

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

MATEUS MALAQUIAS LAMBOGLIA

ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

BRASÍLIA-DF

2019

MATEUS MALAQUIAS LAMBOGLIA

ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito, da
Universidade de Brasília.

Orientador: Professor Dr. João Costa Neto.

BRASÍLIA-DF

2019

Mateus Malaquias Lamboglia

Argumentos Consequencialistas no Direito Brasileiro

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB)
como requisito à obtenção de título de
Bacharel em Direito, aprovada com conceito

_____.

Brasília (DF), 6 de Julho de 2019.

Professor Dr. João Costa Neto

Professor Orientador

Professor Ms. Mateus Rocha Tomaz

Membro da Banca Examinadora

Professor Dr. Menelick de Carvalho Netto

Membro da Banca Examinadora

*Dedico este trabalho a todos os familiares,
amigos e professores que em muito
contribuíram para a travessia dessa jornada.*

AGRADECIMENTOS

Cursar uma faculdade sempre foi o meu objetivo, desde a adolescência. Muito novo, já sabia que iria querer fazer Direito. Trabalhei bastante para entrar nesta Universidade e quando aqui cheguei, não fazia a menor ideia do que viria pela frente. Ainda em tenra idade, com a personalidade e o caráter em formação, tive medo de não cumprir as expectativas que pessoas queridas depositavam em mim. Acho que todo mundo sente um pouquinho disso. As memórias do primeiro dia ainda são vívidas como se tivesse acontecido ontem. Um lugar imenso, que mais parece uma cidadela, é um mundo para quem não está habituado.

No início, era um misto de ansiedade com empolgação. Tantos prédios, tantos automóveis, tanta gente nova, tantas ideias, tantas janelas se abrindo e fechando, e você vai sendo forçado a fazer escolhas que determinarão boa parte de sua vida adulta. Você escolhe os seus valores políticos, suas amizades, suas áreas acadêmicas de maior interesse, sua carreira jurídica preferida, entre outras coisas. Enfim, o tempo foi se passando, fui me tornando mais amadurecido intelectual e moralmente, sentindo-me mais preparado para estar frente a frente com a vida depois dos estudos. Confesso que me é ainda um pouco estranho pensar que de agora em diante não terei mais que lidar com matrículas, professores, colegas de turma, aulas, provas, apostilas, seminários, *vade mecum* etc. São quase vinte e dois anos dedicados quase que inteiramente aos estudos; e agora que um grande ciclo está se encerrando, o sentimento de autorrealização vem acompanhado de uma dose de melancolia. Talvez todos sejamos cachorros perseguindo carros que não sabem o que fazer quando alcançam um, parafraseando a fala do Coringa em Batman: O Cavaleiro das Trevas, um dos meus filmes preferidos.

De toda sorte, deixo aqui os meus sinceros agradecimentos a toda a minha família - especialmente ao meu pai e à minha mãe, os quais me deram o suporte necessário todos esses anos -, aos meus grandes amigos, aos professores e funcionários do Colégio Marista Champagnat e do Colégio Ideal que pavimentaram o caminho para que eu chegasse até aqui, e a todos os professores, servidores e contribuintes que, com seu esforço, vêm mantendo a Universidade viva.

“Veni, Vidi, Vici”
(Caio Júlio César)

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de estudar as origens filosóficas do consequencialismo, fazendo um contraponto com outras prescrições éticas e suas críticas; entender de que modo as ideias consequencialistas se conectaram com o sistema jurídico através da teoria argumentativa de MacCormick e dos postulados da *law and economics*; analisar casos específicos (sem nenhuma pretensão de esgotamento) nos quais argumentos consequencialistas se fazem presentes no direito brasileiro; e, finalmente, concluir ponderando sobre a compatibilidade desse tipo de argumento com o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-Chave: consequencialismo, utilitarismo, MacCormick, *law and economics*, hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

The present work intends to study the philosophical origins of consequentialism, making a counterpoint with other ethical prescriptions and their criticisms; to understand how consequentialist ideas have connected with the legal system through MacCormick's argumentative theory and the postulates of law and economics; to analyze specific cases (with no pretension of exhaustion) in which consequentialist arguments are present in Brazilian law; and finally, to conclude by considering the compatibility of this type of argument with the national legal order.

