

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E O ART. 20, DA LINDB:
em que medida as consequências práticas da decisão judicial devem ser
consideradas?

Mario Assis Gonçalves Filho

Orientador: Professor Doutor Atalá Correia

Brasília
2023

MARIO ASSIS GONÇALVES FILHO

CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E O ART. 20, DA LINDB:
em que medida as consequências práticas da decisão judicial devem ser
consideradas?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Professor Orientador: Professor Doutor Atalá Correia.

Brasília
2023

Código de catalogação na publicação – CIP

G635c Gonçalves Filho, Mario Assis

Consequencialismo jurídico e o art. 20, da LINDB: em que medidas as consequências práticas da decisão judicial devem ser consideradas?. / Mario Assis Gonçalves Filho. Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.

94 f. :

Dissertação - Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional, 2023.

Orientador: Prof. Dr. Atalá Correia.

1. Direito. 2. Discurso jurídico. 3. Racionalidade. 4. Consequencialismo jurídico. 5. Justificação racional da decisão judicial. I. Título

CDDir 340.13

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

Ata de Defesa de Dissertação

Discente: Mario Assis Gonçalves Filho
Registro Acadêmico: 2114246
Orientador(a): Prof. Dr. Atalá Correia
Coorientador(a) (se houver):

Título da Dissertação:

CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E O ART. 20, DA LINDB:
em que medida as consequências práticas da decisão judicial devem ser consideradas?

Resultado:

Após a apresentação da Tese e arguição do(a) candidato(a) a banca examinadora decidiu:

- (X) PELA APROVAÇÃO
() PELA REFORMULAÇÃO
() PELA REPROVAÇÃO

Observações:

Sem observações.

Assinaturas da Banca Examinadora

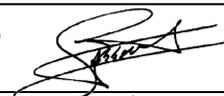
Prof. Dr. Atalá Correia

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP



Prof. Dr. Georges Abboud

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP



Prof. Dr. Carlos Gustavo Vianna Direito

Universidade Veiga de Almeida



13/11/2023 7:00pm

AGRADECIMENTOS

Ao iniciar o mestrado, sabia do árduo e sinuoso caminho a percorrer até a conclusão da dissertação. Sabia, ainda, que, ao longo do percurso, deveria, não sem grande esforço, me impor frente às acomodações, às tibiezas e às inseguranças da vida acadêmica. A conclusão desse trabalho, portanto, me enche de orgulho e isso não seria possível sem o apoio de algumas pessoas ao longo da trajetória.

Agradeço à minha mulher, Pauline Guimarães, pela paciência, perseverança, dedicação e por seu amor incondicional. Naqueles frágeis momentos em que nossa consciência entra em colapso, seja por medo, por insegurança, ou até por questões de somenos importância, que acabam por descompassar as personalidades mais bem formadas, ela nunca me faltou.

Ao meu orientador, Professor Atalá Correia, cuja paciência e atenção, durante a orientação, ultrapassaram os limites da simples generosidade acadêmica. Suas contribuições, reflexões e ideias, que foram, em sua esmagadora maioria, incorporadas ao trabalho, se mostraram fundamentais para conclusão da dissertação. Com palavras de equilíbrio, moderação e prudência soube corrigir e retificar, com grande delicadeza, todos os exageros de minhas pré-compreensões.

Aos meus pais, Ana Maria Lauria Jansen de Mello e Assis Gonçalves e Mario Assis Gonçalves, pelo amor, educação e incentivo, mesmo em tempos difíceis, sem os quais não seria possível concluir esse trabalho.

Agradeço, por fim, a todos que de alguma forma se fizeram presentes ao longo desse processo.

RESUMO

A partir da positivação do consequencialismo jurídico no Direito brasileiro, não se decidirá, com base em valores jurídicos abstratos, sem que as consequências práticas da decisão sejam consideradas. O presente estudo tem por escopo investigar em que medida as consequências práticas da decisão judicial devem ser consideradas, à luz do ideal de justificação racional das decisões judiciais. Delimitando o espectro de aplicação do postulado consequencialista, busca-se encontrar, de maneira discursiva, um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais baseadas, em alguma medida, nas suas possíveis consequências práticas. Para tanto, examina-se as raízes da teoria consequencialista na ética utilitarista, a partir das ideias de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e, no âmbito do Direito, as teorias do Pragmatismo Jurídico e do Consequencialismo Jurídico, com especial destaque aos elementos das teorias desenvolvidas por Richard Posner e Neil MacCormick, respectivamente. Após, a análise é dirigida ao ideal de justificação racional das decisões judiciais, valor consagrado nos sistemas democráticos modernos, e à problemática representada pelo dever de o magistrado considerar as consequências práticas de sua decisão, notadamente à luz dos princípios da separação de Poderes e da segurança jurídica. Por fim, com base na ideia de que a submissão ao Direito é um valor inegociável e de que a aplicação da lei é um ato de reafirmação democrática da soberania do Direito, defende-se que as consequências práticas, conquanto representem um importante instrumento de vinculação do julgador ao mundo dos fatos e à realidade social, de modo a tornar os provimentos judiciais mais adequados à complexidade social contemporânea, não podem ser utilizadas como fundamento único, soberano, da decisão, que precisa retirar sua legitimidade da ordem jurídica e não afastada dela.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Discurso jurídico. Racionalidade. Consequencialismo jurídico. Justificação racional da decisão judicial.

ABSTRACT

With the positivism of legal consequentialism in Brazilian law, decisions are no longer made solely based on abstract legal values, but also considering the practical consequences of those decisions. This study aims to investigate the extent to which the practical consequences of judicial decisions should be considered in light of the ideal of rational justification of such decisions. By delimiting the scope of the consequentialist postulate, this research seeks to find a discursive space for democratic equilibrium in the justification of judicial decisions that are, to some extent, based on their potential practical consequences. Therefore, it examines the origins of consequentialist theory in utilitarian ethics, drawing from the ideas of Jeremy Bentham and John Stuart Mill. Additionally, it explores legal theories such as Legal Pragmatism and Legal Consequentialism, with particular emphasis on the frameworks proposed by Richard Posner and Neil MacCormick, respectively. Following this theoretical foundation, analysis is directed towards the ideal of rational justification of judicial decisions, a value deeply ingrained in modern democratic systems. Furthermore, the study addresses the challenge represented by the duty of judges to consider the practical consequences of their decisions, particularly in light of the principles of separation of powers and legal certainty. Finally, based on the belief that adherence to the rule of law is non-negotiable, and that the application of the law reaffirms democratic sovereignty, this research contends that practical consequences, while essential as instruments to bind judges to the realm of facts and contemporary social complexities, cannot serve as the sole and supreme foundation for decisions. Legitimacy must ultimately derive from the legal order, rather than being detached from it.

KEYWORDS: Law. Legal discourse. Rationality. Legal consequentialism. Rational justification of judicial decisions.

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. CONSEQUENCIALISMO: GÊNESE DA RACIONALIDADE CONSEQUENCIALISTA | 15 |
| 1.1. Consequencialismo na dogmática jurídica: principais correntes | |
| 1.1.1. Utilitarismo | 17 |
| 1.1.1.1. Jeremy Bentham (1748-1832) | 19 |
| 1.1.1.2. John Stuart Mill (1806-1873) | 21 |
| 1.1.2. Pragmatismo Jurídico | 24 |
| 1.1.2.1. Richard Posner | 27 |
| 1.1.3. Consequencialismo Jurídico | 30 |
| 1.1.3.1. Neil MacCormick (1941-2009) | 32 |
| | |
| 2. O IDEAL DE JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS ... | 37 |
| 2.1. A racionalidade do discurso jurídico e a problemática de se considerar as consequências práticas da decisão judicial | 41 |
| 2.1.2.1. <i>O dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da separação dos Poderes</i> | 42 |
| 2.1.2.2. <i>O dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da segurança jurídica</i> | 53 |
| | |
| 3. EM QUE MEDIDA AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO JUDICIAL DEVEM SER CONSIDERADAS | 61 |
| 3.1. Caberia ao magistrado postergar as consequências previstas pelo legislador, a pretexto de evitar a produção de consequências por ele reputadas indesejáveis? | 62 |
| 3.2 Seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas? | 67 |
| 3.3 Consequencialismo jurídico e democracia constitucional | 75 |
| | |
| 4. CONCLUSÃO | 79 |

INTRODUÇÃO

Em 25/04/18, a Lei n.º 13.655 positivou o consequencialismo jurídico no ordenamento pátrio ao incluir o artigo 20 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657). De acordo com o referido artigo, não se decidirá, nas esferas administrativa, controladora e judicial, com base em valores jurídicos abstratos, sem que as consequências práticas da decisão sejam consideradas, sendo certo que a respectiva motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida. Regulamentando o tema, o artigo 3º, § 2º, do Decreto n.º 9.830/19, dispõe que o decisor deverá apresentar aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, conseguir vislumbrar dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

De sua análise, extrai-se não apenas o seu conteúdo normativo, traduzido pelo dever de motivação das decisões, mas também seu conteúdo dogmático, pela introdução do postulado hermenêutico consequencialista, em que as consequências práticas devem ser consideradas no momento da valoração e da escolha do agente ao qual for atribuída a competência para decidir.

O artigo 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, buscou combater, pela positivação da teoria consequencialista, os modelos de argumentação em que a retórica servia de esteio para voluntarismos judiciais. Tais voluntarismos comprometem as estruturas democráticas do Estado, pois afetam, diretamente, a separação de poderes, a segurança jurídica e a previsibilidade do Direito.

Ao longo da história, prevaleceu, na doutrina jurídica, a compreensão formalista do Direito, de acordo com a qual cabia ao Poder Judiciário apenas a aplicação mecânica da lei, por mero processo autômato e silogístico. Partindo da premissa de que as leis oriundas do Poder Legislativo representavam a vontade soberana do povo, não cabia ao Poder Judiciário – aplicador do Direito – suprir ou corrigir eventuais deficiências da lei, mas, apenas, sua aplicação mediante a utilização da estrutura silogística, de modo a se preservar a vontade do legislador – representante do povo.

Como exemplo, na França, em 1790, instituiu-se o chamado *référé législatif*, instrumento abolido apenas em 1837. Por meio do *référé législatif*, remetia-se ao Poder Legislativo a interpretação de um texto obscuro de alguma

lei, sob o pretexto de preservar a vontade do povo, como expressa por seus legítimos representantes.

A legitimidade do Direito, nessa quadra histórica, confundia-se com a sua legalidade, com o sistema jurídico positivado. A positivação do Direito, amparada por um quadro administrativo burocrático, conferia a ele legitimidade para estabilização de uma forma de dominação política e social.¹

A partir da segunda metade do século XIX, essa atuação rígida e formalista passou a sofrer severas críticas, dirigidas à insuficiência do processo silogístico de aplicação de leis como único instrumento para resolução de conflitos. A subsunção dos fatos às premissas maiores abstratamente formuladas (leis) não mais se mostrava adequada para pôr fim a demandas judiciais cada vez mais complexas e contingentes.

Um das principais teorias formuladas em contraponto ao rigor formalista então vigente, e no que importa ao escopo do presente trabalho, foi a do Pragmatismo Jurídico². Essa teoria, desenvolvida em território norte-americano, defendia um caráter instrumental do Direito e sustentava que toda investigação estaria, necessariamente, vinculada à experiência do mundo real e às suas repercussões práticas. Em última análise, o Pragmatismo Jurídico vinculava a correção da decisão judicial às consequências e aos efeitos por ela produzidos.

Mais adiante, ainda no âmbito das teorias que vinculam a correção da decisão judicial às suas consequências, Neil MacCormick (1941-2009) rejeita o sistema de construção decisório baseado exclusivamente em consequências, sob o fundamento de que ele exclui a possibilidade de justificação racional da decisão³. De acordo com sua teoria da argumentação jurídica, as decisões devem ser obrigatoriamente racionais e obedecer ao requisito da justificação, definido como a demonstração de que o ato deveria ter sido praticado da mesma forma e com o mesmo conteúdo com que foi praticado, à luz das circunstâncias do caso analisado e das normas vigentes⁴.

¹ WEBER, Max. *Os três tipos de dominação legítima*. São Paulo: Editora Ática, 1979.

² O Pragmatismo Jurídico e, em especial, as ideias desenvolvidas por Richard Posner serão analisadas no Capítulo 1, itens 1.1.2 e 1.1.2.1.

³ O Consequencialismo Jurídico e, em especial, as ideias desenvolvidas por Neil MacCormick serão analisadas no Capítulo 1, itens 1.1.3 e 1.1.3.1.

⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

No atual contexto pós-positivista, em que houve uma reaproximação do Direito com a moral, em especial pela incorporação de normas de textura aberta (princípios) ao ordenamento jurídico, o consequencialismo jurídico, enquanto teoria argumentativa, fornece, quando não corretamente empregado, elementos propícios – e pretensamente legitimadores – ao decisionismo judicial. Isso porque, a partir do momento em que o magistrado é obrigado pela lei a considerar as consequências práticas que sua decisão poderá causar, abre-se um enorme espaço para atuações disfuncionais, despidas de maior rigor técnico, desaguando em casuísmos, já que a legislação não fornece parâmetros objetivos para se responder em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas a partir de suas consequências.

Como bem adverte Lenio Streck, muito embora tenha ocorrido essa reaproximação do Direito com a moral, “ela não pode ser invocada na sua forma pura no momento da decisão judicial para corrigi-lo, reabrindo o processo legislativo e o pacto constitucional.”⁵

Inúmeros autores buscaram superar a proposta metodológica do positivismo e estabelecer regras e critérios visando à fundamentação racional do discurso jurídico. As teorias desenvolvidas sobre o tema pretenderam estabelecer um método de redução da subjetividade pela utilização de regras de interpretação.

Como exemplo, Robert Alexy, um dos mais importantes estudiosos do ideal de justificação racional das decisões judiciais, defende que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para o decisionismo e para a discricionariedade judicial e, então, propõe a justificação racional do discurso jurídico, mediante a utilização de regras de argumentação. Em geral, todas as teorias desenvolvidas prestigiam a previsibilidade do Direito e a segurança jurídica, tão importantes para o Estado Democrático de Direito.

Diante disso, o problema de pesquisa apresentado é o seguinte: Considerando a redação do artigo 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que medida é possível considerar “as consequências práticas da decisão”, à luz do ideal de justificação racional das decisões judiciais?

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no Direito: dos dilemas trolley ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 929.

O objetivo geral da pesquisa é, portanto, investigar em que medida é possível se considerar “as consequências práticas da decisão”, à luz do ideal de justificação racional das decisões judiciais.

Pode-se dizer, de antemão, que a utilização das consequências práticas da decisão como um argumento relevante para fundamentação do discurso jurídico encerra variados problemas teóricos.

As possíveis críticas à colonização da argumentação jurídica pelo discurso consequencialista se apresentam sob diversas formas e fundamentos. Sem pretensão de esgotar o tema, pode-se citar o fato de que, ao assim proceder, o magistrado, para além de sua função judicante, inova na ordem jurídica e, conseqüentemente, usurpa a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, em violação à separação dos Poderes. Nesse particular, com base na Teoria das Capacidades Institucionais (*Institutional Capacities*), o Poder Judiciário disporia, a princípio, de recursos e habilidades limitadas para obter, organizar e compreender os dados e, então, aferir as consequências práticas da aplicação da norma jurídica, cuja competência seria privativa do Poder Legislativo. Há, ainda, por outro lado, a possibilidade de que a aplicação do postulado consequencialista causaria uma enorme insegurança jurídica, extremamente prejudicial ao Estado Democrático de Direito, ao permitir a prolação de decisões discricionárias, com alta carga de subjetividade e carentes de coerência lógica, o que, ao final, compromete a própria autonomia e integridade do Direito.

Partindo da premissa de que o dever de se considerar “as consequências práticas da decisão” revela-se problemático, a hipótese testada é a de que, conquanto tais consequências representem um importante instrumento de vinculação do julgador com a realidade social e com o mundo dos fatos, elas não podem ser consideradas e utilizadas como fundamento único, soberano, capaz de desprezar a literalidade do texto legal, ou como instrumento para o magistrado corrigir falhas da legislação. A fundamentação imediata da decisão judicial precisa retirar sua legitimidade da ordem jurídica e não afastada dela.

A redação do artigo 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, parece autorizar uma subjetividade latente no processo de tomada de decisão, aumentando, por um lado, a discricionariedade do julgador e, por outro, a imprevisibilidade do Direito. A aplicação irrestrita do postulado

consequencialista pode resultar em um abalo a valores caros ao sistema jurídico, como segurança jurídica, democracia e separação dos poderes, além de permitir a materialização de meros palpites, intuições e argumentos com baixa densidade empírica, o que deve ser evitado a todo custo.

Em verdade, o magistrado, quando se vale puramente de argumentos consequencialistas, em razão de um pretense protagonismo supostamente legitimado pelo contexto político-social, atua politicamente, desprezando as técnicas de hermenêutica jurídica, e passa a examinar se a atividade legislativa conduz à concretização dos resultados políticos e sociais perseguidos, a encerrar verdadeira responsabilidade finalística do julgador. Tal prática, contudo, não se coaduna com o as estruturas democráticas do Estado.

Nota-se, com isso, a problemática assentada na dificuldade de se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais baseadas, em alguma medida, nas suas possíveis consequências práticas.

A presente pesquisa, portanto, não pretende estabelecer um diálogo e uma problematização, no âmbito da filosofia ética, entre deontologia e consequencialismo. A incursão feita neste trabalho é no campo da teoria da argumentação e, por assim dizer, da teoria da decisão judicial.

O que se busca, aqui, é entender, à luz das diversas teorias com matiz consequencialista, como e em que medida as consequências práticas da decisão judicial devem ser levadas em consideração, sem que haja uma afronta aos princípios constitucionais, à normatividade jurídica e à própria autonomia do Direito.

Dessa forma, a presente pesquisa tem como objetivos específicos examinar, no primeiro capítulo, as raízes da teoria consequencialista na ética utilitarista, a partir das ideias de Jeremy Bentham e John Stuart Mill, e, no âmbito do Direito, examinar as teorias do Pragmatismo Jurídico e do Consequencialismo Jurídico, com especial destaque aos elementos das teorias desenvolvidas por Richard Posner e Neil MacCormick, respectivamente.

Após, no segundo capítulo, a pesquisa analisa o ideal de justificação racional das decisões e a problemática representada pelo dever de o magistrado considerar as consequências práticas de sua decisão. Nesse capítulo, serão debatidas as críticas dirigidas à colonização da argumentação jurídica pelo

discurso consequencialista, amalgamadas em dois grandes tópicos: (i) o dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da separação dos Poderes e (ii) o dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da segurança jurídica.

No terceiro capítulo, investigar-se-á em que medida as consequências práticas devem ser consideradas no processo de tomada de decisão. Para tanto, o trabalho buscará, primeiro, responder a dois questionamentos: caberia ao magistrado postergar as consequências previstas pelo legislador, a pretexto de evitar a produção de consequências por ele reputadas indesejáveis? Ou ainda: seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas?

Após o desenvolvimento do tema, a presente pesquisa, delimitando o espectro de aplicação do postulado consequencialista no ordenamento jurídico brasileiro, buscará encontrar, de maneira discursiva, um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais baseadas, em alguma medida, nas suas possíveis consequências práticas.

A relevância da pesquisa não se situa apenas na atualidade do tema, mas, principalmente, em razão de o artigo 20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não fornecer parâmetros objetivos e claros para se compreender em que medida as decisões judiciais podem ser justificadas a partir de suas consequências.

A abordagem da pesquisa será qualitativa, de natureza básica e eminentemente descritiva.

A metodologia utilizada para se alcançar o objetivo proposto será, primeiro, a coleta de dados, mediante revisão bibliográfica e documental, para compreender o estado da arte junto à comunidade científica, relativo às teorias da argumentação jurídica com viés consequencialista e à racionalidade das decisões judiciais. Após a coleta dos dados, será analisada a problemática envolvida na obrigação de o juiz considerar as consequências práticas de sua decisão e em que medida tais consequências devem ser consideradas, de modo a se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões

judiciais baseadas, em alguma medida, nas suas possíveis consequências práticas.

