efeitos

erga omnes foram suspensos por embargos de declaração, mas para o Estado do Rio de Janeiro os efeitos foram imediatos)³⁵.

Como alertaram Motta e Nohara (2019, p. 28-29), não se pode deixar que as consequências econômicas das decisões preponderem sobre o conteúdo axiológico do ordenamento jurídico, sobre valores e princípios constitucionais, mas a redação dos arts. 20 e 23, se interpretados literalmente, levarão a isso.

Pontua-se, para fechar o capítulo, que pela redação dos arts. 20 e 23 da LINDB, não há dúvida de que na aplicação do direito público adotou-se como teoria normativa da decisão judicial o consequencialismo jurídico voltado para a eficiência econômica – isso, sem dúvida, é exatamente a Análise Econômica do Direito de Posner. A palavra eficiência, seja compreendida nos termos de maximização da riqueza da sociedade – primeira fase mais radical do movimento –, seja como a melhor consequência para o mercado – segunda fase mais branda e autodeclarada pragmática –, é eficiência econômica e consiste em um novo valor expresso no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive declarado no Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2025.

5 ART. 8º do CPC/2015: EFICIÊNCIA ECONÔMICA VOLTADA À APLICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Nesse capítulo, destaca-se a inovação trazida pelo art. 8º do CPC/2015, na mesma linha do dito para a LINDB, qual seja, o princípio da eficiência econômica ter sido elevado à condição de regra de julgamento no ordenamento jurídico pátrio, com a adoção da AED normativa de Posner.

Aqui, o escopo é provar que, pela dificuldade de se identificar no art. 8º do CPC/2015 um dispositivo de hermenêutica, e não dominar o real significado de eficiência na aplicação do direito material, os processualistas civis com maior capacidade de difusão do conhecimento no ensino acadêmico têm desconsiderado absolutamente nos seus manuais a tentativa do legislador de aplicar a AED no processo civil. Eles têm equiparado a regra de julgamento com base na eficiência como fundamento consequencialista da decisão judicial do art. 8º à mera economia processual. Trata-se de um erro, pois a economia processual não guarda correlação com a interpretação do direito material, mas com a condução do processo e a realização de atos processuais.

Seja para criticar a adoção da eficiência econômica como fundamento da decisão, afastar sua aplicação perante outros critérios hermenêuticos, ou acatá-la, a doutrina processual precisa conhecê-la, compreender de onde surgiu esse critério valorativo, o que não está sendo feito. Interpretar o direito com consequencialismo visando obter eficiência não se confunde com o princípio da economia processual como querem alguns processualistas.

Para destacar a importância da inovação trazida pelo art. 8º do CPC/2015, deve-se considerar os conceitos adotados por Posner na primeira fase de construção de sua AED na década de 1970, e na segunda fase de sua obra, quando da virada pragmática para tentar salvar sua doutrina normativa da decisão judicial. Isso porque, o próprio autor abrandou sua posição em trabalhos publicados nas décadas de 1980 e 1990. Todavia, as ideias centrais de sua obra na primeira, ou na segunda fase, permanecem fixas na aplicação do conceito de eficiência econômica como fundamento consequencialista válido para se tomar decisões judiciais. A intensidade da relevância desse conceito varia ao longo dos escritos. Altera-se também, no curso dos inúmeros e extensos escritos do jurista, o significado do conceito de eficiência. No início, esse conceito se confundia com o fim de gerar a máxima riqueza para a sociedade e era o único fundamento do direito. Após a virada pragmática, ocorrida na década de 1990, Posner passou a entender eficiência como qualquer consequência melhor para a sociedade do ponto de vista do

mercado, e a eficiência apenas como mais um instrumento para a aplicação do direito, e não o único fim e origem do direito.

As correntes consequencialistas da teoria da decisão são aquelas que concentram a análise sobre como o julgador deve decidir a partir da previsão dos possíveis efeitos gerados pela norma do caso concreto. Normalmente, essas correntes teóricas são aplicadas às hipóteses nas quais a lei formal permite ao julgador tomar mais de uma decisão minimamente aceitável.

Para explicar o consequencialismo jurídico, destaca-se o jurista americano Cass Sunstein, o qual, ao analisar os processos decisórios da Suprema Corte dos EUA, país em que a AED nasceu, observou que, muitas vezes, os *Justices* daquela corte suprema consideram fundamental antecipar os efeitos de suas decisões até mesmo para, primeiramente, avaliar se irão decidir o caso (Sunstein, 2001 *apud* Arguelhes, 2020). Na prática, os *Justices* têm grande autonomia para deliberar sobre o que irão decidir e o que não irão enfrentar (Arguelhes, 2020).

Cass Sunstein argumenta ainda que esse poder sobre a própria competência da Suprema Corte é usado, algumas vezes, para não julgar casos sobre os quais existam poucas informações, ou para julgá-los de forma minimalista visando diminuir os custos para a futura reversão de uma decisão, no caso de ser reformada adiante (Arguelhes, 2020).

Para o autor, os juízes da Suprema Corte consideram as consequências das decisões mesmo quando têm certeza de que a resposta para o problema constitucional que lhes foi posto seria a correta – o que no Brasil é, até hoje, algo de aceitação altamente controversa (Arguelhes, 2020):

Claro que a solução dada pelo Tribunal pode estar certa, na medida que em que o Tribunal identifica o resultado justo. Mas mesmo que esteja certo o resultado, as coisas podem dar muito erradas. O Tribunal pode não produzir reformas sociais apropriadas, mesmo que pretenda fazê-lo. Pode haver consequências adversas não intencionais [...] A decisão do Tribunal pode ativar forças opostas e desmobilizar os atores políticos que ele quer favorecer. Isso pode produzir intensa reação social, num processo de deslegitimação de si mesmo além de promover o objetivo buscado (1999, p. 59 *apud* Arguelhes, 2020; Sunstein, 2001 – tradução livre)³⁶.