Key-Words: consequentialism, utilitarianism, MacCormick, law and economics, legal hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - ORIGEM FILOSÓFICA DAS IDEIAS CONSEQUENCIALISTAS	
1.1 - KANT X BENTHAM.....	12
1.2 - DE BENTHAM A SINGER E POPPER.....	14
1.3 - RAWLS E AS CRÍTICAS AO UTILITARISMO.....	17
1.4 - COMPARATIVO ENTRE CONSEQUENCIALISMO, DEONTOLOGIA E ÉTICA DE VIRTUDES.....	21
CAPÍTULO 2 - CONSEQUENCIALISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA	
2.1 - FUNDAMENTOS DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL.....	24
2.2 - MACCORMICK: CONSISTÊNCIA, COERÊNCIA E CONSEQUÊNCIA.....	26
2.3 - <i>LAW AND ECONOMICS</i>	31
2.4 - CONSEQUENCIALISMO E ATIVISMO JUDICIAL.....	40
CAPÍTULO 3 - MANIFESTAÇÕES (CASUÍSTICAS) DO CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO BRASILEIRO	
3.1 - O ARTIGO 20 DA LINDB.....	47
3.2 - CONTROLE DE PROGNOSSES DO LEGISLATIVO.....	49
3.3 - CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO.....	51
3.4 - ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ NA REGULAMENTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA MÓVEL PRÉ-PAGA.....	53
3.5 - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE EM MATÉRIA DE DIREITO TRIBUTÁRIO.....	58
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

INTRODUÇÃO

O direito é um fenômeno hipercomplexo em que variados tipos de argumentos coexistem e disputam entre si a primazia e a aplicabilidade no dia a dia, seja no contencioso ou não. A partir do momento em que a sociedade entendeu que o melhor caminho de ordenação social era o governo de leis impessoais, genéricas e abstratas - que, na concepção de um direito avançado em Hart, ao mesmo tempo em que estabelecem regras de conduta (primárias), também estabelecem regras de reconhecimento, validade, modificação e aplicação de outras regras (secundárias)¹ -, os aplicadores da lei², seja na esfera judicial ou administrativa, cada qual dentro de sua esfera de competência, possuem em suas mãos uma responsabilidade compartilhada para com o destino da nação: se mal aplicada a lei, então toda a lógica do sistema é vilipendiada e as noções de Estado de Direito, democracia, segurança jurídica e isonomia são postas em xeque; se bem aplicada, contudo, o direito tem potencial para atingir o seu objetivo que é a pacificação social, ou, na definição de Santi Romano, a realização de uma convivência bem ordenada³. Mas o que define se uma lei é bem ou mal aplicada?

Responder essa questão talvez seja o ponto nevrálgico da filosofia do direito até os tempos atuais. É fato que cada um de nós possui a sua concepção particular de justiça e de um mundo ideal e livre de imperfeições. Essa bagagem própria, singular por natureza, esse *background* de experiências e sentimentos pessoais influi indiscutivelmente na forma como vamos interpretar e integrar a legislação⁴; é natural querermos puxar a sardinha para o nosso lado. Mas se estamos dispostos a aceitar as regras de um regime político democrático, o mínimo que devemos fazer é

¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª edição, 2001, p. 91.

² “A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Editora Forense, 20ª Edição, 2011, p. 5).

³ *apud* REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Saraiva, 25ª edição, 2000, p. 2.