1. CONSEQUENCIALISMO: GÊNESE DA RACIONALIDADE CONSEQUENCIALISTA

Os indivíduos optam pelas alternativas disponíveis e orientam a sua ação com base em critérios diversos, morais e consequencialistas. Os critérios morais não levam em consideração os resultados da prática de determinado ato, assumindo uma perspectiva principiológica sobre o que é correto ou não. As escolhas consequencialistas, por sua vez, se orientam pela análise da utilidade futura daquela ação, buscando maximizar o bem-estar e manifestando uma lógica instrumental.⁶

A análise das consequências de determinada ação está presente diariamente na vida das pessoas. A rigor, em situações triviais e até em situações mais complexas do cotidiano, a tomada de decisão perpassa, em algum momento, pela análise das consequências da prática desse ato. As consequências da ação, portanto, representam importante variável no cálculo realizado pelo agente para optar entre uma das ações possíveis, considerando o contexto em que está inserido.

Ao longo da história, diversas teorias foram desenvolvidas com o escopo de entender a prática moral. As teorias com matizes consequencialistas surgiram e se basearam pensando a correção do comportamento humano a partir dos efeitos da ação praticada.

Esse modo de pensar, porém, não ficou restrito à análise da correção moral das ações, expandindo-se para outras áreas além da prática moral, como, por exemplo, a forma de organização da sociedade e de elaboração das leis. Com espectro mais abrangente, construiu-se uma filosofia ética baseada na vinculação do valor das ações às suas consequências, de modo a que toda ação – humana ou estatal – fosse norteadada e dependesse, exclusivamente, do ponto de vista ético, dos efeitos por ela produzidos.

⁶ CORREIA, Atalá. Limitação das indenizações por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional: uma abordagem sob a perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, mai-ago, 2021, p. 2.

Nesse sentido, entende-se por racionalidade consequencialista toda forma de pensamento em que se vincula, de maneira direta, o valor moral das ações às suas consequências. De acordo com a racionalidade consequencialista, portanto, a qualidade moral da ação é determinada, em absoluto, pelas consequências dela advindas, à luz das possibilidades disponíveis ao agente no momento da ação. O ato de decidir – por natureza, prévio à ação – fica subordinado a um juízo de prognose, materializado pelas possíveis consequências advindas daquela ação.

Muito embora, de acordo com Bruno Salama, o termo consequencialismo (*consequentialism*) tenha sido cunhado pela filósofa Gertrude Elizabeth Margareth Anscombe (1919 – 2001), em 1958, em artigo intitulado *Modern Moral Philosophy*⁷, as raízes da racionalidade consequencialista remontam à Antiguidade.

Na idade moderna, por exemplo, pode-se mencionar, a título de exemplo, Cesare Beccaria (1738 – 1794) como um partidário da racionalidade consequencialista. Beccaria desenvolveu sua teoria utilizando-se da racionalidade consequencialista, especificamente no âmbito do direito penal, no livro chamado *Dos delitos e das penas*.

De acordo com Beccaria, o poder punitivo estatal teria sua legitimidade advinda da capacidade de se buscar o resultado de “obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar seus concidadãos do caminho do crime”⁸.

Valendo-se da racionalidade consequencialista e direcionando sua análise para o estudo da legislação penal, Beccaria, ao aduzir ser melhor prevenir os crimes a puni-los, defende que a finalidade precípua da legislação é “proporcionar aos homens o maior bem-estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida”⁹.

Em suma, diversas correntes filosóficas utilizaram da racionalidade consequencialista no desenvolvimento de suas ideias, ao pensar o

⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017, p.73.

⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 12.

⁹ *Ibidem*, p. 125.

comportamento humano e também o estatal a partir dos efeitos de determinada ação. Adiante, serão abordadas as principais doutrinas filosóficas que catalisaram a racionalidade consequencialista, em especial o Utilitarismo, o Pragmatismo Jurídico e o Consequencialismo Jurídico.

1.1. Consequencialismo na dogmática jurídica: principais correntes

1.1.1. Utilitarismo

O Utilitarismo, teoria desenvolvida no âmbito da filosofia liberal inglesa, no século XVIII, buscou analisar, de forma sistemática e completa, os inúmeros aspectos da vida prática. Essa teoria procurou se colocar como uma contraposição ao paradigma filosófico kantiano, calcado em premissas próprias do idealismo.

De acordo com essa teoria, as ações, sejam elas humanas ou estatais, devem sempre ser guiadas pela busca do maior bem-estar possível para o maior número de pessoas possível, impondo, de igual forma, o menor sacrifício e dor ao menor número de pessoas possível. Deve-se buscar, por um lado, a maximização do prazer e, por outro, a minimização da dor.

Nesse particular, o princípio da utilidade, segundo o qual uma ação é moralmente correta quando, dentro do universo de escolhas possíveis, ela apresentar o maior saldo líquido de consequências desejáveis em relação àquelas indesejáveis, se apresenta como o critério último de correção moral. A ideia central da teoria utilitarista é a de que um comportamento moralmente correto, além de causar o menor dano possível aos envolvidos, aumentará a sua felicidade ou utilidade.

A teoria utilitarista assenta-se na premissa de que todas as ações tendem a afetar o bem-estar das pessoas sujeitas àquela ação, de modo que o agente, para julgar a correção ou moralidade de uma determinada ação, deve se ater à análise de suas consequências. As consequências de uma determinada ação representam, portanto, o único critério válido para se julgar a moralidade ou correção dessa ação.

Percebe-se, com isso, que há uma dissociação entre a causa (o agente) e as consequências do ato. O Utilitarismo manifesta especial desinteresse em

relação aos agentes, sendo indiferente, para a análise da correção moral de determinada ação, suas qualidades morais e, até mesmo, suas intenções originárias. Para a teoria utilitarista, a correção moral de determinada ação, em verdade, independe de quaisquer elementos intrínsecos à própria ação ou de outras condições permitidas ou proibidas, subordinando-se apenas às suas consequências.

Não há, portanto, um valor intrínseco à própria ação. O utilitarismo afasta-se da deontologia kantiana e assume um viés marcadamente teleológico, ao defender que o conceito de “bom” não se encerra em si mesmo, mas, ao contrário, representa apenas um meio para a promoção do único objetivo relevante para essa teoria, a maximização do bem-estar de todos.

Assim, para o Utilitarismo, é possível conceber que um mesmo ato, praticado em meio a diferentes circunstâncias, possa ser considerado moralmente correto ou moralmente incorreto, a depender, apenas, das consequências advindas de sua prática.

Nota-se que o Utilitarismo associa, numa mesma concepção, um elemento substantivo, uma teoria do valor baseada numa concepção de bem-estar, e um elemento formal, o consequencialismo.

A teoria ética normativa utilitarista se caracteriza, em especial, por três preceitos fundamentais. O primeiro deles diz respeito à exigência de que o indivíduo busque sempre com suas ações a promoção da felicidade (ou bem-estar), representando o único critério válido para determinar a correção moral daquela ação. O segundo preceito impõe ao agente que ele promova essa felicidade (ou bem-estar), no mínimo, em grau idêntico ao de outras ações possíveis, no momento da tomada de decisão. Por fim, a ideia de que a felicidade (ou bem-estar) de uma comunidade de corpos ou estado de coisas é mensurada pela soma das felicidades (ou bem-estar) individuais.

Em geral, a teoria utilitarista representa o amálgama das doutrinas defendidas e difundidas por Jeremy Bentham (1748-1832) e, posteriormente, por John Stuart Mill (1806-1873), os primeiros a fazer referência ao termo “utilitarismo” e a se empenhar na sistematização teórica da doutrina. Dessa forma, serão analisadas, adiante, as principais características das proposições de Jeremy Bentham e Stuart Mill para o Utilitarismo.

1.1.1.1. Jeremy Bentham (1748-1832)

Jeremy Bentham (1748-1832) é considerado o fundador da filosofia utilitarista, ao estruturar, de forma sistemática e completa, os postulados utilitaristas como uma escola filosófica autônoma, a partir de sua obra *Introdução aos Princípios da Moral e Legislação*, publicada em 1789.

Bentham, influenciado, por um lado, pelo conceito de natureza humana defendido por Thomas Hobbes, e, por outro, pelo conceito de utilidade social cunhado por David Hume, desenvolve sua teoria calcado na premissa segundo a qual o ser humano é governado por dois sentimentos soberanos: a dor e o prazer. Segundo o autor

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos.¹⁰

Os indivíduos, para Jeremy Bentham, estariam sujeitos única e exclusivamente à dor, considerada um mal em si, e ao prazer, entendido como o bem único, de modo que o princípio da utilidade – conceito fundamental na teoria de Bentham – “reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”¹¹. Por princípio da utilidade,

entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade.¹²

Nota-se que a felicidade humana é o principal objetivo das formulações filosóficas de Bentham, que, ao definir o princípio da utilidade, se refere expressamente à felicidade do indivíduo. Nesse sentido, ainda segundo o autor,

¹⁰ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 1. ed. São Paulo: Abril, 1974, p. 9.

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² *Ibidem*, p. 10.

o princípio da utilidade “estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo a justa e adequada finalidade da ação humana, e até a única finalidade justa, adequada e universalmente desejável”¹³.

Em linhas gerais, para Bentham, “uma determinada ação está em conformidade com o princípio da utilidade (...) quando a tendência que ela tem a aumentar a felicidade for maior do que qualquer tendência que tenha a diminuí-la”¹⁴.

Há casos, porém, em que a parte cujo interesse está em jogo é, em verdade, a comunidade. E, nesses casos, como poderia se mensurar a felicidade da comunidade?

De acordo com Bentham, a felicidade da comunidade não pode mais ser dissociada da felicidade do indivíduo, de modo que o interesse comum representa a soma dos interesses individuais. Nas palavras do próprio autor,

A comunidade constitui um *corpo* fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como constituindo os seus *membros*. Qual é, neste caso, o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade.
V. – É inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo.¹⁵

Dirigindo suas ideias para o âmbito público, Jeremy Bentham, que rompeu com a ideia de direitos naturais, defende que a atuação do poder público deve ser integralmente guiada pelo respeito ao princípio da utilidade, pois tal princípio “vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo”¹⁶.

Nesse particular, Bentham, visando romper com os abusos advindos da aplicação das leis naturais, desenvolveu uma teoria da legislação baseada na experiência, segundo a qual a elaboração das leis deveria, segundo os postulados utilitaristas, promover a maior felicidade ao maior número possível de indivíduos. De acordo com o autor,

a felicidade dos indivíduos de que se compõe uma comunidade – isto é, os seus prazeres e a sua segurança – constitui o objetivo, o único

¹³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁴ *Ibidem*, p. 10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

objetivo que o legislador deve ter em vista, a única norma em conformidade com a qual todo indivíduo deveria, na medida em que depende do legislador, ser *obrigado* a pautar o seu comportamento.¹⁷

A atividade de legislar, portanto, segundo a teoria de Jeremy Bentham, torna-se eminentemente uma questão de observação e cálculo utilitário, fazendo com que o princípio da utilidade se coloque como a racionalidade necessária à legislação.

Como se percebe, a teoria desenvolvida por Jeremy Bentham, assentada no princípio da utilidade, propõe a realização de um cálculo utilitarista, com base em uma escala única de prazer, visando mensurar quantitativamente o bem que se deve buscar com as ações, sem nenhum tipo de análise qualitativa, estabelecendo uma linearidade em relação aos diversos prazeres existentes, o que será abordado de forma diferente por John Stuart Mill, seu pupilo, mais adiante.

1.1.1.2. John Stuart Mill (1806-1873)

John Stuart Mill (1806-1873) era filho de James Mill (1773-1836), amigo e discípulo de Jeremy Bentham. Mill trouxe novos e importantes elementos às proposições utilitaristas de Bentham, de quem também era pupilo, buscando abrandá-la e incorporando à teoria componentes liberais, como os direitos e liberdades individuais.

De acordo com Mill, a teoria utilitarista desenvolvida por Jeremy Bentham guardava laivos de uma racionalidade fria e calculista, e o princípio da utilidade não conferia o devido valor à dignidade da pessoa humana e aos direitos individuais, o que o fez buscar uma conciliação entre a teoria de seu mentor e os direitos e liberdades individuais, incluindo aí argumentos em defesa dos Direitos Humanos e do direito ao voto feminino.

Com argumentos favoráveis à liberdade e aos direitos individuais, Mill conduz seu raciocínio assentando-se na premissa segundo a qual o que deve ser proibido é fazer mal aos outros. Nesse aspecto, defende que

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

As regras morais que proibem a humanidade de prejudicar um ao outro (na qual nunca devemos nos esquecer de incluir interferência injusta na liberdade do outro) são mais vitais para o bem-estar humano do que quaisquer máximas, por mais importantes que possam ser.¹⁸

Conciliando essa ideia com a defesa dos direitos e liberdade do indivíduo, o autor sustenta que a autoridade estatal não poderia ser irrestrita e, nesse particular, deveria se submeter ao indivíduo, enquanto sujeito de direitos. Caberia ao Estado um dever de abstenção, de caráter negativo, com o escopo de preservar a liberdade individual e a esfera privada do indivíduo imunes à intervenção estatal, salvo quando atingir outros indivíduos. Nas palavras do autor,

A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu corpo e espírito, o indivíduo é soberano.¹⁹

A liberdade individual, para Mill, além de depender integralmente de considerações utilitaristas, tem mais importância pelo que ela reflete do que pelo prazer, em si, que ela proporciona. Nesse aspecto, Mill entende que a maximização da utilidade, em respeito à liberdade do indivíduo, não se daria imediatamente, mas, em verdade, demandaria um tempo maior para se alcançá-la. Como exemplo, defende que proibir a prática de determinados atos poderia maximizar a utilidade hoje, mas, a longo prazo, tornaria a sociedade pior e mais infeliz.

Por sua vez, o princípio da utilidade, ou apenas a utilidade, na visão de John Stuart Mill, ainda remanesce como o cerne de toda a teoria utilitarista, ao ponto de reputá-la como “a invocação definitiva em todas as questões éticas; mas deve ser uma utilidade em seu sentido amplo, fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser em progresso”.²⁰

Além do caráter mais liberal e humano da teoria de Mill, consistente em sua noção de maior individualidade, outro grande contraponto feito às ideias de

¹⁸ MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 84.

¹⁹ Idem. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991, p. 53.

²⁰ Idem, *Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 83.

seu mentor – talvez o mais debatido pelos estudiosos – diz respeito à escala única de prazer e dor defendida por Jeremy Bentham.

Os críticos das ideias de Bentham apontam que sua teoria não fazia distinção qualitativa nos prazeres, o que poderia, em última análise, representar que os prazeres humanos não tinham mais valor do que os prazeres animais. Em outras palavras, o hedonismo defendido por Jeremy Bentham seria por demais igualitário, sem apresentar diferenciações entre os prazeres, de modo que os prazeres simples seriam tão bons, intrinsecamente, quanto os prazeres mais sofisticados e complexos.

Thomas Carlyle, um dos principais críticos de Bentham, entendia que essas implicações do hedonismo benthaniano eram absurdas, em especial ao questionar como uma vida dedicada aos prazeres intelectuais poderia não ser mais valiosa do que uma vida dedicada aos prazeres puramente corporais.

O hedonismo de John Stuart Mill, por outro lado, ao tentar superar a objeção perfeccionista²¹ levantada por Carlyle e outros, fez distinções e qualificou os prazeres entre superiores e inferiores, com o escopo de orientar o indivíduo nas escolhas e na forma de se calcular os resultados – em função dos quais as ações devem ser praticadas – no momento da tomada de decisão.

Nesse ponto, existiriam prazeres mais elevados do que outros, sendo certo que essa distinção não precisaria se escorar em qualquer outra ideia moral que não a própria utilidade. Ao fazer essa distinção entre os prazeres, como superiores e inferiores, Mill propõe um marco qualitativo orientador da busca da felicidade. Segundo o autor

É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco são de opinião diferente, é porque eles apenas conhecem seu próprio lado da questão. A outra parte, em comparação, conhece ambos os lados. Pode ser contestado que muitos que são capazes dos prazeres mais elevados, ocasionalmente, sob influência de tentações, os preterem pelos inferiores. Mas isto modo algum é incompatível com uma avaliação total da superioridade intrínseca dos prazeres superiores. Os homens, frequentemente, por fraqueza de caráter, escolhem o bem mais próximo, embora saibam que ele é menos valioso; e isso não ocorre menos quando a escolha se dá entre dois prazeres corpóreos do que quando ocorre entre corpóreo e o mental. Eles buscam, prazeres sensuais em detrimento de sua saúde, embora estejam perfeitamente conscientes de que a saúde seja o bem maior.²²

²¹ BRAGA, Bruno Botelho. *O hedonismo qualitativo de J. S. Mill*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

²² MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 25 e 26.

Em resumo, tanto Bentham quanto Mill buscaram, a partir da ideia de utilidade, questionar as estruturas e tradições sociais vigentes à época e justificadas por apelos à ordem natural, cada um com suas peculiaridades, mas ambos sob a corrente filosófica denominada Utilitarismo.

1.1.2. *Pragmatismo Jurídico*

O pragmatismo (filosófico) clássico tem suas raízes nos Estados Unidos, por volta de 1870, em especial pelos trabalhos de Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952). A filosofia pragmática buscava construir uma alternativa às escolas filosóficas dominantes nessa época, o racionalismo alemão e o empirismo britânico, ambas perfilhando a ideia de que a verdade adviria de uma razão imanente, absoluta.

Segundo Pierce e James, o pragmatismo não poderia, a rigor, ser considerado uma filosofia, porque, além de não ter sido concebido sobre fundamentos e preceitos rígidos e homogêneos, ele não tem nenhuma presunção de ostentar um caráter normativo, buscando descrever como deve ser o mundo. A partir do percurso teórico desenvolvido pelos três autores, porém, o pragmatismo passou de um método lógico para uma teoria ética, tornando-se, ao final, em uma teoria social.²³

O pragmatismo clássico rejeitava, por um lado, a ideia de que o conhecimento era fundamentado em um conjunto de verdades imutáveis e, por outro, as teorias abstratas, baseadas na metafísica e sem nenhuma aderência com a realidade e experiência comum. As abstrações, as razões *a priori* e os sistemas fechados deveriam dar lugar à concretude e à adequação aos fatos e à realidade.

De acordo com essa teoria, o conhecimento deveria ser compreendido como algo modificador da realidade, de modo que a concepção de verdade corresponderia à construção da própria realidade, sem a utilização de abstrações ou expedientes metafísicos. A ideia principal do pragmatismo clássico girava em torno da utilidade prática da filosofia, com ênfase na experiência.

²³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno. *Revista da Faculdade de Direito da Uerj*, 2022, n. 41, p 4.

Nesse aspecto, o pragmatismo não buscava desenvolver um dogma de verdade, mas apenas orientar a discussão no sentido de que, no âmbito da prática social, determinada questão se apresentava como verdadeira. Assim, os conceitos e significados das coisas deveriam ser depurados pelos fatos, pela experiência, enfrentando os desafios contemporâneos e sempre dispostos a questionar os conhecimentos vigentes, tudo isso visando à descoberta de novas verdades e ao incremento do próprio conhecimento.

Com isso, percebe-se a natureza prospectiva do pragmatismo clássico, o qual, atento às experiências testadas pela comunidade, dá ênfase às consequências e à flexibilidade dos conceitos e significados vigentes.

Do pragmatismo clássico, pode-se extrair três principais características: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. O antifundacionalismo deve ser entendido como a disposição de se rejeitar conceitos abstratos, metafísicos, fundações últimas, princípios perpétuos e dogmas, com vistas a fundamentar determinada conduta. O contextualismo, por sua vez, dá ênfase à experiência humana, à cultura de determinada sociedade e às práticas e interações sociais, ao reconhecer que contexto e decisão são, em essência, indissociáveis. Por fim, o consequencialismo – talvez a característica mais associada ao pragmatismo –, expresso pela ideia de que a decisão, dentre todas as possíveis, deve ser tomada com base nas melhores consequências práticas concebíveis pela experiência da comunidade.²⁴

No âmbito do Direito, o pragmatismo jurídico exsurge de um contexto do movimento denominado Realismo Jurídico, que, durante as décadas de 1920 e 1930, defendia uma visão instrumental e funcional do Direito em contraponto à visão formalista então dominante, assentada na existência de uma lógica interna permanente e imutável do Direito.²⁵

Por outro lado, não nos parece correto afirmar, com segurança, que o pragmatismo jurídico deve ser compreendido como a aplicação, no campo do Direito, da filosofia pragmatista, mas, naturalmente, com ela guarda relevantes

²⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações, *in* SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, p. 176.

²⁵ VIDAL, Bernardo Raposo. **Os argumentos consequencialistas no Direito brasileiro: usos e (ab)usos**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2021, p. 21.

correspondências.²⁶ O pragmatismo jurídico não se apresenta como uma Teoria do Direito, mas, em verdade, com uma teoria argumentativa, com vistas, principalmente, a legitimar argumentos e decisões judiciais.