Dessa forma, para o consequencialismo nos EUA – e a doutrina pragmática de Richard Posner, adotada no dispositivo legal brasileiro apontado, pode, sem dúvida, ser considerada

³⁶ No original: “Of course the Court’s resolution may be right, in the sense that the Court identifies the just result. But even if it is right, things may go badly wrong. The Court may not produce appropriate social reform even if it seeks to do so. There may be unintended adverse consequences [...] The Court’s decision may activate opposing forces and demobilize the political actors it favors. It may produce intense social backlash, in the process of delegitimizing itself as well as the goal it seeks to promote” (1999, p. 59 *apud* Arguelhes, 2020; Sunstein, 2001).

inserida nessa corrente –, a Suprema Corte poderia, mesmo nos casos em que não houvesse dúvidas sobre a solução constitucional, deixar as coisas “em aberto”, segundo Cass Sunstein. Significa dizer que o direito aceitaria um juízo aparentemente político de não decidir, com base nas possíveis consequências do julgamento (Arguelhes, 2020).

É inegável que os juízes brasileiros, assim como os magistrados do sistema norte-americano, ao decidirem qualquer caso, precisam organizar um universo de informações, conferindo determinado peso para um ou outro elemento jurídico ou fático, visando apresentar uma decisão que se justifique, que se legitime.

Nesse cenário, há distintas visões e correntes científicas, cada qual valorizando algum dos elementos sobre os quais o julgador deve refletir; algumas correntes filosóficas e interpretativas valorizam o texto da norma, outras, a finalidade, os princípios gerais do direito, a história por trás da elaboração do dispositivo e, por fim, as consequências possíveis da norma do caso concreto.

O consequencialismo, mais especificamente a Análise Econômica do Direito, de Richard Posner, muitas vezes denominada pragmatismo, apesar de até 2015 não haver no ordenamento interno pátrio previsão legal expressa para sua utilização, já vinha sendo aplicado em casos decididos pelo STF.

Nesse sentido, mencione-se adiante fala do ex-Ministro do STF Nelson Jobim, em entrevista concedida ao jornal *Valor Econômico*, em 13-12-2004 (Schurtz, p. 6), na qual afirmou que, diante de uma norma com múltiplas interpretações textualmente possíveis, em sua concepção de atuação judicial, recomendava que se escolhesse a alternativa decisória a qual se vinculasse as melhores consequências para a sociedade, quando o sistema jurídico não fornecesse uma resposta unívoca para um problema.

Sobre a famosa entrevista, Luiz Fernando Schuartz, em material preparado para o MBA em Poder Judiciário para o curso *Teoria da Decisão*, traz ao debate o trecho abaixo³⁷:

Valor: O senhor defende maior segurança jurídica e desenvolvimento econômico do país. O judiciário deve julgar de olho nas contas públicas?

Jobim: Quando só há uma interpretação possível acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e 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 de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões.

³⁷ Diego Werneck Arguelhes também cita essa entrevista em Arguelhes, 2020.

À época da entrevista, e conforme quer-se demonstrar até o art. 8º do CPC/2015, a visão externada pelo Min. Nelson Jobim, evidentemente, não era uma unanimidade, pois não possuía base legal expressa, mas refletia bem uma indagação: a tomada de decisões judiciais deve curvar-se às consequências econômicas geradas pela decisão?

Ainda no escopo de demonstrar o debate sobre a possibilidade de se adotar o consequencialismo, isto é, a AED no Brasil já antes do CPC/2015, destacamos a pesquisa realizada por Maria Tereza Sadek (2005), com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Neste estudo, perguntou-se a alguns magistrados: “do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas ou ter compromisso com suas consequências sociais?”. Os magistrados participantes da pesquisa, em sua maioria, afirmaram que “os parâmetros legais” continuam sendo um fator decisivo na tomada de decisão; o segundo grupo em quantidade afirmou que deve preponderar o compromisso com as consequências sociais, em terceiro lugar, ficou o compromisso com as consequências econômicas (Arguelhes; Leal, 2009, p. 171).

Ambos os exemplos citados, a entrevista com o Min. Nelson Jobim e a pesquisa, indicavam o ser aplicável e estarem sendo aplicadas, mesmo que excepcionalmente, as ideias de Richard Posner sobre o processo de tomada de decisões judiciais no Brasil. Essa prática, todavia, carecia de previsão na legislação pátria que permitisse essa aplicação com fundamento legal expresse.

Atualmente, conforme a alteração legislativa feita no art. 8º do CPC/2015, a observância das consequências econômicas da decisão deverá tornar-se uma preocupação corrente para os magistrados.

5.1 Inovação do art. 8º do CPC/2015 e o silêncio dos manuais pátrios sobre o fato

O art. 8º do CPC/2015, no âmbito da aplicação do direito privado e público, inova nas regras legais de julgamento dirigidas aos magistrados brasileiros, acrescentando a obrigação do juiz “ao aplicar o ordenamento jurídico” observar e promover a “proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

O dispositivo é uma inovação, pois apesar de repetir redação próxima a do art. 37 da CF/1988, aplica-se apenas na atividade administrativa, isto é, não tem qualquer condão de trazer fundamento hermenêutico para decisões judiciais, menos ainda de ser aplicado como uma teoria da decisão judicial.

Ao lado desse dispositivo legal, após a entrada em vigor do CPC/2015, veio a Lei n. 13.655/2018, que acrescentou alguns artigos à LINDB com aplicação restrita às decisões judiciais proferidas na aplicação do direito público e, segundo sua própria epígrafe, incluiu “no Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

A Lei n. 13.655/2018, já mencionada, acrescentou à LINDB os arts. 20 e 23 impondo critérios interpretativos aos magistrados ao aplicarem normas de direito público nos seguintes termos:

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 invalidade do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

[...]

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Tanto o art. 8º do CPC/2015, quanto o art. 23 da LINDB – esse restrito à aplicação de normas de direito materialmente público – estabelecem critérios interpretativos a serem perseguidos pelos juízes na aplicação das leis materiais. Entre esses critérios, destaca-se a eficiência.

A LINDB é citada apenas para reforçar o movimento do legislador pátrio de impor aos julgadores a eficiência econômica como regra de julgamento, mas não será tratada neste capítulo – pois já abordada anteriormente. O objetivo é tão só demonstrar a semelhança na redação dos dispositivos.

Para os fins deste trabalho, o art. 8º do CPC/2015 repetiu parcialmente o texto do art. 5º da LINDB, acrescentando a ele a eficiência como fundamento para as decisões judiciais ao lado dos “fins sociais” da lei e da “exigência do bem comum”.