⁴ A interpretação é um fenômeno que busca entender o alcance da norma, seu sentido exato, para assim aplicá-la ao caso concreto. A integração é o processo pelo qual o intérprete dará uma solução a um caso para o qual não existe norma jurídica, já que desde muito é vedado o *non liquet* (CUNHA, Douglas. *Aplicação, interpretação e integração da norma jurídica*. JusBrasil, 2019. Disponível em: <<https://douglascr.jusbrasil.com.br/artigos/623195828/aplicacao-interpretacao-e-integracao-da-norma-juridica>>. Acesso em 26 de jun. de 2019).

convencer o maior número de pessoas possível de que a nossa visão é a melhor de todas, ou, pelo menos, uma sólida possibilidade.

As democracias, desde suas origens até pouco tempo atrás, conferiam o status de cidadão, o direito de votar e ser votado, apenas a um grupo bem restrito de pessoas - era assim na primeira Constituição brasileira de 1824⁵. Com a expansão dos direitos políticos e sua vinculação paulatina à condição humana, diversos grupos e classes passaram ter representatividade em parlamentos onde antes havia certa homogeneidade de pensamento. Assim é preciso entender, desde logo, que o legislador - essa figura platônica - nada mais é do que um amálgama dos representantes do povo ao longo do tempo, que não é cem por cento coerente, muito menos é onisciente para conseguir prever todas as hipóteses e transformações trazidas pela realidade. Ou seja, na eterna corrida entre normas e fatos, aquelas estão sempre muito atrás destes. E é aí que entra o papel do intérprete: para fazer com que as normas alcancem os fatos e sobre eles destilem seus efeitos, há um esforço argumentativo que, muitas vezes, está a quilômetros de distância de ser autoevidente.

Dentro desse universo de argumentos há um tipo muito especial e controvertido que será objeto de pesquisa do presente trabalho: o consequencialista. Raciocinar com base nas consequências C de uma ação A e não com base no conteúdo da ação A em si mesmo começou a ganhar muito destaque no campo da filosofia e da ética a partir do século XIX, através do pensamento de autores como Jeremy Bentham e John Stuart Mill. O raciocínio é simples mas suas implicações voam até bem longe: se o objetivo de qualquer doutrina ética é a promoção da felicidade social, então sobre as ações que resultem mais prazer e bem-estar para o maior número de pessoas deve recair um juízo de valor positivo, e sobre as que resultem o contrário disso, uma censura ética. Com a proximidade sistêmica existente entre as áreas do direito e da ética, já que ambos tratam do “deve ser” e não do “ser”, não demorou para que esse tipo de raciocínio chegasse até o direito.

⁵ Ver os artigos 45, IV; 92, V; e 94, I.

Perceba-se que na atividade política, i.e., para os ocupantes de cargos legislativos e de cargos executivos que desempenham a chamada função de governo no Estado, o discurso consequencialista é bastante comum, ao mesmo tempo em que é válido e até mesmo um tanto lógico dentro da dinâmica eleitoral, já que dificilmente um político vai se eleger com um discurso que vá claramente de encontro a isso. Mas será que para o intérprete da lei, aquele que aplica o direito tanto na esfera judicial - os magistrados - quanto na esfera administrativa - os administradores públicos - é legítimo se socorrer desse tipo de argumento? Se sim, quais as balizas devem cercá-los para que não haja um ativismo desenfreado?

Veremos que existem dois tipos de consequencialismo aplicado ao direito: o intrajurídico, presente na teoria argumentativa de MacCormick, e o extrajurídico, que ficará patente quando analisarmos as bases conceituais da escola norte-americana da *law and economics*. Veremos também que, no direito brasileiro, seja no plano doutrinário, jurisprudencial, ou legal há vestígios de um consequencialismo, embora seja de nível moderado⁶ - ressaltando sempre que não há nenhuma pretensão de esgotamento quando da análise desses casos, pois isso seria tarefa quase que impossível dada a imensidão casuística. Concluiremos respondendo ao problema de pesquisa que trata da compatibilidade entre o ordenamento jurídico pátrio e a incorporação de argumentos consequencialistas no arsenal retórico dos juristas, sobretudo no dos tomadores de decisão judicial.