Segundo Bruno Meyerhof Salama,

Não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner.²⁷

Jane Reis Gonçalves Pereira pondera que

As variadas concepções pragmáticas possuem, como referencial comum, a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses construídas é identificar suas consequências práticas e compará-las com os efeitos concretos das teses adversárias. Nesse sentido, a utilidade de uma teoria é avaliada a partir da sua aptidão para resolver problemas, que pode ser verificada a partir da passagem do tempo e da experimentação.²⁸

O pragmatismo jurídico caracteriza-se pela superação da dicotomia entre sujeito e objeto pela sua orientação prospectiva, em direção ao futuro. Nesse particular, o pragmatismo jurídico limita a interpretação jurídica à realidade concreta, com o escopo de oferecer soluções práticas aos problemas sociais.

Inúmeros autores defendem a tese do pragmatismo jurídico, com especial relevo para Richard Posner, diante da profusão de suas ideias, que serão abordadas adiante.

²⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações, *in* SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, p. 176/177.

²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017, p.32.

²⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS – Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 35, jul.-dez., 2016, p. 351.

1.1.2.1. Richard Posner

Richard Allen Posner, nascido em 1939, é um jurista e juiz federal aposentado norte-americano, com formação acadêmica em Letras pela Universidade de Yale e em Direito pela Universidade de Harvard.

A produção acadêmica de Posner, um dos maiores expoentes do pragmatismo jurídico, pode ser dividida em duas fases. A primeira delas é composta pelo livro *Economic Analysis of Law* e por uma série de artigos escritos na segunda metade da década de 1970, cujas ideias foram, posteriormente, consolidadas em sua obra *The Economics of Justice*.²⁹

Nessa primeira fase, Posner, valendo-se, de forma fragmentada, da teoria utilitarista, defendeu uma concepção consequencialista em relação à moralidade e à justiça, além de patrocinar argumentos favoráveis à liberdade e aos direitos individuais. De acordo com as ideias defendidas por Richard Posner nesse período, felicidade e riqueza não se confundiriam, de modo que ao juiz caberia decidir pela alocação dos recursos de maneira eficiente, com o escopo de maximizar a riqueza geral.

Posteriormente, Posner reviu seu posicionamento, em especial sobre o postulado da maximização de riqueza, e, além de abandonar o princípio de que a maximização de riqueza poderia servir como fundamento, inclusive moral, do Direito, ressignificou o critério da eficiência para justificar a aplicação do Direito.

Em sua segunda fase, Richard Posner superou a ideia de maximização da riqueza e concentrou a sua tese no desenvolvimento do pragmatismo cotidiano, o qual se apresenta como uma atitude mental materializada pelo uso popular da palavra pragmático, “significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhos utópicos.”³⁰

Nesse aspecto, Posner busca demonstrar que a sua concepção de pragmatismo jurídico não é uma simples aplicação do pragmatismo filosófico no âmbito do Direito, embora, naturalmente, ambos sejam compatíveis um com o

²⁹ ABDOUCH, Rafael Parisi. **A justiça abandonada? Posner e as limitações do raciocínio econômico e pragmático no campo do direito**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, p. 24.

³⁰ POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38.

outro. As diferenças são, em grande medida, institucionais. O discurso do pragmatismo filosófico, além de contemplativo, é “acadêmico, sutil, complexo e realizado num vocabulário técnico proibitivo”, enquanto o discurso do pragmatismo jurídico de Posner se coloca no plano dos fatos, orientado à ação cotidiana. Segundo o autor, “o pragmatista cotidiano usa o senso comum para resolver problemas; o filósofo pragmatista explica por que este é um procedimento sensato.”³¹

O pragmatismo jurídico de Posner advoga uma visão instrumental do Direito, compreendendo-o como um meio para a consecução de fins sociais. O Direito, portanto, não deve ser visto com um fim em si mesmo, mas, em verdade, como uma ferramenta útil de resolução de conflitos e estabilização social, além de orientar a atuação privada e estatal. A ênfase à decisão judicial é evidente no pragmatismo jurídico do autor.

Não há, na teoria defendida pelo autor, nenhuma conexão com qualquer tipo de teoria política, tampouco interesse em relação às ideologias e valores em discussão na sociedade em determinado momento histórico. Na realidade, o pragmatismo jurídico de Posner é despido, em absoluto, de orientação moral ou ideológica. Essa neutralidade de compromissos políticos representa, para Posner, uma virtude de sua teoria, na medida em que permite o entendimento de que a teoria moral ou a teoria política seriam capazes de constranger a conduta do indivíduo.³²

Uma característica marcante do pragmatismo jurídico de Posner é o papel de extrema relevância conferido à pesquisa empírica para a adequação do discurso jurídico. Segundo o autor, as questões jurídicas não poderiam ser respondidas apenas mediante a aplicação de conceitos e princípios derivados do sistema jurídico e a normatividade do Direito não poderia ser pautada em critérios absolutos. Se, por um lado, Posner rejeita conceitualismos metafísicos e dogmáticos, por outro, argumentos extrajurídicos – com base na economia e na ciência política, por exemplo – são plenamente utilizáveis no discurso jurídico, desde que possível a investigação empírica em relação a eles. Nas palavras do

³¹ *Ibidem*, p. 40.

³² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações, *in* SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, p. 179.

autor, “o objeto da análise pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões factuais e empíricas”.³³

Diante do caráter prospectivo e contextualista do pragmatismo cotidiano, o respeito aos precedentes se apresenta como um valor social e não um dever ético. A autoridade dos precedentes ostenta caráter político, servindo para trazer estabilidade e segurança jurídica à sociedade. O respeito aos precedentes, entretanto, cede passo quando houver razões boas o suficiente para se abandonar a tradição em favor do presente e do futuro. O precedente se revela, então, como uma fonte de dados que tem caráter informativo, ou de razões, considerações, valores e diretrizes políticas. O juiz deve respeitar os precedentes, portanto, apenas quando esse respeito contribuir para alcançar finalidades sociais relevantes.

As consequências da decisão, nesse particular, merecem especial atenção para o pragmatismo jurídico. De acordo com Posner,

O núcleo do pragmatismo jurídico é a decisão pragmática, e o núcleo da decisão judicial pragmática é a promoção de maior conscientização judicial e a preocupação com as consequências, e, assim, uma disposição para estabelecer as bases de decisões políticas em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades.³⁴

O primado das consequências está vinculado ao interesse no que funciona e no que, de fato, é útil, e não no que realmente é. Nesse particular, as decisões judiciais deveriam levar em consideração as consequências e o resultado prático delas decorrentes. O juiz pode, sem problema algum, perfilhar uma postura formalista, subordinada à literalidade da lei, desde que haja razões pragmáticas para se comportar dessa maneira. Para tanto, o juiz deve sempre cotejar as possíveis consequências da decisão para, somente após essa análise, construir a decisão pragmática adequada para o caso concreto.

Entretanto, Richard Posner defende que o juiz não pode tomar decisões *ad hoc*, sem uma análise contextual e compromisso com o mundo para além do caso concreto em análise. Para ele, ao contrário do que se imagina, não são apenas as consequências imediatas da decisão para as partes envolvidas na

³³ POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.520.

³⁴ Idem. Legal pragmatism. *Metaphilosophy*. Oxford: Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd., v.35, jan., 2004, p. 150.

discussão que são relevantes para o discurso pragmatista jurídico. As consequências da decisão judicial em relação ao próprio sistema jurídico, à economia e até mesmo à política – chamadas de consequências sistêmicas – têm grande importância para o pragmatismo jurídico de Richard Posner.³⁵

A grande concepção de Posner é a distinção feita entre as consequências imediatas e as consequências sistêmicas. As imediatas, como o próprio nome recomenda, tratam das consequências a curto prazo e se restringem às pretensões das partes envolvidas no caso em análise. Por outro lado, as consequências sistêmicas cuidam tanto da

estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais; da importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam às circunstâncias não vislumbradas pelo constituinte originário.³⁶

Nesse sentido, o pragmatismo jurídico advoga que o juiz não deve tomar a decisão com as melhores consequências imediatas quando tal decisão não produzir, de igual modo, as melhores consequências sistêmicas, em especial em relação ao sistema jurídico no longo prazo.

Como visto, Richard Posner confere à sua teoria um caráter prospectivo e contextual, além de emprestar grande relevância à pesquisa empírica. A estrutura de sua teoria, porém, foi muito criticada, em especial por Ronald Dworkin, cujas críticas, em razão do escopo reduzido do trabalho, não serão aqui abordadas.

1.1.3. Consequencialismo Jurídico

O consequencialismo jurídico não se apresenta como uma teoria do Direito, mas, em verdade, como uma teoria da argumentação jurídica. De acordo com essa teoria, a correção e a legitimidade de determinada decisão judicial dependem, em absoluto, de suas consequências.

Humberto Ávila define o consequencialismo jurídico como

³⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações, *in* SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea, p. 186.

³⁶ POSNER, Richard. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 423.

a estratégia argumentativa mediante a qual o intérprete molda o conteúdo ou a força do Direito conforme as consequências práticas que pretende evitar ou promover, em detrimento da estrutura normativa diretamente aplicável, dos efeitos diretamente produzidos nos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais e dos princípios fundamentais imediatamente aplicáveis à matéria.³⁷

Luis Fernando Schuartz, por sua vez, define o consequencialismo jurídico como

qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *avaliação das consequências* associadas a ela e às suas alternativas.³⁸

Ainda de acordo com Schuartz – e de forma bem-humorada –, o consequencialismo jurídico, no Brasil, é dividido em consequencialismo festivo, militante e malandro, em razão do grau de deferência formal à dogmática e às figuras tradicionais da argumentação jurídica, em especial ao raciocínio lógico-dedutivo e aos precedentes. O primeiro deles defende uma ampla “desdiferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas, comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”³⁹. O consequencialismo militante, por sua vez, mesmo não se detendo diante das regras de direito positivo, “está mais alinhado à tradição e quer ancorar suas posições em normas, valendo-se, ao menos nominalmente, das formas canônicas de interpretação do direito”⁴⁰. Por fim, o consequencialismo malandro se apresenta como uma estratégia de argumentação jurídica que se implementa necessariamente através da “dogmática jurídica, mais especificamente, para a desconstrução e a reconfiguração dos elementos da argumentação na forma requerida para a fundamentação da dogmática da decisão buscada”⁴¹.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Editora Malheiros, 2022, p.56.

³⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-384.

³⁹ *Ibidem*, p. 410.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 411.

⁴¹ *Ibidem*, p. 415.

Em comum, os consequencialismos festivo, militante e malandro comungam “a oposição de resistência aos resultados de decisões alternativas às preferidas e determinadas por aplicações prosaicas de regras jurídicas”⁴².

Com vistas a detalhar os estudos do consequencialismo jurídico, analisaremos, adiante, as proposições de uma das maiores referências sobre o tema na atualidade, Neil MacCormick.

1.1.3.1. Neil MacCormick (1941-2009)

Neil MacCormick (1941-2009) foi um filósofo do Direito e político escocês. Com extensa produção acadêmica, destacam-se, em especial, seus estudos sobre Teoria do Direito e Teoria da Argumentação Jurídica. Discípulo de H. L. A. Hart, foi, em verdade, seu herdeiro intelectual, buscando, em suas obras, responder aos questionamentos deixados em aberto pela teoria do seu professor (*The Concept of Law*).

Nesse sentido, MacCormick ocupou-se, consideravelmente, de um dos mais notáveis questionamentos feitos à teoria de H. L. A. Hart, e grande parte de sua contribuição teórica visa superar o entendimento positivista em relação às decisões proferidas nos *hard cases*, que seriam, para H. L. A. Hart, eminentemente discricionárias. De acordo com essa teoria positivista, quando não houver uma regra que possa ser aplicada ao caso concreto, o juiz, nesses casos, decidirá de acordo com suas próprias convicções. Ao discordar desse entendimento, MacCormick propõe uma teoria da argumentação associada a um modelo de fundamentação racional dos *hard cases*, em que seria defeso a atuação discricionária do juiz.

Neil MacCormick concebe o Direito como uma complexa estrutura de normas e atividades institucionalizadas, afirmando que “a ideia básica é de um sistema jurídico como corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível”⁴³. Além disso, MacCormick defende que o Direito é uma

⁴² *Ibidem*, p. 409.

⁴³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 135.

disciplina sujeita à argumentação persuasiva, de onde advém o seu caráter argumentativo.

A Teoria da Argumentação Jurídica, de Neil MacCormick, assenta-se na premissa de que a argumentação jurídica se apresenta como um ramo da argumentação prática. A argumentação prática, diz o autor, consistiria, por sua vez, na “aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha”⁴⁴. A racionalidade aparece, então, como ponto central da argumentação prática e, conseqüentemente, da jurídica, a qual se distingue, em especial, pela utilização de regras e cânones normativos no seu processo argumentativo.

No âmbito dos *hard cases*, quando as soluções devem ser, necessariamente, construídas por processos de argumentação jurídica, Neil MacCormick, visando “repensar os elementos da argumentação jurídica que não são dedutivos”⁴⁵, propõe uma detalhada teoria em que prescreve uma série de critérios com vistas a justificar racionalmente uma decisão judicial, estabelecendo referenciais para avaliar a sua correta fundamentação. Nesse contexto, sua teoria da argumentação jurídica defende que as decisões devem ser, obrigatoriamente, racionais e obedecer ao requisito da justificação, definido como a demonstração de que o ato deveria ter sido praticado da mesma forma e com o mesmo conteúdo com que foi praticado, à luz das circunstâncias do caso analisado e das normas vigentes. Além disso, o processo de justificação – ato de demonstrar a correção de algo – da decisão judicial deve se valer de boas razões e essas razões devem superar quaisquer outras que puderem ser oferecidas alternativamente.

Em linhas gerais, MacCormick aduz que os quatro requisitos da razão jurídica seriam a universalizabilidade, orientada pela enunciação de alguma deliberação “universal” pertinente à questão particular tratada⁴⁶, a consistência, compreendida como a adequação da decisão a dispositivos legais do ordenamento jurídico, a coerência, relacionado à construção da narrativa razoável segundo os ditames da experiência prática e a sua compatibilidade com os princípios e valores de ordem superior do ordenamento jurídico, e as

⁴⁴ *Ibidem*, p. IX.

⁴⁵ *Ibidem*, p. IX.

⁴⁶ *Idem*. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.131.

consequências, de natureza eminentemente jurídica, que devem ser as melhores do que as que outras decisões poderiam desencadear.⁴⁷

Neil MacCormick divide a justificação em justificação de primeira e de segunda ordem. A primeira espécie de justificação – justificação de primeira ordem – é a justificação dedutiva, silogística, inerente à própria natureza das normas jurídicas. Segundo o autor, a clássica fórmula “N + F = C” (normas + fatos = conclusão) é imprescindível ao fenômeno jurídico, sendo que “a noção de uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica”⁴⁸. Isso porque “as normas são proposições normativas hipotéticas, que estipulam que, se existirem certas circunstâncias (...), certas consequências hão de (...) se seguir ou ser implementadas”⁴⁹.

Segundo MacCormick, a própria natureza das normas jurídicas impõe a utilização da justificação dedutiva, pois

As deliberações legais são normativas. Elas não relatam, mas *fixam* padrões de comportamento. Não descobrem as consequências de determinadas condições, mas ordenam quais consequências *hão* de se seguir a determinadas condições. Não apresentam um modelo *do* mundo, mas apresentam um modelo *para* o mundo.⁵⁰

Nesse sentido, ocorrida a situação de fato, a consequência deverá ser aquela prevista na norma legal, de acordo com o silogismo da lógica tradicional. A justificação dedutiva, diz MacCormick, tem papel relevante na argumentação jurídica, na medida em que “a lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de direito’”⁵¹. A aplicação de normas, por processos silogísticos, serve como a moldura da argumentação jurídica, dentro da qual ela se desenvolve, e estabelece limites formais à decisão judicial.

Os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer e não possa querer dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada

⁴⁷ Idem. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 189.

⁴⁸ Idem. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

⁴⁹ *Ibidem*, p. XI.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 132.

⁵¹ *Ibidem*, p. X.

decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada pela lei como ela é.⁵²

Entretanto, a justificação dedutiva – justificação de primeira ordem – não esgota a argumentação jurídica. As regras, sozinhas, não conseguem, em absoluto, resolver todas as questões jurídicas. Há casos em que exsurtem problemas de interpretação da norma, de classificação dos fatos operativos e da própria pertinência normativa, como exposto por MacCormick

Pode-se contestar a interpretação da norma como uma fórmula verbal estabelecida; pode-se questionar a correta classificação de fatos ocorrentes como representativos ou não dos fatos operativos estipulados na norma formulada; pode-se, ainda, finalmente, discutir se alguma norma chega a ser formulável de modo que justifique a reivindicação de um remédio ou penalidade à luz das alegações do fato. Repetindo: os problemas de interpretação, classificação e de pertinência são endêmicos no pensamento jurídico.⁵³

Nesse sentido, apesar de defender “com firmeza a noção de que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica”⁵⁴, MacCormick conclui que “o raciocínio dedutivo das normas não pode ser um modo auto-suficiente e auto-sustentável de justificação jurídica”⁵⁵. Em casos tais, quando a justificação dedutiva não é suficiente, a justificação de segunda ordem faz-se imperativa, como veremos.

Nesses casos, ao se deparar com situações em que a argumentação jurídica dedutiva – justificação de primeira ordem – se mostra insuficiente para a resolução do problema jurídico, questiona-se: “como pode ela avançar quando nesse sentido tivermos ‘esgotado as normas’?”⁵⁶

Justamente para solucionar esses casos, diz MacCormick, o juiz deve lançar mão da justificação de segunda ordem com vistas a fundamentar racionalmente sua decisão. Nesses casos, não cabe ao juiz agir discricionariamente, mas, em verdade, argumentar juridicamente dentro de um contexto institucional específico. Segundo o autor,

⁵² *Ibidem*, p. 136.

⁵³ *Ibidem*, p. XV.

⁵⁴ *Ibidem*, p. IX.

⁵⁵ *Ibidem*, p. XIV.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 127.

A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante. Esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo.⁵⁷

Nesse sentido, a argumentação jurídica deve ser guiada pela verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra. Nas palavras do autor

A justificação de segunda ordem no direito envolve a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfizerem testes pertinentes — sendo que estes tratam do que faz sentido no mundo e do que faz sentido no contexto do sistema.⁵⁸

Os requisitos da justificação de segunda ordem seriam a universalizabilidade, orientada pela enunciação de alguma deliberação “universal” pertinente à questão particular tratada, a consistência, compreendida como a adequação da decisão a dispositivos legais do ordenamento jurídico, a coerência, relacionado à construção da narrativa razoável segundo os ditames da experiência prática e a sua compatibilidade com os princípios e valores de ordem superior do ordenamento jurídico, e as consequências, de natureza eminentemente jurídica, que devem ser as melhores do que as que outras decisões poderiam desencadear.

Sobre as consequências, MacCormick estabelece, de início, fundamental distinção entre a consequência jurídica, ou interna, e a consequência extrajurídica, ou externa. O critério utilizado pelo autor, para realizar essa distinção, diz respeito ao tipo de consequência proposta em cada argumento.⁵⁹

As consequências jurídicas, relevantes para a teoria de Neil MacCormick, são aquelas consequências produzidas pelas decisões em relação ao respectivo contexto normativo. Luis Fernando Schuartz assim define:

Decisões judiciais têm consequências *extrajurídicas* e *intrajurídicas*. Essas são as consequências que as decisões produzem em termos de restrições ou extensões do espaço *juridicamente aceitável para decisões futuras*. Consequências intrajurídicas ocorrem a reboque das *implicações materiais* que se ligam ao conteúdo semântico das

⁵⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 131.