Ora, a LINDB e o já antigo e clássico art. 5º são normas que disciplinam como serão aplicadas todas as normas do direito brasileiro, isto é, são normas de sobredireito³⁸. Assim, o

³⁸ “Para Wilson de Campos Batalha, a Lei de Introdução é um conjunto de normas sobre normas, isto porque disciplina as próprias normas jurídicas, assinalando-lhes a maneira de aplicação e entendimento, predeterminando as fontes do direito positivo, indicando-lhes as dimensões espaço-temporais. Isso significa que essa lei ultrapassa o âmbito do direito civil, vinculando o direito privado como um todo e alcançando o direito

art. 8º do CPC/2015, cuja redação é muito semelhante ao art. 5º da LINDB, é norma de sobredireito dirigida ao magistrado na aplicação do ordenamento jurídico constante do novo Código, ao lado e nos moldes do art. 5º da LINDB.

O legislador do CPC/2015 inseriu essa norma de sobredireito, complementando o art. 5º da LINDB, e abraçando a AED como teoria normativa da decisão, alinhada à teoria de Richard Posner, impondo ao juiz brasileiro a observância da eficiência econômica na aplicação da lei material.

Desde já, ressalte-se que a eficiência em todos esses textos legais não está colocada apenas como sinônimo de economia processual, como pretendem alguns autores nos tradicionais manuais acadêmicos de processo civil, ou limitada à aplicação das normas processuais procedimentais, mas como normas que elencaram a eficiência como valor interpretativo para o julgador aplicar o direito material privado e público. A redação do art. 8º do CPC/2015 não deixa dúvidas: menciona aplicação do ordenamento jurídico e não condução de procedimentos.

Como detalhado neste trabalho, a doutrina de Posner, desde 1973 em *Economic Analysis of Law*, adota o consequencialismo jurídico como técnica de decisão judicial voltada para a criação de eficiência econômica, linha denominada Análise Econômica do Direito.

A Análise Econômica do Direito com caráter normativo para a decisão judicial e para o direito é a AED desenvolvida por Posner, e é isso que o art. 8º afirma claramente adotar.

Corroborando essa linha de raciocínio, o novo art. 20 da LINDB, criado para dispor “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, adotou para os casos em que pode ser aplicado – direito materialmente público – uma linha nitidamente consequencialista, com o arremate do art. 23 da Lei que afirma: em mudanças de entendimentos, a decisão judicial deve ser cumprida de maneira que o “novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

Assim, não podem restar dúvidas de que a Lei n. 13.655/2018, criada para trazer segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, impôs valores interpretativos aos juízes, adotando o consequencialismo jurídico (art. 20 da LINDB) com a finalidade de impor o conceito econômico de eficiência como um valor interpretativo válido a nortear a função jurisdicional e, por sua vez, tornando válido que os juízes decidam escolhendo qual norma aplicar com fundamento no conceito econômico de eficiência. Em função disso, a

público, atingindo apenas indiretamente as relações jurídicas. A Lei de Introdução contém, portanto, normas de sobredireito ou de apoio que disciplinam a atuação da ordem jurídica” (Diniz, 2014, p. 73).

Lei n. 13.655/2018 foi criada pelo PL n. 349/2015, que já prometia “alterar radicalmente o modo como decisões judiciais, administrativas e de órgãos controladores são justificadas no país”³⁹.

Agora, o que se pretende debater é se o art. 8º do CPC/2015 vigente também adotou o consequentialismo jurídico e impôs como um dos valores interpretativos legais válidos aos juízes o conceito econômico de eficiência como fundamentação legal para se aplicar o direito material privado.

Nesse ponto, rege o art. 8º do CPC/2015:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A adoção do conceito econômico de eficiência nos remete aos ensinamentos de Richard Posner sobre a *Law & Economics* e o pragmatismo jurídico. Em linhas gerais, conforme o seu pensamento, perante casos que apresentem mais de uma decisão legítima possível, deve-se aplicar a decisão judicial com maior eficiência econômica, isto é, aquela com potencial para gerar mais riqueza à sociedade como um todo.

Nesse sentido, Bruno Salama acrescenta:

Em síntese, a teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade. Esta visão permitiria, segundo Posner, “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si”. O que Posner propôs, portanto, é que as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (*i.e.* eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas (Salama, 2008).

O pragmatismo jurídico defendido por Richard Posner no restrito âmbito deste trabalho é corrente de pensamento que pretende apontar como os juízes devem decidir, isto é, uma teoria

³⁹ “Um recente projeto de lei, se aprovado, promete alterar radicalmente o modo como decisões judiciais, administrativas e de órgãos controladores são justificadas no país. Arquitetado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, o PL 349/15 do Senado pretende lidar com ‘importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública’. O mais importante deles parece ser o uso pouco parcimonioso de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas. Impedir ou limitar de alguma forma o recurso a termos como ‘interesse público’, ‘razoabilidade’, ‘moralidade’ e ‘precaução’ como razões centrais para fundamentar decisões é considerado movimento crucial para realizar o principal objetivo do projeto de lei: ‘elevantar os níveis de segurança jurídica e de ciência na criação e aplicação do direito público’ (Leal, 2016, *online*).

normativa da decisão que indica os valores a serem considerados pelo magistrado na tomada de decisão – esse valor é a eficiência econômica.

O art. 8º do CPC/2015, ao mencionar que o magistrado deve “ao aplicar o ordenamento jurídico” – o texto não menciona “na condução do processo” ou na “produção da prova”, mas sim a aplicação da lei – observar a eficiência, parece ter adotado uma posição consequencialista, com influência do pragmatismo jurídico e a eleição do valor eficiência, isto é, as ideias da *Law and Economics* de Richard Posner.

Nos atuais manuais de processo civil, o entendimento de o art. 8º ter adotado o princípio econômico de eficiência como regra de julgamento passou totalmente despercebido. Nestas obras, o foco nas abordagens é de que o magistrado deve buscar a eficiência apenas na condução do processo, como se eficiência fosse apenas uma nova nomenclatura para economia processual.

Para Fredie Didier Junior, por exemplo,

o princípio (da eficiência) repercute sobre a atuação do Poder Judiciário em duas dimensões: a) Administração Judiciária e b) a gestão de um determinado processo [...] A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual (Didier Junior, 2016, v. 1, p. 101-103).

No intuito de provar o silêncio dos manuais acadêmicos, apontamos a obra de Renato Montans de Sá que, ao abordar expressamente o princípio da eficiência do art. 8º do CPC/2015 menciona: “Esta é a acepção do princípio da eficiência que, originalmente, foi denominado princípio da economia processual” (Sá, 2023, p. 178).