⁵⁹ *Idem*. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.142.

decisões e dos argumentos firmados como seus fundamentos, i. e., na forma de conclusões de inferências materialmente válidas que incluem as decisões, junto com os argumentos em questão, como suas premissas.⁶⁰

A avaliação do juiz, nesse contexto, deve recair sobre as consequências normativas que a sua decisão imporá ao ordenamento jurídico. A sua reflexão, portanto, é orientada pelas consequências da possível internalização da norma criada em confronto com as normas rivais que se apresentem como possibilidades decisórias do caso analisado. Segundo MacCormick, somente as consequências jurídicas, internas, – pertinentes ao *status* jurídico do qual a matéria tratada na decisão passará a dispor – que deverão ser consideradas pelo juiz.⁶¹

As consequências extrajurídicas, por outro lado, são aquelas que não se relacionam com *status* jurídico da questão e, portanto, ultrapassam os limites normativos da análise consequencialista, como as consequências de natureza econômica ou de natureza social. Tais consequências não devem compor o processo de justificação da decisão judicial, na medida em que as consequências, para serem relevantes, devem ser analisadas em relação ao Direito, e nunca afastadas dele.

Analisadas as teorias que utilizaram da racionalidade consequencialista no desenvolvimento de suas ideias, ao pensar o comportamento humano e também o estatal a partir dos efeitos de determinada ação, o trabalho passa ao exame do ideal de justificação racional das decisões judiciais e das dificuldades apresentadas pelo dever de o magistrado considerar as consequências práticas de sua decisão.

2. O IDEAL DE JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DAS DECISÕES JUDICIAIS

A questão da racionalidade do discurso jurídico é um tema central na Filosofia do Direito. A busca pela melhor decisão judicial, racional, que satisfaça

⁶⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

⁶¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.149.

os interesses da comunidade, é objeto de inúmeros estudos e tema de inquietação na comunidade jurídica.

Como foge ao escopo do presente trabalho a análise histórica dos movimentos jurídicos que buscaram compreender a ciência do Direito, trataremos, de forma breve, no que importa ao estudo, apenas do movimento denominado Positivismo Jurídico e de suas peculiaridades referentes à justificação das decisões judiciais, visando estabelecer um paralelo com o período atual, chamado pós-positivista.

Até a primeira metade do século XX, no período do Positivismo Jurídico, a racionalidade da decisão judicial era perseguida pela institucionalização de regras jurídicas, compreendidas como normas de caráter eminentemente descritivo, que estabeleciam obrigações, permissões e proibições. A sociedade, com a formação do Estado moderno, assumiu uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentrou em si todos os poderes, especialmente aquele de criar o Direito, seja diretamente pela edição de leis, seja indiretamente pelo controle das normas de formação consuetudinária.⁶²

Nessa quadra histórica, prevalecia a compreensão formalista do Direito, de acordo com a qual cabia ao Poder Judiciário apenas a aplicação mecânica da lei, por mero processo autômato e silogístico.

Partindo da premissa de que as leis oriundas do Poder Legislativo representavam a vontade soberana do povo, não cabia ao Poder Judiciário – aplicador do Direito – suprir ou corrigir eventuais deficiências da lei, mas, apenas, sua aplicação mediante a utilização da estrutura silogística, de modo a se preservar a vontade do legislador – legítimo representante do povo. O ideal de racionalidade, portanto, refletia uma lógica de subsunção, como o escopo de se preservar a segurança jurídica.

As teorias positivistas, em especial as desenvolvidas por Hans Kelsen⁶³ e, posteriormente, por H. L. A. Hart⁶⁴, buscaram resolver também o problema da construção da decisão judicial, quando inexistente critério suficiente para se proceder a um julgamento, seja pela imprecisão da linguagem do Direito, seja,

⁶² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 27.

⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶⁴ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

ainda, pela existência de uma lacuna normativa para regulamentar determinada situação, seja, por fim, pela ocorrência de um conflito entre normas vigentes.

De acordo com essas teorias, o magistrado teria liberdade para julgar, diante da pluralidade de significados das regras, em razão da textura aberta das normas. Ou seja, as teorias de matiz positivista defendiam que nesses casos o atuar do magistrado deveria ser discricionário, projetando-o, ao final, para além da própria legalidade institucionalizada e vigente.

Entretanto, a sociedade tornou-se mais plural e complexa. A partir da segunda metade do século XX, essa atuação rígida e formalista passou a sofrer severas críticas, dirigidas à insuficiência do processo silogístico de aplicação de leis como único instrumento para resolução de conflitos. A subsunção dos fatos às premissas maiores abstratamente formuladas (leis) não mais se mostrava adequada para pôr fim a demandas judiciais cada vez mais complexas e contingentes.

A lei escrita não mais cumpria sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. O sistema de regras, defendido pelo Positivismo Jurídico, não mais se mostrava suficiente para ordenar a conduta humana. E a discricionariedade, enfim, não mais se alinhava aos princípios democráticos defendidos nessa quadra histórica.

Buscar a racionalidade das decisões judiciais, portanto, significava evitar a arbitrariedade.

A própria legitimidade do Direito passou a se fundar na compreensão discursiva da democracia. O direito positivo – ou direito posto –, além de se impor pelo aspecto da legalidade, deveria, para ser legítimo, se fundamentar em procedimentos democráticos de formação de opinião, com influxos comunicativos gerados numa esfera política de amplo debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneceria as razões que fundamentariam as opções feitas.

Nesse contexto pós-positivista, houve uma reaproximação do Direito com a moral, em especial pela incorporação de normas de textura aberta (princípios) ao ordenamento jurídico, de modo que o sistema de regras até então vigente não se mostrava mais apto a atender à pretensão de racionalidade e, principalmente, de justiça. Nessa perspectiva, a exigência de racionalidade passou a não mais ser sustentada por um sistema lógico-dedutivo, mas

argumentativo, baseado na exposição racional dos motivos que levaram à construção da decisão, de modo a permitir seu controle e evitar a arbitrariedade.

Inúmeros autores buscaram superar a proposta metodológica do positivismo e estabelecer regras e critérios visando à fundamentação racional do discurso jurídico. As teorias desenvolvidas sobre o tema pretenderam estabelecer um método de redução da subjetividade pela utilização de regras de interpretação.

Como exemplo, Robert Alexy, um dos mais importantes estudiosos do ideal de justificação racional das decisões judiciais, defende que a argumentação jurídica se desenvolve segundo formas especiais, de acordo com determinadas regras e sob determinadas condições, mas permanece dependente da argumentação prática geral. O discurso jurídico seria um caso especial do discurso prático, na medida em que a argumentação jurídica se dá sob uma série de condições limitadoras, em especial a sujeição à lei, aos precedentes, à dogmática elaborada pela Ciência do Direito e, em casos de demandas judiciais, às limitações das regras do ordenamento processual.⁶⁵

Em ambas as formas de discurso, porém, cuidar-se-ia da correção de enunciados normativos. Em outras palavras, a afirmação de um enunciado prático geral e a afirmação de um enunciado jurídico propõem uma pretensão de correção.

De acordo com Alexy, no âmbito do Estado Democrático de Direito, não há mais espaço para o decisionismo e para a discricionariedade judicial. O magistrado, no Estado Democrático de Direito, deve atuar sem arbitrariedades e, nesse aspecto, sua decisão deve ser fundamentada em uma argumentação racional.⁶⁶

A justificação racional do discurso jurídico, mediante a utilização de regras de argumentação, é, segundo o autor, imprescindível não apenas para o caráter científico do Direito, mas também para a legitimidade das decisões judiciais para a regulação dos conflitos sociais. Quando não houver uma estrutura racional de pensamento, com a especificação dos argumentos utilizados, o processo de fundamentação racional das decisões de interpretação sequer é iniciado.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 28.

⁶⁶ *Ibidem*, p.35.

As decisões judiciais, no Estado Democrático, representam um enunciado que melhor satisfaz racionalmente os interesses dos participantes do discurso, com respeito à autonomia do Outro. Nesse sentido, a legitimidade das decisões judiciais depende, em absoluto, de sua justificação racional, de modo a permitir a sua inteligibilidade e controlabilidade.

Os consensos racionais são aqueles passíveis de uma justificação discursiva, segundo regras de argumentação. Quanto mais racional o discurso, maiores e mais eficazes são as chances de seu controle. Quanto maiores e mais eficazes são as chances de controle, maiores são, conseqüentemente, as chances de realização da pretensão de correção.

Assim, a legitimidade democrática das decisões judiciais é obtida discursivamente, mediante a utilização de regras de argumentação, que se valem de critérios racionais, normativos, suficientes para garantir a confiabilidade de seus julgamentos de valor (implícitos ou explícitos) e para assegurar a sua pretensão de correção.

Essa breve explanação sobre o tema serviu para demonstrar que o ideal de justificação racional das decisões judiciais é um valor consolidado nos sistemas democráticos modernos e busca, por uma dimensão discursiva, evitar a discricionariedade do magistrado, impedindo a atuação disfuncional e impregnada de subjetividade.

2.1. A racionalidade do discurso jurídico e a problemática de se considerar as conseqüências práticas da decisão judicial

Diante da positivação do postulado consequencialista no ordenamento jurídico brasileiro, dúvidas exsurtem sobre como se manter a racionalidade do discurso jurídico, já que o magistrado deverá, por expressa imposição legal, levar em consideração as conseqüências práticas de sua decisão, quando fundamentada em valores jurídicos abstratos, em um verdadeiro exercício de prognose, possivelmente impregnado de subjetivismo e sem critérios objetivos para sua aplicação, na medida em que a cadeia causal se estende ao infinito.

Nessa perspectiva, a situação que se coloca é de que maneira seria possível compatibilizar o ideal de justificação racional das decisões com o dever de o magistrado considerar as conseqüências práticas de sua decisão.

A justificação da decisão judicial com base em suas consequências tem a sua legitimidade questionada por alguns motivos. As discussões giram em torno da dificuldade de o magistrado, no processo de tomada de decisão, considerar as consequências práticas, sem se afastar, contudo, da racionalidade do discurso do enunciado jurídico materializado pela decisão judicial.

As críticas à colonização da argumentação jurídica pelo discurso consequencialista se apresentam sob diversas formas e fundamentos. Sem pretensão de esgotar o tema, pode-se citar o fato de que, ao assim proceder, o magistrado, para além de sua função judicante, inova na ordem jurídica e, conseqüentemente, usurpa a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Legislativo, em violação à separação dos poderes. Nesse particular, com base na Teoria das Capacidades Institucionais (*Institutional Capacities*), o Poder Judiciário disporia de recursos e habilidades limitadas para obter, organizar e compreender os dados e, então, aferir as consequências práticas da aplicação da norma jurídica, cuja competência seria privativa do Poder Legislativo. Há, ainda, por outro lado, a possibilidade de que a aplicação do postulado consequencialista causaria uma enorme insegurança jurídica, extremamente prejudicial ao Estado Democrático de Direito, ao permitir a prolação de decisões discricionárias, com alta carga de subjetividade e carentes de coerência lógica, o que, ao final, compromete a própria autonomia e integridade do direito.

A seguir, tais questões serão detalhadamente analisadas.

2.1.2.1. O dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da separação dos Poderes

A primitiva ideia de separação de Poderes remonta às proposições de Aristóteles (384 a.C. – 322 a.C.), que delineou, em seu livro *A Política*, os princípios norteadores da chamada constituição mista.

A constituição mista, para Aristóteles, seria aquela em que diversas classes sociais participariam, ativamente, do poder político, ou, ainda, aquela em que o exercício do poder fosse comum a todos. Nesse ponto, embora não houvesse uma expressa divisão orgânica, a constituição mista estabelecia uma

separação dos Poderes pela distribuição desse poder em diversas classes sociais.⁶⁷

Mais adiante, John Locke (1632-1704) contribuiu para a formulação das bases estruturais da teoria da separação de poderes. Diferentemente das ideias oriundas da constituição mista aristotélica, Locke – a exemplo de Rousseau e Hobbes – fundamentou o poder político e a constituição do Estado em um pacto, imprimindo-lhe um caráter eminentemente contratual.

Em razão do contexto histórico em que estava inserido, John Locke, com sua teoria, questionava a essência do Estado absoluto e do Direito divino. Segundo Locke, naquele momento, a ideia de separação de Poderes se daria pela sua divisão entre os Poderes Legislativo, Executivo e Federativo. A teoria de Locke, deve-se dizer, não colocava os Poderes (Legislativo, Executivo e Federativo) em pé de igualdade, mas, em verdade, atribuía especial predominância ao Poder Legislativo, “ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados”⁶⁸.

De acordo com sua teoria, seria do Poder Legislativo a competência para a criação das leis com o escopo de “prescrever segundo que procedimentos a força da comunidade civil deve ser empregada para preservar a comunidade e seus membros”⁶⁹, as quais vinculariam, inclusive, o chefe do Executivo.

Nesse ponto, a função jurisdicional, além de não constituir um Poder genuíno, já que não havia a ideia de um Poder estatuído e autônomo para o exercício da atividade jurisdicional, era atribuída ao Poder Legislativo ou a quem ele delegasse.

Ao Poder Executivo, por sua vez, competiria a execução das leis internas, ao passo que ao Poder Federativo caberia a administração da segurança e do interesse público externo (poder de declarar guerra, constituir alianças etc.). Para Locke, embora os Poderes Executivo e Federativo constituíssem Poderes diversos, dificilmente deveriam “ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas”, pois “equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína”⁷⁰.

⁶⁷ ARISTÓTELES, *A Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 1294b.

⁶⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 173.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 170.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 172.

Já em relação à separação entre os Poderes Legislativo (criador das leis) e Executivo (executor das leis), Locke afirma não ser conveniente “que as mesmas pessoas que detêm o poder de legislar tenham também o em suas mãos o poder de executar as leis”, pois, segundo o autor, elas poderiam se “isentar da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei a sua vontade, tanto no momento de fazê-la quanto no ato de sua execução”⁷¹.

Foi o Barão de Montesquieu (1689-1755)⁷², porém, quem difundiu a ideia de separação de Poderes com as feições atualmente conhecidas, não apenas estabelecendo a divisão funcional das competências, mas, principalmente, interconectando as funções estatais, a fim de manter a autonomia, independência e o equilíbrio entre os Poderes. O autor buscou estabelecer um contrapeso entre forças opostas, distinguindo os principais campos de atuação estatal, que não deveriam atuar isoladamente, mas de maneira equilibrada e harmônica.

Para Montesquieu, o exercício do poder, em essência único, demandaria sua repartição funcional em competências distribuídas aos órgãos de Estado. Nesse sentido, Montesquieu subdividia o Estado em três Poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas, que dependem do direito das gentes, e o Poder Executivo daquelas que dependem o direito civil.

Ao primeiro, verdadeiro representante do povo, competiria a elaboração e modificação das leis; ao segundo, caberia o poder de declarar a guerra, fazer a paz, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões; ao terceiro, por fim, incumbiria o julgamento dos crimes e das querelas entre particulares.

O Poder Legislativo, para Montesquieu, deveria ser organizado de maneira dual, com uma câmara destinada aos nobres e a outra confiada aos escolhidos para representar o povo. Sobre o Poder Executivo, dizia o autor que este Poder deveria ficar na mão de apenas uma pessoa, “porque esta parte do governo, que precisa quase sempre de uma ação mais instantânea, é mais bem administrada por um do que por vários”⁷³. Já sobre o Poder Judiciário, Montesquieu demonstrava certa preocupação, quase num exercício

⁷¹ *Ibidem*, p. 170.

⁷² MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁷³ *Ibidem*, p. 172.

premonitório do que viria a acontecer mais tarde, e reduzia a sua função à mera aplicação autômata da lei, sem margem de liberdade para o juiz por ocasião de sua aplicação (juiz boca da lei), tornando-se o Poder Judiciário “invisível e nulo”⁷⁴

Montesquieu, nesse ponto, defendia a absoluta divisão funcional entre os Poderes. Segundo o autor, o Poder Legislativo não poderia estar reunido, na mesma pessoa ou no mesmo corpo institucional, ao Poder Executivo, pois, nesse caso, não existiria liberdade, já que “se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. De igual forma, não existiria liberdade caso houvesse a união do poder de julgar com o Poder Legislativo e/ou Executivo. Isso porque, se unido ao Poder Legislativo, “o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador”, ao passo que, unido ao Poder Executivo, “o juiz poderia ter a força de um opressor”.⁷⁵

A qualidade intrínseca da teoria de Montesquieu, que remanesce em qualquer concepção de separação de Poderes, é a de se evitar a concentração e o exercício despótico do poder, racionalizando a atividade estatal. Busca-se, assim, impedir a concentração do poder, distribuindo-o entre órgãos distintos para limitá-lo e garantir a liberdade do cidadão.

Obviamente, não podemos conceber o significado da separação de poderes de forma estanque e anacrônica, tampouco puramente formal. Antes disso, devemos compreendê-lo à luz do processo histórico de formação das democracias constitucionais modernas, como inarredável fator de limitação e legitimação do poder.

A superação do arquétipo elaborado de Montesquieu e da supremacia do Parlamento se deu pela própria dinâmica institucional das democracias e pela paulatina transferência, nessas democracias, do poder político para as instâncias judiciais, seja pela “expansão do sistema de mercado, em plano global”, seja, ainda, pela “retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade”, seja, por fim, pelo

⁷⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 168.

“avanço das constituições rígidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade”.⁷⁶

A problemática referente à justificação da decisão com base em suas consequências recai, nesse particular, na violação à separação dos Poderes constitucionalmente estabelecidos. De acordo com essa visão, o juiz, ao considerar as consequências práticas de sua decisão, substituiria o legislador, sob o pretexto de conformar o sentido do dispositivo legal aplicável ao caso em análise.

Quando o juiz, com base nas (possíveis) consequências práticas da aplicação de determinada lei, passa a examinar se a atividade legislativa conduz à concretização dos resultados políticos e sociais perseguidos, ele ultrapassa os limites da atuação jurisdicional e encerra verdadeira responsabilidade finalística do julgador. Nesses casos, o juiz estaria a atuar de maneira análoga ao Parlamento e invadindo o âmbito de suas competências, ao buscar corrigir, estender ou modificar o alcance da norma, de acordo com parâmetros não delineados pelo legislador.

As leis se manifestam como instrumentos de intervenção e conformação da realidade social. E, nesse sentido, a avaliação *ex ante* dos efeitos e dos eventuais impactos da norma jurídica na realidade concreta compete, exclusivamente, ao Poder Legislativo, no âmbito do processo legislativo.

A atuação do Poder Legislativo é orientada de maneira prospectiva, para o futuro, preocupada com as possíveis consequências de uma intervenção legislativa, sejam elas políticas, econômicas, sociais, entre outras. Ponderadas, durante o devido processo legislativo, as consequências das possíveis formas de regulação, o legislador, no desempenho de sua competência constitucional, escolhe a alternativa que lhe parece mais apta a transformar a realidade, de modo a concretizar um determinado estado de coisas que pretende alcançar.

Com o objetivo de racionalizar o processo legislativo, a *legisprudence* ou *legistics* – legística, em português – busca produzir recomendações cientificamente embasadas sobre como bem legislar. Nesse sentido, a legística atua em duas dimensões que convivem em ininterrupta interação, a formal e a material. A legística formal visa a melhora do círculo de comunicação legislativa,

⁷⁶ VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jul-dez, 2008, pp. 442/443.

fornecendo princípios para o incremento da compreensão e do acesso aos textos legislativos. A legística material – o que importa ao presente estudo –, por sua vez, ocupa-se dos resultados concretos da aplicação de determinada lei em um dado contexto social e seu objetivo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação.⁷⁷

A avaliação dos impactos legislativos integra a área de conhecimento conhecida como legística material. Segundo Fernando Meneguim, a avaliação dos impactos legislativos deve ser empreendida para analisar os impactos decorrentes da aplicação de uma determinada legislação. Nesse sentido, a avaliação legislativa deve examinar se a legislação será efetiva (se o comportamento adotado pelos destinatários da norma estará de acordo com o esperado), eficaz (se o texto legal estará formulado para que os objetivos perseguidos sejam alcançados) e eficiente (se os benefícios oriundos da aplicação da lei compensarão os custos impostos por ela).⁷⁸

A avaliação de impactos legislativos permite que a legislação esteja “corretamente calibrada, de forma a contribuir com uma eficiente coordenação dos incentivos postos à sociedade e com o atingimento de objetivos que promovam aumento de bem-estar social.”⁷⁹

Essas avaliações *ex ante* ou prospectivas são realizadas durante o processo legislativo, no desempenho da competência constitucional destinada, com exclusividade, ao Parlamento, e têm por objetivo antecipar, na medida do possível, os eventuais e possíveis efeitos concretos da aplicação de determinada lei na realidade social.

A atuação do Poder Judiciário, por outro lado, é orientada de maneira retrospectiva, voltada para o passado, com o escopo de solucionar litígios pela aplicação das normas jurídicas vigentes à época dos fatos em análise e, de consequência, conferir estabilidade social.

⁷⁷ SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, jan-jul, 2007, pp. 125/126.

⁷⁸ MENEGUIM, Fernando. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal**, Brasília, 2010, p. 6.

⁷⁹ MENEGUIM, Fernando; SILVA, Rafael Silveira e. Análise de impacto legislativo: balizas conceituais e desafios de implementação no Brasil, in SACHSIDA (Org.), Adolfo. *Políticas Públicas: Avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília: Ipea, 2018, p. 442.

Entretanto, ao considerar eventuais consequências extrajurídicas, o magistrado altera essa dinâmica de atuação, pois vincula sua decisão às consequências futuras do enunciado normativo, em detrimento dos elementos previamente fixados pelo legislador, no âmbito de sua competência constitucional. O magistrado, portanto, passa a pautar sua atuação nas consequências – desejáveis ou indesejáveis – decorrentes de sua decisão, atuado verdadeiramente como um programador do ordenamento jurídico, com vistas a concretizar um estado de coisas qualquer que repute conveniente. O futuro prescrito pelo legislador, e materializado pelas normas jurídicas, é substituído pelo futuro previsto pelo magistrado, à luz das possíveis consequências de sua decisão.

Com efeito, não é dado ao juiz, atuando para além de sua competência constitucionalmente estabelecida, corrigir falhas da legislação, criando o direito e inovando a ordem jurídica, na medida em que lhe falta a legitimação democrática para o desempenho dessa função. Assim, permitir-se-ia que a política defina o Direito, em clara subversão às estruturas democráticas do Estado.

A justificação da decisão judicial com base em consequências, afastadas do Direito, pode representar a outorga ao juiz de uma espécie de poder constituinte derivado e implícito, não previsto na Constituição Federal, materializado pela possibilidade de o Poder Judiciário atribuir significado único a valores controvertidos, sem a necessária e prévia regulamentação legislativa sobre a matéria, desaguando, invariavelmente, na invasão das competências reservadas ao Parlamento.

O intérprete não pode, a pretexto de buscar a realização de uma finalidade que repute importante, alterar a estrutura normativa delineada pelo legislador, pois ela se manifesta como uma opção do legislador em relação ao modo como ponderou e decidiu determinado conflito de bens, valores ou interesses, no desempenho de sua competência constitucional.⁸⁰

A argumentação consequencialista, dependendo de como for utilizada, pode colocar, primeiro, o magistrado na posição de substituir a consequência prevista pelo legislador pela consequência que ele próprio pretende estabelecer.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2022, p.61.

Além disso, pode abrir espaço para que o magistrado compreenda a sua decisão como um meio para alcançar determinados fins e não um instrumento vocacionado à aplicação de regras e princípios imediatamente aplicáveis.⁸¹

A atuação, nesses casos, deixaria de ser jurídica, orientada pela aplicação em concreto de padrões prévios estabelecidos em normas, costumes ou precedentes, para se tornar uma atuação política, guiada pela cognição prospectiva do que será melhor para a sociedade.⁸²

Nas democracias modernas, há, por óbvio, um diálogo entre o Direito e o universo da ética, pois esta constitui expressão primeira dos valores fundamentais expressos no ordenamento jurídico, que informam materialmente as demais normas. Porém, como bem adverte Lenio Streck, muito embora, contemporaneamente, tenha ocorrido a reaproximação do direito com a moral, “ela não pode ser invocada na sua forma pura no momento da decisão judicial para corrigi-lo, reabrindo o processo legislativo e o pacto constitucional.”⁸³

Como as circunstâncias históricas e teóricas que fundamentaram a primitiva ideia de separação dos Poderes não mais remanescem e os ideais que se pretende alcançar são distintos, deve haver uma ressignificação do princípio da separação dos Poderes. O conceito de separação de Poderes, outrora entendido de maneira estática, deve conformar a necessária adaptação aos contornos específicos a si outorgados pela ordem concreta de cada democracia constitucional.

Segundo Nuno Piçarra, a nova estrutura do princípio da separação de Poderes encerra o esgotamento da ideia de universalidade e atemporalidade da tripartição clássica das funções do Estado, em razão da diminuição das fronteiras entre os Poderes, e da relatividade dos critérios de caracterização material e de distinção entre essas fronteiras.⁸⁴ Bruce Ackerman, por outro lado, defende que a nova configuração da separação de Poderes deve ser orientada a partir da

⁸¹ Idem, *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 622.

⁸² MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, 2022, n. 41, p. 10.

⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no Direito: dos dilemas trolley ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 929.

⁸⁴ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1998, p. 264.

perspectiva de especialização das funções de cada instituição, de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência).⁸⁵

Nesse cenário, em que, pelo próprio arranjo institucional, mais de uma instituição pode dar alguma resposta a um dado conjunto de questões, o conceito de capacidades institucionais se coloca com um interessante referencial visando à equalização dos conflitos interinstitucionais contemporâneos. A discussão, aqui, não gravita em torno de como o texto normativo deve ser interpretado, mas, em verdade, como cada instituição é capaz de interpretar esse texto e qual delas reúne as melhores condições para tomar determinada decisão.

Pode-se dizer que a expressão “capacidades institucionais” ganhou relevo pelas lições de Cass Sustein e Adrian Vermeule, na obra *Interpretation and institutions*, publicada em 2003. Sustein e Vermeule defendem que as questões de interpretação jurídica devem ser analisadas de maneira conjunta com a legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão, a partir das capacidades institucionais de cada órgão.

A ideia das capacidades institucionais se coloca como um recurso para se compreender qual órgão público reúne as condições necessárias para a tomada de determinada decisão. Nessa perspectiva, a alocação do poder decisório deve considerar as condições e limitações de cada instituição.

Na doutrina brasileira, Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal aprofundaram o estudo do tema, em artigo denominado “O argumento das ‘capacidades institucionais’ entre a banalidade, a redundância e o absurdo”, publicado em 2011. Segundo os autores,

o argumento das capacidades institucionais pressupõe uma determinada concepção de separação de poderes e de desenho institucional, segundo a qual diferentes funções devem ser alocadas, tanto quanto possível, para o nível de governo ou da sociedade que possa exercê-los melhor. Sob tal perspectiva, a palavra-chave na distribuição de poderes é especialização.⁸⁶

A proposta, em resumo, compara as aptidões de cada instituição para determinar qual delas reúne as melhores condições para oferecer respostas para

⁸⁵ ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 114.

⁸⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan-jun 2011, p. 16.

certos problemas, seja quando as questões estiverem sob a esfera de competência de mais de uma instituição, seja quando a solução apresentada por uma dada instituição produzir efeitos sobre objetivos compartilhados por outras instituições.⁸⁷

A Constituição Federal distribuiu competências e poderes entre diversas instituições, criadas, em essência, para promoção de certos objetivos. Nessa linha, o constituinte aparelhou cada instituição com condições específicas para incrementar a eficiência na busca pelos resultados desejados. Portanto, em condições de incerteza, seria preferível, do ponto de vista constitucional, que a decisão recaísse sobre a instituição que normativamente apresenta as melhores condições para trazer respostas satisfatórias ao problema em questão, considerada sua natureza.

Arguelhes e Leal propuseram, no mencionado artigo, a subdivisão das capacidades institucionais em capacidades jurídicas e capacidades epistêmicas. As capacidades jurídicas dizem respeito ao “conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional de certa instituição”⁸⁸, ao passo que as capacidades epistêmicas dizem respeito às capacidades efetivas de obter, organizar, processar e compreender os dados, que podem variar quantitativa e qualitativamente, para utilização e fundamentação de suas decisões.

No caso específico do Poder Judiciário, o argumento das capacidades institucionais permite que analisemos os limites e as capacidades desse Poder no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições. Por óbvio, o Poder Judiciário deve dar alguma resposta para as questões submetidas à apreciação judicial, em especial por força do princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mas outras instituições poderiam fornecer suas próprias respostas, significativamente melhores do que aquelas emanadas pelo magistrado no exercício da jurisdição.

O Ministro Luiz Fux, ao ensejo de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, declarou que o Poder Judiciário vem sendo “instado a decidir questões para as quais não dispõe de capacidade institucional”, impondo aos

⁸⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 38.

magistrados a obrigação de “provimentos judiciais sobre temas que demandam debate em outras arenas”⁸⁹

Com efeito, ao se realizar uma comparação, pode ser constatado que, em alguns casos, determinadas instituições – Agências Reguladoras, Congresso Nacional e a Presidência da República, por exemplo – estariam em condições de oferecer, em geral, respostas melhores do que aquelas produzidas pelo Poder Judiciário, seja em virtude de sua expertise técnica, seja em virtude de seu caráter democrático e representativo, no trato de questões políticas.

Como exemplo, parece evidente que o Parlamento possui maior capacidade institucional para debater e tomar decisões sobre os desacordos morais razoáveis da sociedade dentro do arranjo institucional das democracias constitucionais contemporâneas. Os dilemas morais devem ser, por natureza, tratados na arena político-representativa, como forma de materialização do modelo democrático, fundado na soberania popular.

Sob a ótica das capacidades institucionais, os órgãos de representação política possuem, por certo, maior legitimidade democrática para cuidar da atribuição de significado a valores controvertidos estampados na sociedade plural e complexa, mediante prévia regulamentação legislativa sobre a matéria, pois, além de serem eleitos pelo voto direto do povo, sua relação com o eleitorado é orientada pelas ideias de responsividade e responsabilidade democráticas.⁹⁰

Nesse particular, entendemos que, ainda em casos difíceis, em que a intromissão judicial na esfera política se mostraria formalmente compreensível, é sempre preferível, por razões democráticas, que o juiz decida com deferência e em favor da maioria parlamentar plasmada na legislação, prestigiando, de consequência, a separação de Poderes, pois o exercício da jurisdição é absolutamente diferente do ato de legislar e governar.⁹¹

Além da possível violação ao princípio da separação de Poderes, a justificação da decisão judicial com base em suas consequências práticas

⁸⁹ https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_possepresidencial_LUIZ_FUX.pdf. Consulta em 3 mai. 2023.

⁹⁰ PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 32, 1996, pp. 6-7.

⁹¹ WALDRON, Jeremy. *Political political theory: Essays on Institutions*. Edição e-book. Harvard University Press, 2016, p. 51.

poderia causar enorme insegurança jurídica, ao permitir a prolação de decisões discricionárias, com alta carga de subjetividade e carentes de coerência lógica, aspecto que será doravante abordado.

2.1.2.2. O dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da segurança jurídica

Pelo menos desde meados do século XVII, no livro *Leviatã*, de Thomas Hobbes (1588-1679), pode-se encontrar referências ao tema da segurança, compreendida como indispensável à vida social organizada.

O pacto fundante da sociedade – o contrato social – materializaria a passagem do estado de natureza, marcado por um ambiente hostil e permeado por embates, para o estado civil, organizado em torno de um ente estatal. E, nesse ponto, a segurança seria um dos principais valores perseguidos, pois, no estado de natureza, em que os homens “vivem sem outra segurança senão a que lhes pode ser oferecida pela sua própria força e pela sua própria invenção”⁹², o indivíduo estaria à mercê de toda sorte de agressões e violações a seus direitos.

Nesse cenário, o convívio social em paz e harmonia somente seria alcançado por esse pacto político de poder, pelo qual se promoveria a segurança jurídica, preservando-se os direitos inerentes à condição humana, ainda que à custa, supostamente mínima, da liberdade individual de cada indivíduo.

Mais adiante, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que marcou o fim do Antigo Regime, formalizou a segurança no panteão dos “direitos naturais e imprescritíveis do homem”, ao lado da liberdade, prosperidade e da resistência à opressão.⁹³

No Brasil, o princípio da segurança é reconhecido em todos os textos constitucionais, no catálogo de direitos e liberdades básicas. Até a Constituição Federal de 1946, porém, a segurança era classificada como segurança individual. A partir da Constituição Federal de 1967, todos os textos passaram a

⁹² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 109.

⁹³ Art. 2º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

fazer referência apenas à segurança, sem classificá-la como individual, o que está de acordo com o seu caráter multidimensional.⁹⁴

A ideia atual de segurança jurídica não foi criada com todos os significados que possui atualmente, tampouco sua construção se deu de maneira linear e uniforme. A expressão segurança jurídica, ao revés, conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado.

No Estado Liberal, tributário das revoluções liberais do final do século XVIII e início do século XIX, a segurança jurídica significava basicamente, no âmbito privado, a prevalência de valores relacionados à liberdade de contratar e à preservação da propriedade privada, e, no âmbito público, a ideia de um dever de abstenção (caráter negativo) do Estado, em respeito à esfera privada do indivíduo. Nessa quadra histórica, a noção de segurança jurídica era delineada a partir de um critério cartesiano de isonomia formal perante a lei.

Com o avançar da história, o papel do Estado teve de ser repensado, estabelecendo-se, no final do século XIX, uma nova compreensão da relação Estado/sociedade. O Estado abandonou a matriz liberal, com seus direitos fundamentais que impunham um dever de abstenção (caráter negativo), e passou à matriz social, com seus direitos fundamentais orientados por um dever prestação (caráter positivo). A segurança jurídica, aqui, deixa de ser a previsibilidade contratualmente estabelecida pelos contratantes e o dever de abstenção estatal para se materializar na expectativa normativa de consagração e prevalência dos valores constitucionais.

No contexto contemporâneo, com a criação do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica assumiu um lugar de destaque na ordem jurídico-constitucional. Para a doutrina constitucional, o princípio da segurança jurídica foi alçado ao *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do próprio Estado de Direito.

J. J. Gomes Canotilho esclarece que, diante da necessidade do homem de ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e de forma responsável a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da confiança do

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 229.

cidadão.⁹⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, diz que a segurança jurídica é “da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”⁹⁶.

A ordem jurídica corresponde a um conjunto normativo estabelecido para que os indivíduos possam se orientar, de modo a saberem antecipadamente o que devem ou podem fazer, à luz das consequências imputáveis a seus atos, exercendo papel fundamental na organização da sociedade. A função das normas jurídicas é a de antecipar, ao menos no nível das expectativas, um futuro genuinamente incerto, conferindo garantias contra as expectativas contrafáticas.⁹⁷

Nesse cenário, a segurança jurídica se manifesta como um corolário dessa função ao refletir, na gramática jurídica, o propósito de garantir previsibilidade às relações públicas e privadas. A segurança jurídica possibilita aos indivíduos o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos à luz da liberdade reconhecida. Confere, pois, certeza, previsibilidade e estabilidade às relações jurídicas, além de ter por desiderato impedir o arbítrio e impor um dever de coerência à atividade do Estado.

Como dito, a expressão segurança jurídica conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. Nesse sentido, a ideia de segurança jurídica resulta do complexo processo de significação do direito como sistema social de comunicação.

De acordo com Humberto Ávila, a segurança jurídica deixa de ser uma mera exigência de predeterminação e passa a materializar um dever de controle racional e argumentativo do Direito. Citando Habermas, prossegue o autor, a segurança jurídica não seria uma “segurança de resultado” (Ergebnissicherheit), mas, sim, o esclarecimento discursivo de elementos normativos e fáticos a ser realizado por meio de um devido processo legal capaz de indicar os argumentos que conduziram à decisão.⁹⁸

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 375-376.

⁹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112

⁹⁷ LUHMAN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 147.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 273.

Ainda segundo Humberto Ávila, a segurança jurídica denota um estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade. A ideia de cognoscibilidade se manifesta pela capacidade, material e intelectual, de o cidadão compreender as alternativas interpretativas e os sentidos possíveis a serem atribuídos ao conceito normativo em deliberação. A confiabilidade, por sua vez, assegura estabilidade e continuidade normativas, de modo a permitir que o indivíduo possa livremente plasmar a sua própria vida com base nas normas vigentes. Já a ideia de calculabilidade pressupõe a capacidade de o indivíduo antecipar os conteúdos normativos das normas em deliberação, de prever o espectro das consequências jurídicas atribuíveis abstratamente a fatos ou a atos, próprios ou alheios, e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será definida.⁹⁹

Pode-se dizer que a segurança jurídica se ramifica, ainda, em duas dimensões: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva.

A dimensão objetiva da segurança jurídica diz respeito aos limites à retroatividade dos atos estatais, guardando estreita ligação com a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A dimensão subjetiva da segurança jurídica, por sua vez, cuida da proteção à confiança das pessoas na atividade estatal, nos mais diferentes âmbitos de sua atuação. No direito alemão, a expressão segurança jurídica designa a dimensão objetiva do princípio (*Rechtssicherheit*), ao passo que a expressão proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) se relaciona à sua dimensão subjetiva.¹⁰⁰

Com o escopo de delimitar o objeto de análise deste tópico, a dimensão da segurança jurídica ora mencionada vincula-se à proteção da confiança, em especial aquela relacionada à aplicação do Direito pelo Poder Judiciário. Em uma perspectiva dinâmica ou temporal com vistas ao futuro, como a aqui analisada, o princípio da segurança jurídica manifesta caráter de previsibilidade e calculabilidade do Direito. Em outras palavras, a preocupação aqui manifestada se relaciona à segurança jurídica em sua dimensão subjetiva, da proteção da confiança, que decorre da aplicação do Direito pelos órgãos competentes para a construção da norma jurídica individual.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 268/270.

¹⁰⁰ SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, jul.-set., 2004, Rio de Janeiro, p. 275.

Nesse particular, nos parece ser delicada a justificação da decisão judicial com base em suas consequências práticas, justamente por retirar do cidadão a confiança de que seus atos, praticados de acordo com as normas jurídicas válidas e vigentes, terão as consequências jurídicas previstas e calculadas com base nessas normas jurídicas.

Segundo Humberto Ávila, o magistrado não poderia alterar a consequência prevista pelo legislador, ainda que com o objetivo de buscar uma finalidade relevante. Isso porque o indivíduo exerce seus direitos fundamentais na expectativa de que, ocorrendo os fatos descritos nas regras jurídicas, as consequências implementadas serão aquelas abstratamente previstas pelo legislador. Se, porém, após a ocorrência dos fatos, as consequências abstratamente previstas forem alteradas, o indivíduo, primeiro, será surpreendido pela aplicação de consequências com as quais não podia contar, transformando-se em mero objeto ou instrumento, despido de sua capacidade de saber sobre o que decidir, de querer conscientemente e de arcar responsabilmente com as consequências de sua decisão. Além disso, o indivíduo ficará à mercê do exercício ilimitado do poder pelo Estado, pois a violação de uma regra não produzirá a consequência abstratamente prevista, eliminando a previsibilidade de que o Estado exercerá o poder dentro dos limites impostos pela Constituição Federal.¹⁰¹

Embora certa indeterminação seja intrínseca ao próprio Direito, dada as previsões genéricas e abstratas das normas jurídicas e a multiplicidade de relações que elas podem manter entre si, é essencial ao cidadão, como visto, que o ordenamento jurídico contenha um mínimo de previsibilidade, de modo a se permitir um cálculo de probabilidade do agir social. Incumbe ao magistrado manter a cadeia de significado das decisões, para se respeitar os princípios sobre os quais uma determinada comunidade assenta suas bases. Os Tribunais devem comportar-se de maneira previsível para que os cidadãos possam planificar sua vida sobre bases racionais.¹⁰²

A utilização de argumentos consequencialistas, dissociados do Direito, parece favorecer, a princípio, decisões discricionárias, com alta carga de

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 624.

¹⁰² AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26.

subjetividade e carentes de coerência lógica. Isso porque a subjetividade, cujo controle se mostra praticamente impossível, é da própria natureza do exercício de prognose, realizado pelo magistrado ao buscar justificar determinada norma jurídica individual com base em suas (possíveis) consequências.

Ponderar sobre as prováveis consequências práticas de determinada norma jurídica traz para o processo de construção da decisão a obrigação de se considerar um dado extrajurídico, o qual, a princípio, interessaria somente a outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a Política, a Economia e a Sociologia. A fronteira entre o jurídico e o não jurídico se faz turva e opaca, a depender da subjetividade do intérprete.

Em sentido contrário ao objetivo perseguido pelo postulado da segurança jurídica, as decisões baseadas em suas consequências práticas aumentam a indeterminação, instabilidade e a imprevisibilidade do Direito – em especial da norma jurídica individual. O exame do significado semântico das palavras e sintaxe das expressões do texto normativo perde relevância, na medida em que a análise se esgota na avaliação finalística dos possíveis efeitos da decisão judicial. A previsibilidade da decisão se acomoda dentro dos limites semânticos e sintáticos que representam o fundamento jurídico da decisão.