Em sua conclusão, o autor registra que o art. 8º seria apenas um reforço da necessidade de economia processual na condução do processo: “Conforme dito, [em razão do] alargamento do conceito de economia processual e [da] inserção de outros valores nem sempre a ela ligados, foi necessário atribuir outra denominação ao princípio: eficiência processual ou somente eficiência” (Sá, 2023, p. 178).

Seguindo nesse raciocínio, que nega a própria redação do art. 8º, Didier (2016, p. 103) sublinha:

A aplicação do princípio da eficiência ao processo é uma versão contemporânea (e também atualizada) do conhecido princípio da economia processual. Muda-se a denominação, não apenas porque é assim que ela aparece nos textos da Constituição e do CPC, mas, sobretudo, por ser uma técnica retórica de reforço da relação entre esse princípio e a ação do juiz como um administrador – ainda que administrador de um determinado processo.

Inequívocas assim as opiniões acadêmicas dos autores mencionados de que a eficiência posta no art. 8º é sinônimo de economia processual, com o que não se pode concordar, sob pena de estar silenciando a doutrina de Posner, intencionalmente inserida pelo legislador no CPC/2015.

Na mesma linha, reduzindo a inovação do art. 8º a mero sinônimo de duração razoável do processo, Humberto Theodoro Júnior:

O artigo 8º do CPC/2015 – ao prever que o juiz, no exercício da jurisdição, tem de observar, entre outros, o princípio da eficiência – mantém-se fiel ao comando constitucional, e valoriza os compromissos específicos do processo justo com a efetividade da tutela jurisdicional. Indica, portanto, que essa tutela somente será legítima se prestada tempestivamente (em tempo razoável, portanto) e de maneira a proporcionar à parte que faz jus a ela, sempre que possível, aquilo, e exatamente aquilo, que lhe assegura a ordem jurídica material (efetividade da prestação pacificadora da Justiça). Porém, mais do que uma tutela efetiva, o processo justo garante uma boa tutela, ou seja uma tutela eficiente (Theodoro Júnior, 2022, p. 250-251).

Na linha do que se almeja provar, afirmar que a redação do art. 8º do CPC/2015 procura apenas garantir uma “boa tutela” é ignorar a redação do artigo, que menciona eficiência na aplicação do ordenamento.

Na mesma linha, visando compreender o art. 8º do CPC/2015 como algo próximo da economia processual, mas, dando agora, um passo adiante, por colocar o conceito de custo da duração do processo, embora ainda silencie sobre a eficiência como matriz hermenêutica na “aplicação do ordenamento jurídico” estão Marinoni, Arenhart e Mitidieiro. Ao explicarem o que é eficiência para o juiz ao “aplicar o ordenamento jurídico” ao lado dos fins sociais e da exigência do bem comum, afirmam:

8. Eficiência. O juiz deve dirigir o processo de modo eficiente. Isso significa que deve alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio. A necessidade de eficiência na gestão do processo guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade entre meios e os fins que são visados pela administração da justiça (Marinoni; Arenhart; Mitidieiro, 2020, p. 182).

O trecho acima, no qual os autores comentam o art. 8º do CPC/2015, ao se referirem à expressão inicial do texto legal “ordenamento jurídico”, reconhecem que a aplicação do ordenamento jurídico está condicionada, segundo a primeira parte do art. 8º, às “exigências do bem comum, com resguardo e promoção da dignidade da pessoa humana”. No entanto, ao

tratarem da aplicação do ordenamento jurídico observando a eficiência, silenciam sobre o seu papel hermenêutico.

Pelo mesmo caminho trilha Alexandre Freitas Câmara, que não consegue relacionar o texto da lei “na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz atenderá” com a “eficiência”, por não ver no art. 8º uma regra de julgamento. Ao tomar um caminho do qual aqui discordamos integralmente, o processualista pontua:

Por fim, o artigo 8º faz menção ao princípio da eficiência. Este é princípio que tradicionalmente era conhecido como princípio da economia processual, e sua incidência no sistema processual decorre do art. 37 da CRFB. Pode-se compreender a economia processual como exigência de que o processo produza o máximo de resultado com o mínimo de esforço. É este o princípio que legitima institutos processuais como o litisconsórcio facultativo, a cumulação objetiva de demandas, a denúncia da lide etc. É que se deve entender por eficiência a razão entre o resultado do processo e os meios empregados para sua obtenção. Quanto menos onerosos (em tempo e energias) os meios empregados para a produção do resultado (e desde que seja alcançado o resultados constitucionalmente legítimo), mais eficiente terá sido o processo (Câmara, 2022, p. 32).

Pelo trecho descrito, Câmara (2022, p. 32) também ignora o mandamento inicial do art. 8º do CPC/2015: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá” a eficiência. Não há, no entanto, como interpretar a expressão “ao aplicar o ordenamento” contida no início do art. 8º do CPC/2015 como se fosse “na condução do processo”.

Por uma questão de vernáculo, não há como negar que o art. 8º é regra de julgamento e não faz referência à economia processual. Esse artigo tem redação semelhante ao art. 5º da LINDB, uma regra de julgamento aceita unanimemente desde 1942.

Do mesmo modo, além da própria redação do art. 8º, o princípio da economia processual sempre foi relativo à nulidade processual, e era extraído principalmente dos arts. 248, 249 e 250 do CPC/1973, cuja correspondência no CPC/2015 está ligada aos arts. 280 a 283:

CPC/1973:

Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais. Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes. Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta. Art. 250. O erro de forma do processo

acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

CPC 2015:

Art. 280. As citações e as intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais. Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes. Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Adiante-se que não concordamos com a aplicação da eficiência como fundamento isolado de uma decisão judicial, mas a aplicação do ordenamento material visando a eficiência não é economia processual. O art. 8º é regra de julgamento.

Dessa forma, resta claro que o ensino acadêmico, por meio dos manuais e consagrados cursos de processo civil no Brasil silenciam o verdadeiro conteúdo do art. 8º do CPC/2015, reduzindo-o a mera repetição do princípio da celeridade, economia processual ou duração razoável do processo. Não é este o escopo do CPC/2015, o qual pretendeu levantar a eficiência econômica à regra de julgamento, ao lado das clássicas regras dos fins sociais e das exigências do bem comum, caminho também adotado pela atual LINDB.