Como bem observa Georges Aboud, “observar as regras legais assegura previsibilidade e segurança proporcionando confiabilidade na relação entre os particulares e deles com o Estado”.¹⁰³

As decisões judiciais condicionadas ao exame de suas consequências extrajurídicas buscam sua legitimidade fora do ordenamento jurídico, sem fundamento em um critério formal e objetivo, o que dificulta a sua verificação intersubjetiva. Nesses casos, a avaliação subjetiva do magistrado, conforme suas orientações individuais, substitui o Direito e passa a ser a métrica da norma jurídica individual, em detrimento do ordenamento jurídico.

A resposta jurídica dada pelo magistrado não é mais jurídica, com fundamento de validade no Direito vigente, mas sim aquela que produza, hipoteticamente, a resposta com as melhores consequências práticas, sejam econômicas, políticas ou sociais.

¹⁰³ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 26.

Segundo Marco Antonio Karam, decisões baseadas no exame das consequências extrajurídicas invadem esfera estranha à lei e ao Direito, materializando a criação de regra individual conforme as orientações individuais de quem decide.¹⁰⁴

A consideração de elementos externos ao ordenamento jurídico, impassíveis de controle intersubjetivo, confere ao magistrado uma ampla margem de arbitrariedade e impede que os cidadãos identifiquem se a decisão busca seu fundamento de validade no ordenamento jurídico ou se decorre da subjetividade do intérprete, o que acaba por inviabilizar o controle democrático da decisão judicial pela comunidade.

Luis Fernando Schuartz aponta que as decisões judiciais justificadas a partir de suas possíveis consequências são, a rigor, decisões sob incerteza subjetiva, aproximando-se de exercícios de imaginação com força jurídica.¹⁰⁵

André Portugal e Érico Klein, por sua vez, defendem a incompatibilidade teórica entre o consequencialismo jurídico e o princípio da segurança jurídica, na medida em que, sob o ponto de vista pragmático, a correção de determinada decisão estaria vinculada ao fim último pretendido, independentemente dos precedentes existentes em determinado ordenamento jurídico.¹⁰⁶

De acordo com Georges Aboud, não haverá ganho democrático se o consequencialismo jurídico representar o recrudescimento ou a criação de poderes discricionários para os julgadores, pois, prossegue o autor, a imposição de critérios decisórios que fujam à observância dos fatos e do Direito aplicável à hipótese abre uma margem perigosa de liberdade ao juiz, que pode passar a decidir “com base em argumentos não só de difícil constatação objetiva, como também dar azo a uma atuação judiciária de difícil controle e de ainda menor previsibilidade”¹⁰⁷.

¹⁰⁴ KARAM, Marco Antonio. Segurança jurídica pela norma da insegurança jurídica? Consequencialismo inconsequente. Considerações acerca do art. 20 da Lei nº 13.655/2018. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, Brasília, v. 1, jan-dez, 2020, p. 216.

¹⁰⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 389.

¹⁰⁶ KLEIN, Érico; PORTUGAL, André. A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB, in CASTELLA, Gabriel Morettini e; VALIATI, Thiago Priess; HÚNGARO, Luís Alberto. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 419.

¹⁰⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 380/381.

A utilização de fundamentos extrajurídicos favorece a uma guinada para a subjetividade do magistrado, com a inversão do processo hermenêutico, abandonando as proposições normativas e adequando a ordem jurídica ao seu sentido subjetivo. As decisões judiciais fundamentadas em argumentos consequencialistas aproximar-se-iam mais de especulações do que de juízos com parâmetros e critérios definidos, o que dificultaria o controle normativo prospectivo, gerando incerteza e imprevisibilidade para o Direito. Sob as vestes de uma decisão fundada em argumentos consequencialistas, pode-se esconder uma mera opinião ou preferência individual.

Não obstante, outro ponto de discussão relevante sobre as decisões judiciais baseadas em suas consequências práticas guarda assento na – por vezes inexistente – exposição das alternativas possíveis de decisão, nem sempre aferíveis em sua extensão ou verificáveis em sua existência, com os respectivos exercícios de prognose em relação a cada uma dessas alternativas, dificultando sua verificação e controle democrático. Ou seja, o magistrado deveria, nesses casos, guiar a argumentação jurídica no sentido de verificar as possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra.

A legitimidade das decisões judiciais, conforme já explanado, é obtida discursivamente, mediante a utilização de critérios racionais, normativos, suficientes para garantir a confiabilidade de seus julgamentos de valor (implícitos ou explícitos), para assegurar a sua pretensão de correção e para possibilitar seu controle. Quanto mais racional o discurso, maiores e mais eficazes são as chances de seu controle. Quanto maiores e mais eficazes são as chances de controle, maiores são, conseqüentemente, as chances de realização da pretensão de correção.

Em artigo em que analisa o uso de argumentos consequencialistas no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Direito Tributário, Fernando Leal critica a ausência de evidências empíricas na proposição de alternativas e na escolha de uma delas como a melhor decisão para o caso. De acordo com o autor, os “ministros elaboram prognoses ou criam cadeias de consequências sem que

haja qualquer prova ou presunção legal indicando que sua ocorrência decorre da alternativa decisória adotada”.¹⁰⁸

Além disso, o magistrado que utiliza argumento consequencialista em prognose pode não o comprovar aos seus pares ou à comunidade jurídica envolvida, mas estes, mesmo que discordem da posição, não poderão de igual forma provar, peremptoriamente, a sua negação.

Assim, o princípio da segurança jurídica e o ideal de previsibilidade do direito são deixados de lado para darem lugar ao apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico, incluindo aí o sentimento de justiça do magistrado.

Se, por um lado, a segurança jurídica, em todas as suas dimensões, deve ser preservada pelo atuar do Estado, por outro devemos encontrar um espaço democrático de acomodação para as decisões judiciais tomadas em processos cada vez mais complexos e contingenciais, cientes de que, ao retirar do Direito a sua previsibilidade, pode se acabar com a própria noção de Direito.

3. EM QUE MEDIDA AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DA DECISÃO JUDICIAL DEVEM SER CONSIDERADAS

Ao longo do presente estudo, buscou-se demonstrar a problemática que envolve a compatibilização entre o dever de o magistrado considerar os efeitos práticos da aplicação de determinada norma jurídica e o ideal de justificação racional das decisões judiciais.

Como se pôde notar, a justificação das decisões judiciais a partir de suas consequências práticas é objeto de questionamentos. O melhor caminho para se compreender essa questão não é a opção pelo formalismo exacerbado, reduzindo a atividade jurisdicional ao processo meramente silogístico, tampouco a predileção por um atuar expandido do magistrado, sem respeito às regras do discurso jurídico racional. Em algum ponto equidistante entre um e outro extremo, reside a melhor maneira de se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais.

¹⁰⁸ LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 836.

Algumas dúvidas exsurtem em relação à aplicação do postulado consequencialista no Direito brasileiro. O presente capítulo buscará responder a dois questionamentos: caberia ao magistrado postergar as consequências previstas pelo legislador, a pretexto de evitar a produção de consequências por ele reputadas indesejáveis? Ou ainda: seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas?

Ao final, delimitando o espectro de aplicação do postulado consequencialista no ordenamento jurídico brasileiro, buscaremos encontrar, de maneira discursiva, um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais.

3.1. Caberia ao magistrado postergar as consequências previstas pelo legislador, a pretexto de evitar a produção de consequências por ele reputadas indesejáveis?

O postulado consequencialista pode ser aplicado pelo magistrado sob diversas formas. Aqui, a discussão gira em torno, principalmente, da modulação dos efeitos da decisão judicial, nos casos em que sua aplicação imediata puder produzir consequências indesejáveis, em razão da formação e consolidação de situações jurídicas ao longo do tempo (em especial, nos casos de controle de constitucionalidade), e das mudanças de orientação jurisprudencial, quando se retira do cidadão a previsibilidade ínsita à ordem jurídica.

Em relação ao controle de constitucionalidade, a doutrina brasileira, influenciada por constitucionalistas clássicos americanos, sempre entendeu, mesmo sob a égide de Constituições anteriores, que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos *ex tunc*¹⁰⁹, ou seja, a lei inconstitucional não teria nenhuma eficácia, nenhum momento de validade.

Ao longo do tempo, entretanto, percebeu-se que a ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não poderia ser interpretada de forma absoluta, na medida

¹⁰⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 24, p. 450.

em que os efeitos produzidos pela norma, no mundo dos fatos, não poderiam ser desconsiderados e suprimidos pela decisão judicial.

Era preciso, portanto, preservar a segurança jurídica, já que a lei, agora declarada inconstitucional, vigorou plenamente por um dado período de tempo, dentro do qual relações jurídicas se estabeleceram e se consolidaram.

Os artigos 27, da Lei n.º 9.868/99, e 11, da Lei n.º 9.882/99¹¹⁰, positivaram a técnica da modulação de efeitos, segundo a qual, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal poderia deliberar sobre o momento a partir do qual a declaração de inconstitucionalidade começaria a produzir seus efeitos.

O artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil¹¹¹, por sua vez, cuida da técnica da modulação de efeitos na hipótese de alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores e, ainda, daquela de julgamento de casos repetitivos. Nesses casos, a modulação também é orientada por razões de segurança jurídica e de interesse social. Na mesma linha de raciocínio, o artigo 23, da LINDB¹¹², impõe ao julgador (e aos encarregados da aplicação do Direito nas esferas administrativa e controladora), quando conferida nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado, o dever de se estabelecer um regime de transição, nos casos em que indispensável para que seu cumprimento seja de modo proporcional, equânime e eficiente, sem prejuízo aos interesses gerais.

¹¹⁰ Artigo 27, da Lei n.º 9.882/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Artigo 11, da Lei n.º 9.882/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

¹¹¹ O artigo 927, § 3º, do Código de Processo Civil: Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

¹¹² artigo 23, da LINDB: 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.

Não é difícil notar, à primeira vista, o caráter consequencialista da modulação de efeitos, visando resguardar a segurança jurídica ou o interesse social. Como salienta Georges Aboud, ao preservar certos atos da nulificação decorrente da declaração de inconstitucionalidade ou, ainda, de determinada viragem de jurisprudência, a modulação dos efeitos está a mirar como a realidade se impõe na decisão.¹¹³

O julgador, ao considerar os efeitos negativos da modificação de situações jurídicas consolidadas no âmbito social, seja pela declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, seja pela mudança jurisprudencial, desenvolve uma argumentação mais preocupada com as consequências práticas de sua decisão. Assim, a aplicação da técnica da modulação de efeitos exige, invariavelmente, um raciocínio prospectivo, consequencialista.

Para tanto, pode-se atribuir efeito *ex nunc* à decisão, se estabelecer um lapso temporal dentro do qual a norma ou o entendimento produzirão regularmente seus efeitos ou até mesmo se criar regras de transição, com vistas a promover, na maior medida possível, o estado de coisas buscado pela segurança jurídica e pelo excepcional interesse social.

Entretanto, justamente por sua natureza, a técnica da modulação de efeitos da decisão deve ser aplicada de maneira excepcional, pois representa, em verdade, uma contraordem ao Direito. Segundo Humberto Ávila, diz-se contraordem, pois, “se o Direito postula sua obediência, sempre que são mantidos os efeitos produzidos por ato contrário àquele tolera-se e, por via reflexa, incentiva-se a sua obediência”, ou, colocada a questão de outra maneira, “instaura-se uma espécie de duplo comando, internamente contraditório ao próprio Direito: este deve ser obedecido, mas pode ser descumprido, e, se pode ser descumprido, não precisa ser obedecido”.¹¹⁴

Nesse sentido, mesmo declarada a invalidade de uma norma jurídica, os atos e os efeitos produzidos em um determinado lapso temporal são preservados, ainda que contrários à ordem jurídica. Ou, mesmo superado o entendimento jurisprudencial, os efeitos dessa nova interpretação não

¹¹³ ABOUD, Georges. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema, Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul-dez, 2021, p. 379.

¹¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 535.

alcançariam determinadas relações jurídicas estabelecidas sob a égide daquele entendimento primevo.

Pelo seu caráter excepcional e por representar um contraordem ao Direito, a técnica da modulação de efeitos da decisão impõe ao julgador um ônus argumentativo muito maior. A mera referência à segurança jurídica ou ao interesse social não é suficiente para, tensionando a ordem jurídica, justificar a modulação dos efeitos da decisão, com base em possíveis consequências positivas oriundas da aplicação dessa técnica. Isso porque, como já dito, a subjetividade é da própria natureza do exercício de prognose, o que, nesse ponto, pode favorecer decisões discricionárias e carentes de coerência lógica, sob as vestes da defesa da segurança jurídica e do interesse social.

Então, de modo a se perseguir discursivamente a legitimidade da decisão judicial, as presunções utilizadas pelo julgador para o emprego da técnica da modulação de efeitos devem ser acompanhadas, na maior medida possível, de critérios racionais, elementos objetivos e dados empíricos aptos a sustentar as prognoses realizadas.

Ademais, como dito, a mera referência à segurança jurídica não é suficiente para legitimar a modulação de efeitos. A fundamentação deve ser compatível com a excepcionalidade da medida que representa a inversão da consequência natural da decisão, seja aquela que declara a inconstitucionalidade de determinada norma, seja aquela que altera o entendimento jurisprudencial. Assim, todos os efeitos decorrentes dessa inversão devem ser considerados, pois afetam, diretamente, a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.

Sobre o tema, Humberto Ávila pontua que as decisões que empregam a técnica da modulação de efeitos, com base na segurança jurídica, devem, obrigatoriamente, defini-la e analisar todos os efeitos que lhe digam respeito. Ainda segundo o autor, a utilização da segurança jurídica como fundamento para emprego da técnica de modulação de efeitos da decisão sem a sua definição e “sem a delimitação dos tipos e da extensão de *todos* os efeitos é incompatível com o princípio do Estado de Direito e, por mais paradoxal que isso possa parecer, com o próprio princípio da segurança jurídica.”¹¹⁵

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 576.

Nos casos de controle de constitucionalidade, a técnica da modulação de efeitos deve ser empregada com o único objetivo de restaurar a constitucionalidade. Quando, declarada a nulidade da norma, o estado de constitucionalidade não for, de consequência, restaurado, o mecanismo da modulação dos efeitos da decisão pode ser legitimamente empregado, como única ferramenta apta para preservar os direitos fundamentais afetados e para se restaurar o estado de constitucionalidade violado.

Assim, somente nos casos em que a declaração de nulidade da norma impugnada, com efeitos *ex tunc*, causar elevado estado de insegurança jurídica, a atribuição de efeitos prospectivos à decisão estará justificada.

Em relação ao interesse social, algumas considerações devem ser feitas.

Entendemos que o interesse social, apto a legitimar o emprego da técnica da modulação de efeitos, seria somente aquele interesse vinculado diretamente à preservação da segurança jurídica, entendida como a essência do próprio Direito, em especial do Estado Democrático de Direito, que faz parte do sistema constitucional como um todo.

Permitir a modulação de efeitos, que, como visto, representa uma contraordem ao Direito, com base no interesse social, expressão de significado semântico vago e impreciso, acabaria justamente por atentar contra a segurança jurídica, essência do Direito. O estado de coisas em que o Direito exerce um papel constitutivo e a segurança jurídica desempenha sua função precípua de garantidora da liberdade somente se desvela quando há um mínimo de certeza dos cidadãos em relação à validade, vigência e eficácia das normas.

Nesse particular, entendemos que a técnica da modulação de efeitos, a princípio vista com ressalvas, pode passar pelo escrutínio de legalidade nos casos em que a sua aplicação, seja para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, seja para modular os efeitos de uma virada de orientação jurisprudencial, aspirar à realização do princípio da segurança jurídica, em respeito às situações jurídicas estabelecidas.

Nos casos, porém, em que a sua aplicação for guiada por considerações sociais, econômicas ou políticas, sem repercussão imediata na segurança jurídica, esvazia-se o Direito e, de consequência, a própria democracia.

Nesse sentido, o que se deve ter em mente ao ponderar sobre a adequada modulação dos efeitos de uma decisão é, na verdade, perscrutar se a vocação

do instituto, no sentido de garantir a segurança jurídica para os cidadãos, estará sendo genuinamente contemplada, ou se outros elementos, em especial de matiz social, econômico ou político, estão norteando essa análise.

A modulação de efeitos, portanto, deve se colocar como um mecanismo para preservar a segurança jurídica em toda a sua amplitude, em especial pela estabilidade institucional do ordenamento jurídico. A instabilidade institucional, entretanto, não pode ser vinculada meramente a questões financeiras, mas, em verdade, deve ser relacionada à proteção da credibilidade do próprio ordenamento jurídico.¹¹⁶

3.2 Seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas?

O Direito materializa um sistema, coerente e coeso, de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados pelo ordenamento jurídico. Essa complexa estrutura de normas socialmente reconhecidas e institucionalizadas organiza e regula o comportamento humano em determinada sociedade, mediante proposições normativas hipotéticas.

Como já defendido no presente estudo, o Direito apresenta um caráter argumentativo e sua legitimidade é obtida discursivamente, com fundamento em procedimentos democráticos de formação de opinião e influxos comunicativos gerados numa esfera política de amplo debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneceria as razões que fundamentariam as opções feitas. De acordo com Atienza, o constitucionalismo contemporâneo acabou por modificar nossa maneira de entender o Direito e levou, de certa maneira, a colocar em primeiro plano a dimensão argumentativa do Direito, ou seja, o Direito como argumentação.¹¹⁷

As leis, por sua vez, se manifestam como instrumentos de intervenção e conformação da realidade social, concebidas, tipicamente, com proposições

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 610.

¹¹⁷ ATIENZA, Manuel. *Fragments para uma Teoria da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2023, p. 73.

universais. Ponderadas, durante o devido processo legislativo, as consequências das possíveis formas de regulação (políticas, econômicas, sociais, entre outras), o legislador, no desempenho de sua competência constitucional, escolhe a alternativa que lhe parece mais apta a transformar a realidade, de modo a concretizar um determinado estado de coisas que pretende alcançar, criando a norma jurídica.

Diante desse cenário, indaga-se: Seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas?

Para responder a essa pergunta, precisamos, de início, estabelecer a distinção entre norma, regra e princípio.

A norma se subdivide em princípios e regras, ou seja, princípios e regras são subespécies de norma. A distinção entre princípios e regras, segundo Robert Alexy, é qualitativa, no plano da estrutura da norma, e não de grau. Os princípios são mandados de otimização, ou, em outras palavras, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, a depender das possibilidades reais e jurídicas, ao passo que as regras contêm determinações (definitivas) no âmbito fático e jurídico, de modo que só podem ser cumpridas ou não, caso inexistente uma cláusula de exceção.¹¹⁸

Diante disso, os princípios, enquanto mandados de otimização, contêm um mandamento definitivo apenas *prima facie*, pois suas razões podem ser afastadas por razões opostas. As regras, por outro lado, se materializam como razões definitivas e demandam, portanto, que seja realizado exatamente aquilo que elas prescrevem.

Humberto Ávila, ao tratar do tema, aponta que o legislador, ao prescrever o que é permitido, proibido ou obrigatório, estabelece uma regra, ao passo que, ao se referir a uma finalidade que deve ser perseguida, sem predeterminar o comportamento a ser adotado para promovê-la, estabelece um princípio.¹¹⁹

¹¹⁸ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, jan-mar, 2005, pp. 126 e 128.

¹¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Editora Malheiros, 2022, p.61.

A lógica inerente à aplicação de cada tipo de norma também obedece a uma dinâmica própria.

Os princípios, como mandados de otimização, são aplicados respeitando a lógica da ponderação (sopesamento) ou lei da colisão, em que um princípio terá maior grau de aplicação quanto maior for sua importância frente ao princípio contrário. Há casos, portanto, em que determinada norma, materializando um princípio, não será aplicada, quando, após o exercício de ponderação, ficar constatado que ela deverá ceder passo para outra norma, diante do caso concreto.

Cuida-se do estabelecimento de relações condicionadas de precedência, que resultam, ao final, na lei de colisão, em que se constroem determinações definitivas de dever ser – tal qual regras jurídicas – que permitirão ao intérprete ter a clareza na aplicação ponderada dos princípios contraditórios que se verificarem em dadas condições.¹²⁰

As regras, por sua vez, como determinações definitivas, são aplicadas pela lógica da subsunção. Pelo mecanismo tradicional da subsunção, enquadram-se os fatos à previsão abstrata da norma e, então, produz-se uma conclusão.¹²¹ Em razão da estrutura normativa das regras, como determinações definitivas, sendo a regra válida e caso os fatos se subsumam à hipótese normativa, a regra deve ser aplicada ao caso concreto, produzindo as consequências jurídicas previstas na norma, em um verdadeiro raciocínio silogístico.