Não se nega que a eficiência deve nortear a condução do processo pelo magistrado, assim como a Administração Judiciária. O art. 8º do CPC/2015, entretanto, ao reproduzir parcialmente a redação do art. 5º da LINDB, o qual sempre foi tido como uma regra de julgamento dirigida ao juiz, e ao final acrescentar a eficiência, não almejou apenas atingir a condução do processo de modo eficiente. De fato, o art. 8º do CPC/2015 é carregado de conteúdo do pragmatismo jurídico de Posner e da corrente da Análise Econômica do Direito como teoria da decisão judicial.

O art. 8º do CPC/2015 é, na linha dos arts. 20 e 23 da LINDB, dispositivo legal que, por sua redação, trouxe regra de julgamento para o juiz ao aplicar o ordenamento jurídico material de direito privado. Inspira-se no consequencialismo e na Análise Econômica do Direito ao

trazer o conceito de eficiência econômica como fundamento legal expresso a ser considerado pelo juiz ao lado de outros valores já impostos pelas leis e pela Constituição. A eficiência mencionada no artigo não pode ser compreendida apenas como uma nova nomenclatura do princípio da economia processual, conforme consta em vários manuais de direito processual. Até porque, não há razão para se alterar o nome do princípio da economia pela lei sem qualquer fundamento lógico.

O art. 8º do CPC/2015 possui redação clara ao determinar que, ao “aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá” aos fins sociais, as exigências do bem comum e a eficiência. Dessa forma, o CPC/2015 acrescentou a eficiência econômica à clássica regra de julgamento do art. 5º da LINDB vigente no Brasil desde 1942 ao lado dos fins sociais da lei e da exigência do bem comum.

Por isso, o art. 8º do CPC/2015 é norma de sobredireito a dirigir a aplicação do ordenamento jurídico com base no princípio da eficiência econômica. O legislador nacional não redigiu essa regra de julgamento aleatoriamente, mas trouxe para a órbita do direito nacional a doutrina de Richard Posner, que começou a ser escrita em 1973. Assim, a matriz hermenêutica adotada no art. 8º tem sua origem na Análise Econômica do Direito, normativa da decisão judicial, cujo maior nome é Posner.

Ao lado disso, provou-se que, apesar do exposto, a quase totalidade dos manuais e dos livros destinados a cursos de processo civil nacionais, escritos por professores que contribuem e que possuem alta relevância na formação dos operadores do direito, têm reiteradamente silenciado sobre a relevância dessa alteração, reduzindo essa complexa inovação legislativa, com reflexos hermenêuticos, a uma mera nova denominação do princípio da economia processual (Didier Junior, Sá, Marinoni, Arenhart, Mitidiero e Câmara), ou como sinônimo e reforço da escola da efetividade processual, no caso de Humberto Theodoro Júnior.

Discordamos desses posicionamentos. No que pese a autoridade dos autores, o art. 8º do CPC/2015 é uma regra de julgamento, que inovou a norma do art. 5º da LINDB, vigente desde 1942, abraçando a doutrina de Richard Posner e inserindo a eficiência econômica ao lado dos fins sociais da norma e das exigências do bem comum com o objetivo de alterar a forma pela qual os juízes fundamentam suas decisões no Brasil. Os efeitos desse dispositivo ainda estão por vir, mas o debate sobre ele não deve ser silenciado.

Para fechar este capítulo, e passarmos à conclusão, adiantamos: cremos que a matriz hermenêutica da Análise Econômica do Direito normativa da decisão judicial, que é a doutrina de Posner, ingressou no ordenamento nacional. Isto porque, não é possível interpretar expressões como “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá à eficiência” como não

sendo uma regra de julgamento, o que não significa que terá eficácia absoluta sobre toda e qualquer interpretação sempre, pois a Constituição impõe outros valores.

6 CONSTITUCIONALIDADE DO CONSEQUENCIALISMO EFICIENTISTA EM ABSTRATO

A ordem constitucional brasileira é assentada no princípio matriz da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988), assim como é cláusula pétrea o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/1988).

Ademais, a adoção do consequencialismo como técnica de decisão judicial e a elevação do valor eficiência econômica como valor hermenêutico a ser considerado pelo juiz na aplicação do ordenamento brasileiro ao lado de outros valores – conforme imposto pelos arts. 20 e 23 da LINDB e art. 8º do CPC/2015 – por si, e em abstrato, não implicam qualquer inconstitucionalidade. Isso porque, a Constituição irá se realizar também pela correta aplicação dos dispositivos (Streck, 2014, p. 395).

Entretanto, a deferência às consequências econômicas da decisão não pode ser levada de forma radical e isolada, mas deve ser compreendida a partir da Constituição e inserida em todo o ordenamento.

A leitura da nova técnica de decisão consequencialista com a finalidade de promover a eficiência econômica por meio de decisões judiciais só pode revelar seu significado sob os princípios constitucionais, considerando o direito como integridade conforme lecionado por Dworkin e inserido numa hermenêutica filosófica pela qual a compreensão hermenêutica dos dispositivos do direito pátrio apresentarão o “sentido-possível-de-um-determinado-texto” (Streck, 2014, p. 323) nos moldes da Crítica Hermenêutica do Direito (Streck, 2014).

O significado dos novos dispositivos que adotaram o consequencialismo jurídico como técnica da decisão visando obter eficiência será construído sob a égide da Constituição. Assim como no passado a comunidade jurídica construiu o significado do art. 5º da LINDB, essa nova elaboração não será feita por um intérprete isolado, mas fruto de uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica, pois nenhum intérprete pronuncia palavras de verdade sem o reconhecimento de uma comunidade científica (Streck, 2014, p. 327).

Por evidente, o julgador deverá, com base no art. 93, IX, da CF/1988, demonstrar como interpretou a lei, interpretação essa que deve estar de acordo com a cultura científica do direito e sob as normas constitucionais, além de adequar-se ao contexto da história institucional do direito (Streck, 2014, p.331). Se o intérprete não estiver totalmente amarrado pela tradição jurídica, as escolhas possíveis de interpretação serão limitadas pela tradição, mas não determinadas absolutamente por ela, pois uma resposta adequada a uma dada interpretação em

um caso concreto resulta da interação da tradição com a crítica e a criatividade (Streck, 2014, p. 366).

Assim, em abstrato, as inovações legislativas, por si, não configuram qualquer inconstitucionalidade, entretanto, pela atual ordem constitucional, as consequências econômicas das decisões devem ser consideradas, mas jamais poderão se sobrepor aos critérios éticos-valorativos constitucionais (Marrafon, 2015; Motta; Nohara, 2019, p. 31), especialmente à dignidade da pessoa humana e ao princípio da legalidade.

CONCLUSÃO

No início dessa pesquisa, foi trazida a escola do pragmatismo clássico com o objetivo de demonstrar a raiz da inspiração do pragmatismo jurídico, que também ilumina toda e qualquer linha consequencialista da teoria da decisão judicial.

Charles S. Peirce (1839-1914) é considerado o “pai” do pragmatismo, seguido por William James (1841-1910) e John Dewey (1859-1952). Todos almejavam combater a metafísica e o entendimento filosófico de que havia uma verdade a ser descoberta, a qual seria final e estanque.

O pragmatismo filosófico clássico se propunha ser uma corrente de pensamento antifundacionalista, sem dogmas, que negava os dualismos como sujeito-objeto, corpo-mente, ou realidade-aparência. O pragmatismo dá relevância à prática e ao método pelo qual se criava o conhecimento, dispondo-se a ser um método para atingir conceitos e a verdade.

Pode-se dizer que a corrente do pragmatismo filosófico clássico baseava-se na negação de qualquer conceito metafísico e no conceito de experiência, o qual, em geral, provinha da prática.

O conceito de experiência varia entre os três autores. Para Peirce, era próximo da experiência científica, a experimentação do conceito ou objeto a ser conhecido em circunstâncias ideais. James, por sua vez, compreendia experiência como vivência, experiência obtida por um indivíduo ao longo de sua vida; Dewey, levando o conceito de experiência a um patamar muito amplo, a compreendeu como prática social, o que trouxe inúmeras aplicações para a filosofia pragmática.

Em Peirce, o conceito de experiência voltou-se para a construção de conceitos com observação dos resultados práticos da experiência; em James e Dewey, o conceito de experiência se direciona a descobrir a verdade, levando o pragmatismo de uma teoria da significação a ser uma teoria da verdade.

Para o pragmatismo, entretanto, a verdade é algo mutável, ou seja, não há um fim no processo de construção da verdade. O relevante é o método pragmático de construção da verdade. Isto porque, a verdade pragmática, testada cientificamente, naquele momento, perante a experiência e o contexto, mostra-se a melhor para se acreditar. A verdade é o que atinge o objetivo proposto e assim permanece apenas enquanto continuar a atingir esse objetivo. Muitos definem a verdade pragmática como o que “é bom para nós de se acreditar”.

Seguindo a classificação de Pogrebinschi, o pragmatismo possui três características fundamentais: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo.

O antifundacionalismo é a aplicação concreta do combate à metafísica e consiste na rejeição de qualquer dogma, conceitos abstratos tidos como verdades imutáveis, categorias apriorísticas, ou qualquer tipo de fundações compreendidas como inquestionáveis. Nesse sentido, na busca pela verdade, sua natureza é irrelevante para o pragmatismo filosófico.

O consequencialismo, por sua vez, é a característica mais conhecida do pragmatismo. Consiste na prioridade em se olhar para o futuro, e não para o passado, submetendo todos os conceitos e objetos do conhecimento ao teste consequencialista. Assim, o objeto será o conjunto das consequências por ele produzidas e que são dele esperadas. O significado de algo serão as somas dos significados de suas consequências. Assim, a verdade de uma proposição só será válida se suas consequências práticas futuras confirmarem essa verdade.

Pelo consequencialismo, a verdade pragmática é um instrumento para se atingir as melhores consequências para o indivíduo ou para a sociedade. E será verdade enquanto se mantiver como o melhor, em um eterno teste pragmático.

Já o contextualismo é a característica pragmática mais complexa, uma exigência de que as investigações filosóficas sejam realizadas considerando um contexto histórico, político, social e cultural. Mas não é só.

Diante disso, buscou-se transmitir as influências que o pragmatismo jurídico da Análise Econômica do Direito foi resgatar no pragmatismo filosófico, e o que Posner quer dizer ao falar que o intérprete deve ter uma atitude pragmática.

Em 1973, Richard Posner lança *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito). Nessa obra, defende uma teoria normativa da decisão judicial argumentando que o direito não é apto a resolver todos os problemas que lhe são postos por faltar-lhe método científico e por tratar de inúmeros assuntos de várias áreas. Assim, para ser capaz de dar respostas corretas, deve buscar auxílio na economia, ciência que possui um método científico mais evoluído.

Posner começa a descrever o comportamento dos juízes e dos tribunais do *common law* defendendo que eles possuem a aptidão de serem promotores da eficiência econômica, entendida essa no sentido de maximização da riqueza da sociedade. Por fim, constrói uma teoria normativa da decisão judicial edificada sobre o raciocínio de que todas as pessoas são maximizadoras de seus próprios interesses, inclusive os legisladores. Dessa forma, as leis são o resultado das negociações entre legisladores e grupos econômicos organizados, e os juízes, ao aplicarem o resultado dessas negociações, só podem fazê-lo no sentido de aplicar e de criar o direito na busca da eficiência econômica entendida como a maximização da riqueza de uma dada sociedade.

Após inúmeras críticas, sobretudo, de que a Análise Econômica do Direito como teoria normativa da decisão judicial estaria a fundar o próprio direito no conceito de eficiência econômica, substituindo assim os valores morais pelo critério econômico de maximização da riqueza da sociedade, Posner inicia um abrandamento em sua doutrina, chamado por Macedo Junior e Arruda de ‘virada pragmática’.

O início dessa virada pragmática ocorre na década de 1980 e consiste no fato de Posner admitir outros valores a serem atingidos pelas decisões judiciais ao lado da eficiência econômica, sem abandoná-la, além de esclarecer que a maximização da riqueza da sociedade não se resume à riqueza monetária, mas a qualquer satisfação de interesses. Nessa segunda fase de seus escritos, esclarece que eficiência também deve ser entendida de forma genérica como o melhor para a sociedade segundo as regras de mercado, e não maximização da riqueza monetária.

Entretanto, a partir da leitura e da observação atenta das obras de Posner, mesmo em seus últimos escritos, nota-se que ele jamais rejeita a ideia de uma teoria normativa da decisão judicial que tenha como fim válido gerar eficiência econômica visando atingir a maximização da riqueza, ou a consequência melhor para a sociedade como um todo, segundo as regras de mercado. Isto é, ele se mantém firme no fato de que uma decisão judicial deve gerar como consequência a eficiência econômica, apenas admitindo também outros valores como resultado.