O conflito entre as regras, quando inexistente uma cláusula de exceção, se opera no plano da validade jurídica. Se houver regras contraditórias, e não existir uma cláusula de exceção, uma delas será inválida e, com isso, deverá ser eliminada do ordenamento jurídico.

Em resumo, enquanto os princípios devem ser otimizados segundo a máxima da proporcionalidade, de modo a se determinar as possibilidades fáticas

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

¹²¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 351/352.

e jurídicas em que eles devem ser aplicados, as regras contêm mandados definitivos e a operação básica para sua aplicação é a subsunção.¹²²

A distinção realizada acima entre princípios e regras, suas formas de aplicação e os métodos de solução de conflitos existentes entre tais espécies normativas se mostrou necessário para identificarmos o ponto sensível da pergunta (Seria legítimo o magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas?).

Como se viu, não há dúvidas de que o juiz, diante de um caso concreto em que dois ou mais princípios sejam aplicáveis, deve, após um processo de sopesamento, deixar de aplicar um ou mais deles em detrimento de outro, à luz das peculiaridades do caso em análise. Enquanto mandados de otimização, a própria estrutura normativa dos princípios recomenda que eles cedam passo a outros princípios que disputem aplicação no caso concreto, em maior ou menor grau.

Ao fim desse procedimento de sopesamento, estabelece-se uma regra oriunda de uma ponderação racional entre princípios colidentes para aplicação ao caso concreto que deverá passar pelo teste da universalização, ou seja, deverá ser replicável em todos os casos idênticos.

O ponto sensível, porém, reside na situação hipotética de um magistrado deixar de aplicar uma norma jurídica – do tipo regra –, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas.

Na linha do que foi anteriormente explanado, a aplicação das regras, pela lógica da subsunção, obedece ao modelo dedutivo ou silogístico. Neil MacCormick, sob a perspectiva das decisões judiciais, classifica a justificação pelo modelo dedutivo, silogístico, como justificação de primeira ordem. Segundo o autor, “a noção de uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a

¹²² BUSTAMENTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul-dez 2010, p. 154.

argumentação jurídica”¹²³, de modo que “é possível demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de argumento puramente dedutivo”¹²⁴.

Assim, ocorrida a situação de fato, a consequência deverá ser aquela prevista na norma legal, de acordo com o silogismo da lógica tradicional. A justificação dedutiva, diz MacCormick, tem papel relevante na argumentação jurídica, na medida em que “a lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de direito’”¹²⁵. A aplicação de normas, por processos silogísticos, serve como a moldura da argumentação jurídica, dentro da qual ela se desenvolve, e estabelece limites formais à decisão judicial.

A norma, ou melhor, o conteúdo da norma, na estrutura dedutiva, seria a premissa maior, genérica e universal. A premissa menor, por sua vez, seria construída pelos fatos concretos particulares. A conclusão, por fim, seria a consequência jurídica prevista no enunciado normativo.

A argumentação dedutiva se presta a demonstrar que uma proposição, a conclusão, está implícita em outra proposição, a premissa. Nesses termos, uma argumentação dedutiva será válida se sua forma for tal que a premissa de fato implicar (ou acarretar) a conclusão.¹²⁶

Nesse sentido, o modelo dedutivo se ocupa dos argumentos do ponto de vista de sua correção formal.¹²⁷ A veracidade das premissas não é problematizada ou testada. Ou seja, pelo modelo dedutivo pode-se argumentar corretamente do ponto de vista lógico, ainda que o raciocínio se dê a partir de premissas falsas.¹²⁸

Em outras palavras, a validade de um argumento não garante a veracidade da sua conclusão. A lógica interna do modelo dedutivo não consegue determinar ou garantir a veracidade das premissas.

¹²³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 23/24.

¹²⁵ *Ibidem*, p. X.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹²⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 10.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 16.

O raciocínio jurídico, entretanto, tem uma peculiaridade: seu caráter fortemente institucionalizado.¹²⁹ Os argumentos que se articulam partem ou chegam muitas vezes a normas, isto é, empregam um tipo de enunciado em relação aos quais não parece que tenha sentido falar de verdade ou falsidade.¹³⁰

Kelsen, nesse sentido, entende que as normas são atos de vontade e, portanto, não têm valor-verdade, ou seja, não são o tipo de entidade a respeito da qual os juízos de verdade e falsidade possam ser atribuídos de maneira inteligível.¹³¹

MacCormick, por sua vez, se contrapõe a essa visão. O autor entende que a lógica da justificação recorre primariamente a asserções sobre o conteúdo da norma, e não como algo que produza a norma ela mesma, ou trabalhe diretamente a partir daí. Assim, afirmações desse tipo interpretativo-descritivo podem ser consideradas falsas ou verdadeiras, isto é, podem ter valor-verdade. São, prossegue o autor, asserções sobre fatos institucionais.¹³²

Quando, então, o legislador estabelece uma regra, a sua institucionalização representa o resultado de uma escolha da precedência de um determinado princípio constitucional na situação que materializa a hipótese de incidência dessa norma. Diante disso, o legislador, dentro de uma margem de discricionariedade conferida pela Constituição Federal, faz a opção que lhe parece mais apta a transformar a realidade, visando à concretização de determinado estado de coisas que pretende alcançar.

Com efeito, a existência de uma regra atribui consequências a casos de um tipo particular, na forma especificada em suas condições normativas. A regra universaliza a solução apresentada pelo Poder Legislativo para uma determinada hipótese fática e estabelece uma prioridade das deliberações democráticas do legislador.

Nesses termos, o legislador sustenta a pretensão de ter dado a palavra final sobre o modo como ponderou e decidiu determinado conflito de bens, valores e interesses, no desempenho de sua competência constitucional. A existência da regra implica, portanto, na pretensão de definitividade para o

¹²⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹³¹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 82.

¹³² *Ibidem*, p. 83.

resultado das ponderações de princípios realizadas pelo legislador¹³³ e, ainda, no caráter vinculante das normas estabelecidas pelo processo legislativo democrático.

Então, não poderia o magistrado, a pretexto de escolher a decisão que hipoteticamente produz as melhores consequências práticas, deixar de aplicar uma norma jurídica, democraticamente aprovada, que se subsuma perfeitamente à hipótese em julgamento.

Como bem observa Georges Aboud, “observar as regras legais assegura previsibilidade e segurança proporcionando confiabilidade na relação entre os particulares e deles com o Estado”.¹³⁴ Ainda segundo o autor, cabe ao Poder Judiciário a aplicação das leis elaboradas pelas instâncias representativas de poder, sendo defeso ao julgador deixar de aplicá-la, apenas por não concordar com os efeitos da aplicação natural da respectiva norma.¹³⁵

Tal ideia perpassa, necessariamente, por não negligenciarmos que o sistema jurídico opera, em grande medida, pela lógica da dedução, inerente à natureza das normas jurídicas. Como defende MacCormick, “a lógica da aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do ‘Estado de Direito’”¹³⁶. Sobreleva-se, nesse ponto, a importância da aplicação das regras jurídicas e, conseqüentemente, da lógica dedutiva como elemento para conferir coesão, coerência e integridade ao discurso jurídico. Devemos compreender que a aplicação das leis é, sempre, um ato de reafirmação democrática da soberania do Direito.

Como visto, compete exclusivamente ao Parlamento, de acordo com o arranjo institucional das democracias constitucionais contemporâneas, deliberar e tomar decisões sobre os desacordos morais razoáveis da sociedade. Os dilemas morais devem ser, por natureza, tratados na arena político-

¹³³ BUSTAMENTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul-dez 2010, p. 160.

¹³⁴ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 26.

¹³⁵ Idem. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 381.

¹³⁶ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. X.

representativa, como forma de materialização do modelo democrático, fundado na soberania popular.

Nesse sentido, o magistrado não pode se valer de argumentos consequencialistas para transformar e/ou adaptar a legislação àquela que ele considera melhor ou mais adequada, de acordo com suas orientações, por mais correta que, num primeiro momento, possa parecer. Não cabe ao Poder Judiciário avaliar todas as consequências que poderão advir a partir da decisão judicial, inclusive em âmbito político e social, e com base nelas decidir. Substituir a análise jurídica por uma análise puramente consequencialista, guiada por um eficientismo em geral despido de provas e dados empíricos, em nada contribui para o discurso jurídico, mas, em verdade, o fragmenta.

Nos parece correta, nesse particular, a ideia de Neil MacCormick:

Os juízes devem fazer justiça de acordo com a lei, não legislar para o que parecer a seus olhos uma forma de sociedade idealmente justa. Embora isso não queira dizer e não possa querer dizer que eles somente devem proferir decisões diretamente autorizadas por dedução a partir de normas válidas e estabelecidas do direito, em certo sentido e até certo ponto, quer dizer, sim, e deve querer dizer que cada decisão, por mais aceitável ou conveniente por motivos consequencialistas, deve também ser autorizada pela lei como ela é.¹³⁷

Assim, o atuar expandido do magistrado, em alguns casos supostamente legitimado pelo contexto político-social, não pode, do ponto de vista jurídico, ser tolerado, sob pena de se esvaziar o Direito. Decidir vinculado às consequências práticas, mas desvinculado do ordenamento jurídico, representa uma nefasta faceta da usurpação de competências, com a expansão do espectro do poder e subversão das estruturas da democracia constitucional. Esvazia-se o Direito e, conseqüentemente, a própria democracia.

Apesar de, a princípio, a justificação das decisões judiciais com base no postulado consequencialista não passar por um escrutínio de legalidade, dada a disfunção democrática que ela acarreta, no próximo tópico serão feitas algumas considerações, com vistas a se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação da decisão judicial.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 136.

3.3 Consequencialismo jurídico e democracia constitucional

À luz do que até então foi explanado, nota-se a complexidade de se utilizar o consequencialismo jurídico de forma legítima, sem que tal postura acarrete um *déficit* democrático, o que acaba por corromper o próprio Estado Democrático de Direito. A utilização – equivocada – do consequencialismo, ao conferir poderes discricionários ao julgador, traz para o plano interior da decisão elementos extrajurídicos, de difícil controle e verificação.

Devemos, então, identificar os limites semânticos e as diretrizes normativas para sua correta aplicação, com o escopo de se compatibilizar, sob o ponto de vista constitucional, o postulado consequencialista com o Direito brasileiro.

Na esteira do ensinamento por Georges Aboud, não haverá ganho democrático se o consequencialismo jurídico representar o recrudescimento ou a criação de poderes discricionários para os julgadores, pois, prossegue o autor, a imposição de critérios decisórios que fujam à observância dos fatos e do Direito aplicável à hipótese abre uma margem perigosa de liberdade ao juiz, que pode passar a decidir “com base em argumentos não só de difícil constatação objetiva, como também dar azo a uma atuação judiciária de difícil controle e de ainda menor previsibilidade”¹³⁸.

Aqui, como premissa, devemos compreender que a vinculação do julgador ao Direito é elemento essencial do Estado Democrático de Direito. As questões levadas ao Poder Judiciário, portanto, devem receber tratamento pautado pelo Direito, de acordo com a estrutura normativa estabelecida, e não com base em questões políticas ou morais, colocando o magistrado em uma posição em que compreenda a sua decisão como um meio para alcançar determinados fins e não como um instrumento vocacionado à aplicação de regras e princípios jurídicos. A atuação, nesses casos, deixa de ser jurídica, orientada pela aplicação em concreto de padrões prévios estabelecidos em normas, costumes ou precedentes, para se tornar uma atuação política, guiada pela cognição prospectiva do que será melhor para a sociedade.¹³⁹

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 380/381.

¹³⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, 2022, n. 41, p. 10.

O que defendemos, nesse particular, é que as consequências práticas da decisão devam ser observadas e utilizadas não como um fundamento único, soberano, capaz de desprezar a literalidade do texto legal, mas, na verdade, como uma vinculação do julgador à realidade social e ao mundo dos fatos, concretamente considerados, para a tutela dos direitos fundamentais. Dessa forma, as consequências práticas, enquanto argumentos não-institucionais, não podem ser alçadas à condição de argumento institucional¹⁴⁰ para, de forma isolada, fundamentar a decisão judicial.

Mais uma vez de acordo com os ensinamentos de Georges Aboud, “o consequencialismo jurídico não deve (...) servir como instrumento de degeneração do código lícito/ilícito”, ou, dito de outra forma, o consequencialismo jurídico não pode isoladamente “transformar o ilícito em lícito, nem o inconstitucional em constitucional”.¹⁴¹

Na linha do nosso entendimento, a fundamentação imediata da decisão judicial, de onde o provimento retira sua legitimidade, deve ser sempre a ordem jurídica. A legitimidade da decisão se acomoda dentro dos limites que representam o fundamento jurídico da decisão. O consequencialismo jurídico, portanto, não pode, sozinho, orientar a resolução das questões jurídicas levadas ao Poder Judiciário, as quais precisam encontrar seu fundamento diretamente no ordenamento jurídico, e não afastado dele, sob pena de se esvaziar o Direito e, de consequência, a democracia constitucional. A aplicação das leis é, sempre, um ato de reafirmação democrática da soberania do Direito. A submissão ao Direito é um valor inegociável, sem o qual não seremos capazes de evoluir dentro da nossa democracia constitucional.

As consequências práticas da decisão, como dito, representam importante fator de vinculação do julgador com a realidade social e com o mundo dos fatos. Não podem, porém, servir de meio para o julgador corrigir falhas da

¹⁴⁰ Humberto Ávila define argumentos institucionais como “aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais – parlamentares, administrativos, judiciais -, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação.” Os argumentos não-institucionais, por sua vez, “não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos.” (ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, mar, 2001, pp. 161 e 169).

¹⁴¹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 379 e 380.

legislação, inovando na ordem jurídica e adaptando-a ao que considera mais adequado, tampouco para outorgar ao magistrado uma espécie de poder constituinte derivado e implícito, permitindo que o Poder Judiciário atribua significado único a valores controvertidos, sem a necessária regulamentação legislativa.

Dessa forma, o julgador, atento à inerente indeterminação dos textos normativos e, ainda, à pluralidade, complexidade e fluidez da realidade social, pode se valer adequadamente do consequencialismo jurídico como um instrumento para, encontrando o fundamento imediato de sua decisão no ordenamento jurídico, aperfeiçoar o provimento judicial, tornando-o mais sofisticado, responsivo e adequado às exigências contemporâneas, sempre com respeito à integridade e coerência do Direito.

Esses provimentos judiciais, vale dizer, devem atender ao requisito da universalidade. As decisões judiciais, nos modelos democráticos, contêm, implicitamente, um enunciado normativo no sentido de que, ocorridas determinadas circunstâncias, aquela decisão sempre deverá ser tomada. Em outras palavras, daquela questão particular debatida exsurdirá uma deliberação universal, materializada pela decisão judicial, que deverá ser replicável em outros casos em que haja identidade de circunstâncias, em respeito à igualdade, à isonomia e à justiça formal. Nesse cenário, os voluntarismos judiciais de ocasião se revelam incompatíveis e não passam por um singelo escrutínio de legalidade.

Embora o artigo 20, da LINDB, não trate especificamente das consequências internas ou intrajurídicas, compreendidas como aquelas consequências produzidas pelas decisões “em termos de restrições ou extensões do espaço *juridicamente aceitável para decisões futuras*”¹⁴², entendemos que elas devem, necessariamente, ser consideradas pelo magistrado ao ensejo da prolação da decisão judicial. Assim, o magistrado deve, sempre, considerar as consequências produzidas em relação ao respectivo contexto normativo, pela possível internalização da norma criada em confronto

¹⁴² SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

com as normas rivais que se apresentem como possibilidades decisórias do caso analisado.

Entretanto, não são todas as consequências práticas da decisão, utilizadas de maneira indiscriminada, que deverão ser consideradas no momento da decisão judicial.

Aqui, nesse particular, importante esclarecer que consequências práticas não podem ser compreendidas como meras probabilidades, em especial ao considerarmos que a cadeia causal se estende ao infinito. Como defende Aboud, as consequências não podem ser entendidas como “probabilidades remotas e eventuais”, devendo haver “alguma espécie de lastro probatório, seja documental ou pericial”.¹⁴³

Entendemos, justamente nesse aspecto, que o consequencialismo traz em si um relevante sentido de empirismo. Se o propósito do consequencialismo é a análise prospectiva, a partir da vinculação do julgador à realidade social e ao mundo dos fatos, essa postura deve vir cercada do maior grau de certeza possível.

As consequências práticas que deverão ser consideradas são apenas aquelas efetivamente apresentadas e discutidas pelas partes, dentro dos limites impostos pela dinâmica processual, além daquelas identificadas pelo julgador no exercício cognitivo que lhe é próprio. A dificuldade, nesse campo, reside no fato de que as partes, em especial de um processo contencioso, não buscam, de forma cooperativa, a verdade fática, mas, por outro lado, atuam de maneira estratégica, visando à vitória na demanda.

Assim, entendemos que as consequências deverão ser consideradas apenas quando puderem ter uma ancoragem empírica, com lastro em dados. Essa ancoragem empírica pode ser fornecida nos próprios autos do processo, mediante a realização de prova pericial, e por documentos e estudos fornecidos pelas partes. O rigor metodológico, inclusive com expressa identificação das fontes e do local em que disponíveis para acesso, ganha importante relevância nessa temática.

Nesse ponto, a utilização adequada do consequencialismo recomenda que as partes tenham acesso aos elementos empíricos e aos dados técnicos

¹⁴³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 382.

fornecidos, previamente à prolação da decisão judicial. Isso quer dizer que as partes têm o direito constitucionalmente garantido de poderem se manifestar, antes da tomada de decisão, sobre os estudos técnicos que serviram de fundamento para se aquilatar a extensão das consequências práticas consideradas no caso concreto.

Em consequência, o julgador não pode explicitar os estudos que lastrearam a sua convicção apenas no ato decisório, sem possibilitar o amplo debate sobre seus termos, previamente à decisão, pelas partes envolvidas, inclusive com apresentação de documentos e outros estudos em sentido contrário. Ou seja, as partes têm o direito de exercer plenamente o contraditório, previamente ao ato decisório, sobre os dados empíricos e estudos que foram considerados pelo magistrado sobre a extensão das consequências práticas da decisão a ser tomada, sem o que a postura do magistrado se avizinha da atuação autocrática.

4. CONCLUSÃO

Ainda que carente de uma maior sistematização para se compatibilizar o consequentialismo jurídico à Constituição Federal, sobreleva-se, no estágio incipiente das discussões, alguns pontos incontroversos que convergem para se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação da decisão judicial.

O estudo da gênese da racionalidade consequentialista, que remonta à Antiguidade, foi o ponto de partida para entendermos as raízes desse pensamento. Após, foram analisadas as principais teorias que catalisaram a racionalidade consequentialista, em especial o Utilitarismo, o Pragmatismo Jurídico e o Consequencialismo Jurídico, com destaque para Jeremy Bentham e John Stuart Mill, Richard Posner e Neil MacCormick, respectivamente.

Em paralelo, buscou-se trabalhar com a questão da racionalidade do discurso jurídico, um tema central na Filosofia do Direito. A busca pela melhor decisão judicial, racional, que satisfaça os interesses da comunidade, sempre foi objeto de inúmeros estudos e tema de inquietação na comunidade jurídica.

Até a primeira metade do século XX, no período do Positivismo Jurídico, a racionalidade da decisão judicial era perseguida pela institucionalização de

regras jurídicas, compreendidas como normas de caráter eminentemente descritivo, que estabeleciam obrigações, permissões e proibições. A sociedade, com a formação do Estado moderno, assumiu uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentrou em si todos os poderes, especialmente aquele de criar o Direito, seja diretamente pela edição de leis, seja indiretamente pelo controle das normas de formação consuetudinária.¹⁴⁴

Nessa quadra histórica, prevalecia a compreensão formalista do Direito, de acordo com a qual cabia ao Poder Judiciário apenas a aplicação mecânica da lei, por mero processo autômato e silogístico. O ideal de racionalidade, portanto, refletia uma lógica de subsunção, como o escopo de se preservar a segurança jurídica.

A sociedade, entretanto, tornou-se mais plural e complexa. A partir da segunda metade do século XX, essa atuação rígida e formalista passou a sofrer severas críticas, dirigidas à insuficiência do processo silogístico de aplicação de leis como único instrumento para resolução de conflitos. A subsunção dos fatos às premissas maiores abstratamente formuladas (leis) não mais se mostrava adequada para pôr fim a demandas judiciais cada vez mais complexas e contingentes.