Mundialmente, atribui-se a Posner a doutrina da Análise Econômica do Direito como teoria normativa da decisão judicial. É unânime o entendimento de que sua teoria é o consequencialismo jurídico como método da decisão judicial dirigido para a interpretação jurídica com foco na produção de eficiência (maximização da riqueza da sociedade, ou, na versão mais branda, o que é melhor para a sociedade segundo as normas do mercado).

Nesse ponto, em 2015 e em 2018, o legislador brasileiro adotou um consequencialismo jurídico como regra de julgamento no art. 8º do CPC/2015 e nos arts. 20 e 23 da LINDB.

A partir da leitura dos dispositivos do CPC/2015 e da LINDB, afirma-se que o legislador impôs regras de julgamento com um consequencialismo jurídico voltado à promoção da eficiência. Os artigos são dirigidos ao juiz na aplicação do ordenamento jurídico brasileiro.

No direito administrativo, antes mesmo da mudança legislativa, a doutrina já acompanhava o Projeto de Lei que traria a mudança, qual seja o Projeto de Lei do Senado Federal n. 349/2015, com a expectativa de que a futura Lei, hoje em vigor, mudaria a forma pela qual as decisões judiciais seriam fundamentadas no Brasil.

Os juristas que elaboraram o Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal, Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto são claros, e os administrativistas uníssonos, de

que a alteração promovida pela LINDB adotou um método consequencialista para a decisão judicial voltado para proporcionar segurança jurídica e eficiência econômica, como se o juiz fosse um administrador público. Sundfeld, ao comentar os efeitos do art. 20, parágrafo único, inclusive equipara o juiz a um gestor público, que deve apresentar os custos de sua decisão, comparando-os com os das demais possíveis decisões antes de decidir por alguma delas.

Os administrativistas são claros ao declararem que a Lei n. 13.655/2018, resultado do tão esperado Projeto de Lei n. 349/2015 do Senado Federal, adota o consequencialismo jurídico como teoria da decisão judicial voltado à eficiência econômica – arts. 20 e 23 da LINDB, nos exatos termos da AED de Posner.

Por outro lado, o art. 8º do CPC/2015 foi ainda mais expresso que os arts. 20 e 23 da LINDB, pois traz que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a eficiência”. Para além disso, os manuais de processo civil estão negando a natureza de regra de julgamento do presente dispositivo, insistindo erroneamente em afirmar que eficiência é o novo nome da economia processual.

Essa interpretação é incabível, pois compreender a expressão “ao aplicar o ordenamento jurídico” como “ao conduzir o processo” é interpretação *contra legem* e ofende o vernáculo.

Segundo o texto do art. 8º do CPC/2015, “ao aplicar o ordenamento jurídico”, o juiz atenderá “a eficiência” impôs regra de julgamento consequencialista voltada à produção de eficiência, nos exatos termos da Análise Econômica do Direito de Richard Posner, teoria normativa da decisão judicial fundada na busca da consequência eficiência cuja autoria é mundialmente atribuída a ele. Por outro lado, ainda que não fosse ele o criador do consequencialismo jurídico nos termos mencionados, não é possível defender que os arts. 20 e 23 da LINDB e o art. 8º do CPC/2015 não adotaram essa teoria, sob pena de se ofender o vernáculo.

Conforme demonstrado, todos os manuais de processo civil analisados estão ignorando essa mudança, por entenderem que eficiência seria o novo nome de economia processual. Nega-se, pelo silêncio, que o Código trouxe uma nova regra de julgamento com o objetivo de imprimir eficiência na aplicação do direito material, o que entendemos inadmissível, pois a lei foi clara ao dirigir-se ao julgador na aplicação do ordenamento jurídico.

Por fim, da mesma forma que o art. 5º da LINDB, ao entrar em vigor em 1942 também causou polêmica, por adotar uma interpretação finalística, como descreveram Serpa Lopes (1959) e Tenório (1955), os arts. 20 e 23 da LINDB e o art. 8º do CPC/2015 também causam preocupação, mas são constitucionais em abstrato e deverão ser interpretados abaixo da

CF/1988 como proposto por Streck em sua *Crítica Hermenêutica do Direito* e abaixo dos valores morais, conforme ensina Dworkin. Significa dizer que a eficiência econômica poderá alterar a aplicação do direito, mas não irá preponderar sobre a Constituição e o valor moral da dignidade da pessoa humana, valor máximo do ordenamento jurídico, conforme rege o art. 1º, III, da CF/1988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e Estado de direito: subsídios para uma compatibilização**. 2020. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em: 8 abr. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. *In*: SARMENTO, Daniel. **Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009,

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USO), São Paulo, 2011. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-01032012-085607/publico/Como_os_Juizes_decidem_os_casos_dificeis_Thais_Nunes_de_Arruda.pdf. Acesso em: 25 mar. 2025.

BATTESINI, Eugênio; BALBONOTTO NETO, Giácomo; TIMM, Luciano Benetti. O movimento de Direito e Economia no Brasil. *In*: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

BITENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/18: uma análise crítica sob a perspectiva da (in)segurança jurídica. *In*: (org.) COSTA, Adriana da; SCHIER, Ricardo; GUIMARÃES, Edgar; VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem, loucura [recurso eletrônico]**. Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Curitiba: NCA Comunicação, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.406**. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3406efeitos.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2025.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 8. ed. Atlas: Barueri [SP], 2022.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COPETTINETO, Alfredo. O estado constitucional e os movimentos *Law and Economics* da *University of Chicago*: do marginalismo ao pragmatismo. **Economic Analysis of Law Review-EALR**, v. 8, n. 1, p. 194-222, jan.-jun. 2017.

DEGNI, Francesco. **L'interpretazione della legge**. Napoli: Jovene, 1909.

DESCARTES, René. **Meditações**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DEWEY, John. O desenvolvimento do pragmatismo americano. **Scientiae Zudia**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 227-243, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: teoria geral do direito civil. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e a eficiência administrativa **Revista Argumentum**. Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 305-318, maio-ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 9, p. 191-226, mar. 1980.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DURKHEIM, Émile. **Pragmatismo e sociologia**. Trad. Aldo Litaiff. Florianópolis: UFSC/ Tubarão: Unisul, 2004.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro (Dec.-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com as alterações da Lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores)**: comentada na ordem de seus artigos. Atual. Por Sílvia Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIA, Guiomar Therezinha Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FISS, Owen M. ¿La muerte del Derecho? *In*: **Doxa**, n. 10, 1991.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. “Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito.” *In*: **Revista de Processo**, v. 269, jun. 2017.

GHIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007. (Coleção Primeiros Passos n. 323).

GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2014.

GOFMAN, Bruno; FERNANDES, Paulo Vinicius Liebl. Os aprimoramentos trazidos pelos artigos 22 e 28 da LINDB ao controle externo da administração pública. *In:* (org.) COSTA, Adriana da; SCHIER, Ricardo; GUIMARÃES, Edgar; VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Passando a limpo a gestão pública: arte, coragem, loucura** [recurso eletrônico]. Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Curitiba: NCA Comunicação, 2020.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A Teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 186 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997.

GONÇALVES, Éverton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. **Seqüência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Com um pós escrito editado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian – Lisboa, maio 2001.

HERDY, Rachel. Habermas, pragmatismo e direito. **Kriterion**, Belo Horizonte, n. 119, jun. 2009.

HEINEN, Luana Renostro. **Performatividade: O Direito Transformado em Dispositivo pela Análise Econômica do Direito**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). 360 f. – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DE MATO GROSSO DO SUL. Disponível em: <https://www.idams.com.br/noticias/166/Seminario-promovido-pelo-IBDA-aprova-enunciados-sobre-a-LINDB.html>. Acesso em: 26 mar. 2025.

JAMES, William. **Pragmatismo**. Texto integral. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JAMES, Wiliam. **O que significa pragmatismo**. Pragmatismo texto integral. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. **Direito do Estado**, ano 2016, n. 218. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>. Acesso em: 25 mar. 2025.

LUHMANN, Niklas. **The differentiation of society**. New York: Columbia University Press, 1982.

LUHMANN, Niklas; GIORGI, Raffaele De. **Teoria della società**. Milano: Angeli, 1995.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Posner e a análise econômica do direito**: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. São Paulo: Saraiva, 2013. (Coleção Teoria e História do Direito) (coord.) MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. A crítica de Dworkin ao convencionalismo e sua relevância: um esquema de crítica conceitual. **Revista Jurídica PUC-Rio**. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602>. Acesso em: 25 mar. 2025.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set.-dez. 2018.

MAFFIN, Rafael; RAMOS, Rafael. **Nova LINDB**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SOUZA, Kelly Ribeiro Felix de; OLIVEIRA, Douglas da Silva. A Lei n. 13.655/2018 e a segurança jurídica nas contratações públicas no Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica da OAB/RJ**, Edição Especial Infraestrutura, 2019, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ.org.br/?artigo=a-lei-no-13-6552018-e-a-seguranca-juridica-nas-contratacoes-publicas-no-rio-de-janeiro>. Acesso em: 25 mar. 2025.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020 (*ebook*).

MARRAFON, Marco Aurélio. **Discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética**: o caráter complexo do método jurídico na decisão constitucional. s/d. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/handle/1884/15794>. Acesso em: 25 mar. 2025.

MARRAFON, Marco Aurélio. Da hermenêutica filosófica à individuação do direito: a decisão jurídica no pensamento de Lenio Streck. *In*: ROSA, Alexandre Morais da; TRINDADE, André Karam; TASSINARI, Clarissa. **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARRAFON, Marco Aurélio. Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial. **Conjur**, 23 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial#:~:text=A%20problem%C3%A1tica%20em%20torno%20da,e%20jusnaturalistas%20at%C3%A9%20autores%20contempor%C3%A2neos>. Acesso em: 12 mar. 2023.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: RT, 1999.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público**: Lei 13.655/2018. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, maio-ago. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIERCE, Charles S. How to make our ideas clear. *In: The Essential Pierce. Selected Philosophical Writing*, v. I. Indiana University Press, 1998.

PIERCE, Charles S. The fixation of belief. *In: The Essential Pierce. Selected Philosophical Writing*, v. I. Indiana University Press, 1998.

PIERCE, Charles S. The maxim of pragmatism. *In: The Essential Pierce. Selected Philosophical Writing*, v. II, p. 134-135, Indiana University Press, 1998.

PIERCE, Charles S. Issues of Pragmaticism. *In: The Essential Pierce. Selected Philosophical Writing*, v. II, Indiana University Press, 1998.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic analysis os law**. Ninth Edition. Wolters Klumer: New York, 2012.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1986.

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

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard A. The Law and Economics Movement. **American Economic Review**, Chicago, v. 6, n. 3, p. 1-13, may 1987.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2010 (*ebook*).

REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 72, n. 1, p. 81-91, 1977.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RORTY, Richard. O declínio da verdade redentora e a ascensão da cultura literária. Trad. Heraldo Aparecido da Silva. *In*: RORTY, Richard; GIRALDELLI JUNIOR, Paulo. **Ensaio pragmatistas**: sobre subjetividade e verdade. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

RORTY, Richard. **Achieving our country**: leftist thought in twentieth-century America, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a *Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROWLEY, Charles K. **Public Choice and the Economic Analysis of Law**. Boston: Mercurio, 1989.

RUSSEL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Trad. Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1957.

SÁ, Renato Monstas de. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SADEK, Maria Teresa. **Magistratura**: caracterização e opiniões. 2005. Disponível em www.amb.com.br. Acesso em: 25 mar. 2025.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *In*: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (coord.). **Trinta anos de Brasil**: diálogos entre direito e economia. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOLIM, César. Ainda sobre a Lei n. 13.655/2018: sobre compatibilizar deontologismo e consequencialismo, **Revista Eletrônica do TCE-RS**, ed. especial. 30 anos da Constituição Estadual, Porto Alegre, 2017. Disponível em: https://portalnovo.tce.rs.gov.br/repo/escola/biblioteca/revistas_eletronicas/REVISTA-ELETRONICA-TCERS-2017-07.pdf. Acesso em: 25 mar. 2025.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Comentário à lei de introdução ao Código Civil**. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

SCHUSRTZ, Luiz Fernando. **Material preparado para MBA em Poder Judiciário para o curso “Teoria da decisão”**.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Trad. Fabio M. Said. Rio de Janeiro: DP &A, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 1, p. 221-245, jan.-abr. 2016 (quadrimestral).

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**. Judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.