A lei escrita não mais cumpria sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. O sistema de regras, defendido pelo Positivismo Jurídico, não mais se mostrava suficiente para ordenar a conduta humana. E a discricionariedade, enfim, não mais se alinhava aos princípios democráticos defendidos nessa quadra histórica.

Buscar a racionalidade das decisões judiciais, portanto, significava evitar a arbitrariedade.

A própria legitimidade do Direito passou a se fundar na compreensão discursiva da democracia. O direito positivo – ou direito posto –, além de se impor pelo aspecto da legalidade, deveria, para ser legítimo, se fundamentar em procedimentos democráticos de formação de opinião, com influxos comunicativos gerados numa esfera política de amplo debate público, livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneceria as razões que fundamentariam as opções feitas.

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.

Nesse contexto pós-positivista, houve uma reaproximação do Direito com a moral, em especial pela incorporação de normas de textura aberta (princípios) ao ordenamento jurídico, de modo que o sistema de regras até então vigente não se mostrava mais apto a atender à pretensão de racionalidade e, principalmente, de justiça. Nessa perspectiva, a exigência de racionalidade passou a não mais ser sustentada por um sistema lógico-dedutivo, mas argumentativo, baseado na exposição racional dos motivos que levaram à construção da decisão, de modo a permitir seu controle e evitar a arbitrariedade.

Assim, na atual quadra histórica, a legitimidade democrática das decisões judiciais é obtida discursivamente, mediante a utilização de regras de argumentação, que se valem de critérios racionais, normativos, suficientes para garantir a confiabilidade de seus julgamentos de valor (implícitos ou explícitos) e para assegurar a sua pretensão de correção.

Diante do ideal de justificação racional das decisões judiciais, expôs-se a problemática inerente ao dever de o magistrado, por expressa disposição legal (artigo 20, da LINDB), considerar as consequências práticas de sua decisão. Buscou-se analisar as principais críticas à colonização da argumentação jurídica pelo discurso consequencialista, amalgamadas em dois grandes tópicos: (i) o dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da separação dos Poderes e (ii) o dever de considerar as consequências práticas da decisão e o princípio da segurança jurídica.

Em relação ao primeiro tópico, obviamente, não podemos conceber o significado da separação de Poderes de forma estanque e anacrônica, tampouco puramente formal. Antes disso, devemos compreendê-lo à luz do processo histórico de formação das democracias constitucionais modernas, como inarredável fator de limitação e legitimação do poder. A qualidade intrínseca da teoria de Montesquieu, que remanesce em qualquer concepção de separação de Poderes, é a de se evitar a concentração e o exercício despótico do poder, racionalizando a atividade estatal. Busca-se, assim, impedir a concentração do poder, distribuindo-o entre órgãos distintos para limitá-lo e garantir a liberdade do cidadão

A problemática referente à justificação da decisão com base em suas consequências recai, nesse particular, na violação à separação dos Poderes constitucionalmente estabelecidos. De acordo com essa visão, o juiz, ao

considerar as consequências práticas de sua decisão, substituiria o legislador, sob o pretexto de conformar o sentido do dispositivo legal aplicável ao caso em análise.

Quando o juiz, com base nas (possíveis) consequências práticas da aplicação de determinada lei, passa a examinar se a atividade legislativa conduz à concretização dos resultados políticos e sociais perseguidos, ele ultrapassa os limites da atuação jurisdicional e encerra verdadeira responsabilidade finalística do julgador. Nesses casos, o juiz estaria a atuar de maneira análoga ao Parlamento e invadindo o âmbito de suas competências, ao buscar corrigir, estender ou modificar o alcance da norma, de acordo com parâmetros não delineados pelo legislador.

As leis se manifestam como instrumentos de intervenção e conformação da realidade social. E, nesse sentido, a avaliação *ex ante* dos efeitos e dos eventuais impactos da norma jurídica na realidade concreta compete, exclusivamente, ao Poder Legislativo, no âmbito do processo legislativo.

A atuação do Poder Legislativo é orientada de maneira prospectiva, para o futuro, preocupada com as possíveis consequências de uma intervenção legislativa, sejam elas políticas, econômicas, sociais, entre outras. Ponderadas, durante o devido processo legislativo, as consequências das possíveis formas de regulação, o legislador, no desempenho de sua competência constitucional, escolhe a alternativa que lhe parece mais apta a transformar a realidade, de modo a concretizar um determinado estado de coisas que pretende alcançar.

A avaliação dos impactos legislativos integra a área de conhecimento conhecida como legística material. Segundo Fernando Meneguim, a avaliação dos impactos legislativos deve ser empreendida para analisar os impactos decorrentes da aplicação de uma determinada legislação. Nesse sentido, a avaliação legislativa deve examinar se a legislação será efetiva (se o comportamento adotado pelos destinatários da norma estará de acordo com o esperado), eficaz (se o texto legal estará formulado para que os objetivos perseguidos sejam alcançados) e eficiente (se os benefícios oriundos da aplicação da lei compensarão os custos impostos por ela).¹⁴⁵

¹⁴⁵ MENEGUIN, Fernando. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal**, Brasília, 2010, p.6.

Essas avaliações *ex ante* ou prospectivas são realizadas durante o processo legislativo, no desempenho da competência constitucional destinada, com exclusividade, ao Parlamento, e têm por objetivo antecipar, na medida do possível, os eventuais e possíveis efeitos concretos da aplicação de determinada lei na realidade social.

Com efeito, não é dado ao juiz, atuando para além de sua competência constitucionalmente estabelecida, corrigir falhas da legislação, criando o direito e inovando a ordem jurídica, na medida em que lhe falta a legitimação democrática para o desempenho dessa função. Assim, permitir-se-ia que a política defina o Direito, em clara subversão às estruturas democráticas do Estado.

A argumentação consequencialista, dependendo de como for utilizada, pode colocar, primeiro, o magistrado na posição de substituir a consequência prevista pelo legislador pela consequência que ele próprio pretende estabelecer. Além disso, pode abrir espaço para que o magistrado compreenda a sua decisão como um meio para alcançar determinados fins e não um instrumento vocacionado à aplicação de regras e princípios imediatamente aplicáveis.¹⁴⁶

Como as circunstâncias históricas e teóricas que fundamentaram a primitiva ideia de separação dos Poderes não mais remanescem e os ideais que se pretende alcançar são distintos, deve haver uma ressignificação do princípio da separação dos Poderes. O conceito de separação de Poderes, outrora entendido de maneira estática, deve conformar a necessária adaptação aos contornos específicos a si outorgados pela ordem concreta de cada democracia constitucional.

Nesse cenário, em que, pelo próprio arranjo institucional, mais de uma instituição pode dar alguma resposta a um dado conjunto de questões, tentamos trabalhar o conceito de capacidades institucionais.

Tal conceito se coloca com um interessante referencial visando à equalização dos conflitos interinstitucionais contemporâneos. A discussão, aqui, não gravita em torno de como o texto normativo deve ser interpretado, mas, em verdade, como cada instituição é capaz de interpretar esse texto e qual delas reúne as melhores condições para tomar determinada decisão.

¹⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 622.

A ideia das capacidades institucionais se coloca como um recurso para se compreender qual órgão público reúne as condições necessárias para a tomada de determinada decisão. Nessa perspectiva, a alocação do poder decisório deve considerar as condições e limitações de cada instituição.

A Constituição Federal distribuiu competências e poderes entre diversas instituições, criadas, em essência, para promoção de certos objetivos. Nessa linha, o constituinte aparelhou cada instituição com condições específicas para incrementar a eficiência na busca pelos resultados desejados. Portanto, em condições de incerteza, seria preferível, do ponto de vista constitucional, que a decisão recaísse sobre a instituição que normativamente apresenta as melhores condições para trazer respostas satisfatórias ao problema em questão, considerada sua natureza.

No caso específico do Poder Judiciário, o argumento das capacidades institucionais permite que analisemos os limites e as capacidades desse Poder no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições. Por óbvio, o Poder Judiciário deve dar alguma resposta para as questões submetidas à apreciação judicial, em especial por força do princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), mas outras instituições poderiam fornecer suas próprias respostas, significativamente melhores do que aquelas emanadas pelo magistrado no exercício da jurisdição.

Por outro lado, parece evidente que o Parlamento possui maior capacidade institucional para debater e tomar decisões sobre os desacordos morais razoáveis da sociedade dentro do arranjo institucional das democracias constitucionais contemporâneas. Os dilemas morais devem ser, por natureza, tratados na arena político-representativa, como forma de materialização do modelo democrático, fundado na soberania popular.

Nesse particular, entendemos que, ainda em casos difíceis, em que a intromissão judicial na esfera política se mostraria formalmente compreensível, é sempre preferível, por razões democráticas, que o juiz decida com deferência e em favor da maioria parlamentar plasmada na legislação, prestigiando, de

consequência, a separação de Poderes, pois o exercício da jurisdição é absolutamente diferente do ato de legislar e governar.¹⁴⁷

Em relação ao segundo tópico, defendemos que a expressão segurança jurídica conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. Nesse sentido, a ideia de segurança jurídica resulta do complexo processo de significação do direito como sistema social de comunicação.

Com o escopo de delimitar o objeto de discussão, a segurança jurídica foi analisada a partir de sua dimensão subjetiva, vinculada à proteção da confiança, em especial aquela relacionada à aplicação do Direito pelo Poder Judiciário. Em uma perspectiva dinâmica ou temporal com vistas ao futuro, o princípio da segurança jurídica manifesta caráter de previsibilidade e calculabilidade do Direito. Em outras palavras, a preocupação manifestada se relaciona à segurança jurídica em sua dimensão subjetiva, da proteção da confiança, que decorre da aplicação do Direito pelos órgãos competentes para a construção da norma jurídica individual.

Nesse contexto, nos pareceu ser delicada a justificação da decisão judicial com base em suas consequências práticas, justamente por retirar do cidadão a confiança de que seus atos, praticados de acordo com as normas jurídicas válidas e vigentes, terão as consequências jurídicas previstas e calculadas com base nessas normas jurídicas.

Em sentido contrário ao objetivo perseguido pelo postulado da segurança jurídica, as decisões baseadas em suas consequências práticas aumentam a indeterminação, instabilidade e a imprevisibilidade do Direito – em especial da norma jurídica individual. O exame do significado semântico das palavras e sintaxe das expressões do texto normativo perde relevância, na medida em que a análise se esgota na avaliação finalística dos possíveis efeitos da decisão judicial. A previsibilidade da decisão se acomoda dentro dos limites semânticos e sintáticos que representam o fundamento jurídico da decisão.

A consideração de elementos externos ao ordenamento jurídico, impassíveis de controle intersubjetivo, confere ao magistrado uma ampla margem de arbitrariedade e impede que os cidadãos identifiquem se a decisão busca seu fundamento de validade no ordenamento jurídico ou se decorre da

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. *Political political theory: Essays on Institutions*. Edição e-book. Harvard University Press, 2016, p. 51.

subjetividade do intérprete, o que acaba por inviabilizar o controle democrático da decisão judicial pela comunidade

Tentamos, ainda, trazer um outro ponto relevante dessa discussão: a exposição das alternativas possíveis de decisão, nem sempre aferíveis em sua extensão ou verificáveis em sua existência, com os respectivos exercícios de prognose em relação a cada uma dessas alternativas, dificultando sua verificação e controle democrático. Nesse cenário, o magistrado deveria guiar a argumentação jurídica no sentido de verificar as possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra.

Em artigo em que analisa o uso de argumentos consequentialistas no Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Direito Tributário, Fernando Leal critica a ausência de evidências empíricas na proposição de alternativas e na escolha de uma delas como a melhor decisão para o caso. De acordo com o autor, os “ministros elaboram prognoses ou criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando que sua ocorrência decorre da alternativa decisória adotada”.¹⁴⁸

Entendemos, ao final, que, se, por um lado, a segurança jurídica, em todas as suas dimensões, deve ser preservada pelo atuar do Estado, por outro devemos encontrar um espaço democrático de acomodação para as decisões judiciais tomadas em processos cada vez mais complexos e contingenciais, cientes de que, ao retirar do Direito a sua previsibilidade, pode se acabar com a própria noção de Direito.

Assim, como se pôde notar, a justificação das decisões judiciais a partir de suas consequências práticas é objeto de significativos questionamentos. O melhor caminho para se compreender essa questão não é a opção pelo formalismo exacerbado, reduzindo a atividade jurisdicional ao processo meramente silogístico, tampouco a predileção por um atuar expandido do magistrado, sem respeito às regras do discurso jurídico racional. Em algum ponto equidistante entre um e outro extremo, entendemos que reside a melhor maneira de se encontrar um espaço de equilíbrio democrático na justificação das decisões judiciais.

¹⁴⁸ LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequentialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 836.

Como dito, o consequencialismo jurídico não se presta a legitimar uma atuação disfuncional do magistrado, sem submissão ao ordenamento jurídico, pautada na crença do julgador de que sua decisão é um meio para alcançar determinados fins e não um instrumento vocacionado à aplicação de regras e princípios jurídicos. Ao revés, o consequencialismo se coloca como importante mecanismo de vinculação do julgador à realidade social e ao mundo dos fatos, concretamente considerados, para a tutela dos direitos fundamentais, ou como diz Aboud, “o consequencialismo é uma calibração daquilo que ficou definido em termos jurídicos.”¹⁴⁹

Dessa forma, considerando o modelo das democracias constitucionais, as consequências práticas não devem ser utilizadas como fundamento único, soberano, da decisão judicial. É necessário, para se conferir o adequado tratamento da questão levada à deliberação do Poder Judiciário, que a decisão retire seu fundamento imediato do ordenamento jurídico, pois a submissão ao Direito é um valor inegociável da comunidade, sem o qual não seremos capazes de evoluir dentro da democracia constitucional. Nesse sentido, nos valendo da distinção realizada por Ávila, defendemos que as consequências práticas, enquanto argumentos não-institucionais, não podem ser alçadas à condição de argumento institucional¹⁵⁰ para, de forma isolada, fundamentar a decisão judicial.

Ademais, tais decisões, vale dizer, devem atender ao requisito da universalidade. As decisões judiciais, nos modelos democráticos, contêm, implicitamente, um enunciado normativo no sentido de que, ocorridas determinadas circunstâncias, aquela decisão sempre deverá ser tomada. Em outras palavras, daquela questão particular debatida exsurdirá uma deliberação universal, materializada pela decisão judicial, que deverá ser replicável em outros casos em que haja identidade de circunstâncias, em respeito à igualdade, à isonomia e à justiça formal. Nesse cenário, os voluntarismos judiciais de ocasião se revelam incompatíveis e não passam por um singelo escrutínio de legalidade.

¹⁴⁹ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 380.

¹⁵⁰ ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, mar, 2001, pp. 161 e 169.

Por outro lado, não são todas as possíveis consequências práticas que devem ser consideradas pelo julgador ao ensejo da prolação da decisão. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que as consequências práticas não podem ser compreendidas como meras probabilidades, mas, em verdade, devem ser lastreadas em estudos técnicos e empíricos sobre o tema. Assim, entendemos que as consequências deverão ser consideradas apenas quando puderem ter uma ancoragem empírica, com lastro em dados, que pode ser alcançada, por exemplo, mediante a realização de prova pericial, e pela juntada de documentos e estudos. O rigor metodológico, inclusive com expressa identificação das fontes e do local em que disponíveis para acesso, ganha importante relevância nessa temática.

Além disso, as consequências práticas que deverão ser consideradas são apenas aquelas efetivamente apresentadas e discutidas pelas partes, dentro dos limites impostos pela dinâmica processual, bem como aquelas identificadas pelo julgador no exercício cognitivo que lhe é próprio.

Nesse ponto, defendemos que a utilização adequada do consequentialismo recomenda que as partes tenham acesso aos elementos empíricos e aos dados técnicos fornecidos, previamente à prolação da decisão judicial. Em outras palavras, defendemos que as partes têm o direito constitucionalmente garantido de poderem se manifestar, antes da tomada de decisão, sobre os estudos técnicos que servirão de fundamento para se aquilatar a extensão das consequências práticas consideradas no caso concreto.

Como corolário, entendemos que o julgador não pode explicitar os estudos que lastream a sua convicção apenas no ato decisório, sem possibilitar o amplo debate sobre seus termos, previamente à decisão, pelas partes envolvidas, inclusive com apresentação de documentos e outros estudos em sentido contrário. Sem o livre acesso e amplos debates desses elementos, a postura do magistrado se avizinha da atuação autocrática.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABDOUCH, Rafael Parisi. **A justiça abandonada? Posner e as limitações do raciocínio econômico e pragmático no campo do direito**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019.
- ABOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, nov. 2019, p. 123-135.
- _____. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- _____. Modulação de efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema, Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul-dez, 2021, p. 363-393.
- _____. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 42, n. 165, jan-mar, 2005, p. 123-134.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, jan-jun 2011, p. 6-50.
- _____. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações, *in* SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, p. 171-211.

ARISTÓTELES, *A Política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Fragments para uma Teoria da Constituição*. Curitiba: Juruá Editora, 2023.

ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, mar, 2001, p. 157-180.

_____. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Editora Malheiros, 2022.

_____. *Teoria da segurança jurídica*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. 1. ed. São Paulo: Abril, 1974.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Bruno Botelho. *O hedonismo qualitativo de J. S. Mill*. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 3, set-dez 2020, p. 831-858.

BUSTAMENTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 37, jul-dez 2010, p. 152-180.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CORREIA, Atalá. Limitação das indenizações por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional: uma abordagem sob a perspectiva da análise econômica do Direito. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, mai-ago, 2021, p. 1-17.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, v. 6, n. 3, 2015, p. 4-27.

DE MORAIS, Fausto; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 53, 2018, p. 497-523.

GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 81, jul-set. 2020, p. 97-124.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KARAM, Marco Antonio. Segurança jurídica pela norma da insegurança jurídica? Consequencialismo inconsequente. Considerações acerca do art. 20 da Lei nº 13.655/2018. **Revista da Advocacia do Poder Legislativo**, Brasília, v. 1, jan-dez, 2020, p. 205-232.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Érico; PORTUGAL, André. A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB, *in* CASTELLA, Gabriel Morettini e; VALIATI, Thiago Priess; HÚNGARO, Luís Alberto. *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, 2017, p. 819-843.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUHMAN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: Notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da Uerj**, 2022, n. 41, p 1-12.

MENEGUIN, Fernando. Avaliação de impacto legislativo no Brasil. **Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal**, Brasília, 2010, p. 3-19.

_____; SILVA, Rafael Silveira e. Análise de impacto legislativo: balizas conceituais e desafios de implementação no Brasil, in SACHSIDA (Org.), Adolfo. *Políticas Públicas: Avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos*. Brasília: Ipea, 2018.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Editora Escala, 2007.

_____. *Sobre a liberdade*. Petrópolis: Editora Vozes, 1991.

_____. *Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, jan-abr 2013, p. 95-144.

PEIXOTO, Fabiano Hartman; ROESLER, Claudia Rosane; BONAT, Debora. Decidir e argumentar: racionalidade discursiva e a função central do

argumento. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, set-dez 2016, p. 213-231.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais. **Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS – Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 35, jul.-dez., 2016, p. 345-373.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra editora, 1998.

POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Legal pragmatism. **Metaphilosophy**. Oxford: Metaphilosophy LLC and Blackwell Publishing Ltd., v.35, jan., 2004, p. 147-159.

_____. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRZEWORSKI, Adam. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 32, 1996, p. 1-18.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Estudos em direito & economia [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento*. 1. ed. Curitiba: Editora Virtual Gratuita – EVG, 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR. (Org.), Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-418.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, jul.-set., 2004, Rio de Janeiro, p. 271-315.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 50, jan-jul, 2007, pp. 124/142.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no Direito: dos dilemas trolley ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, set./dez. 2020, p. 924-934.

TORRES, Ricardo Lobo. O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. **Direito Tributário atual**, São Paulo, n. 24, p. 439-463.

VIDAL, Bernardo Raposo. **Os argumentos consequencialistas no Direito brasileiro: usos e (ab)usos**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2021.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, jul-dez, 2008, pp. 441-464.

WALDRON, Jeremy. *Political political theory: Essays on Institutions*. Edição e-book. Harvard University Press, 2016.

WEBER, Max. *Os três tipos de dominação legítima*. São Paulo: Editora Ática, 1979.