A metodologia desenvolvida será a de revisão bibliográfica combinada com o raciocínio dedutivo e, quando for pertinente, com a confrontação e oposição dos argumentos expostos.

⁶ Há três níveis de importância do consequencialismo dentro de um ordenamento jurídico: (i) no nível forte, uma decisão é adequada se, e somente se, não há outra decisão que importe em consequências práticas melhores; (ii) no nível residual, o argumento consequencialista é importante somente se o ordenamento jurídico, *prima facie*, não consegue resolver a questão; (iii) por último, no nível fraco, o argumento consequencialista jamais pode prevalecer sobre argumentos deontológicos (SCHUARTZ, Luis Fernando. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem". *Revista de Direito Administrativo*, 2008, p. 131).

CAPÍTULO 1 - ORIGEM FILOSÓFICA DAS IDEIAS CONSEQUENCIALISTAS

1.1 - Kant x Bentham

No seio das investigações acerca da razão prática e suas implicações, diversas teorias éticas emergiram com pretensões universais de bem delimitar e distinguir aquilo que deve ser considerado como uma ação boa e justa daquilo que deve ser considerado uma ação má e injusta. Na Europa do século XVIII, dois dos maiores pensadores ocidentais inauguraram duas tradições de pensamento filosófico que servem como alicerce para o estudo da ética até os dias atuais - Bentham, na Inglaterra, e Kant, na Alemanha.

Kant, inserido em uma filosofia europeia continental de matriz profundamente idealista e racionalista, desde Descartes⁷ até Leibniz, bebe dessa fonte para erigir sua doutrina ética, toda fundamentada sobre o imperativo categórico, que é acessado única e exclusivamente através do exercício da razão prática. Segundo o pensamento do filósofo alemão “[...] o imperativo categórico é, portanto, só um único, que é este: age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.⁸

O imperativo categórico deve servir como ponto de partida tanto para as leis éticas como para as leis jurídicas. Kant as diferencia de forma que as leis éticas têm como único móbil a própria noção de dever do agente, enquanto as leis jurídicas admitem móveis externos, como a coação e o incentivo. Em outras palavras, um

⁷ “O bom senso é a coisa do mundo melhor partilhada, pois cada qual pensa estar tão bem provido dele, que mesmo os que são mais difíceis de contentar em qualquer outra coisa não costumam desejar tê-lo mais do que o têm. E não é verossímil que todos se enganem a tal respeito; mas isso antes testemunha que o poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina o bom senso ou a razão, é naturalmente igual em todos os homens; e, destarte, que a diversidade de nossas opiniões não provém do fato de serem uns mais racionais do que outros, mas somente de conduzirmos nossos pensamentos por vias diversas e não considerarmos as mesmas coisas. Pois não é suficiente ter o espírito bom, o principal é aplicá-lo bem. As maiores almas são capazes dos maiores vícios, tanto quanto das maiores virtudes, e os que só andam muito lentamente podem avançar muito mais, se seguirem sempre o caminho reto, do que aqueles que correm e dele se distanciam” (DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução de Jacob Guinsburg e Bento Prado Jr, p. 3).

⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2001, p. 59.

sujeito somente estará agindo eticamente caso não haja nenhum impulso outro para a realização da ação que não a própria noção de estar obrigado eticamente àquilo.

Bentham, por sua vez, está dentro do pano de fundo da filosofia insular anglo-saxônica, com fortes marcas empiristas deixadas por autores como John Locke e David Hume⁹. Sua doutrina ética não poderia, pois, estar desvinculada de observações no plano material acerca do comportamento humano. Para o filósofo bretão, a ação humana é voltada para a busca da felicidade e fuga do sofrimento. Foi com base nisso que ele desenhou o princípio da utilidade, que, tal qual o imperativo categórico na filosofia deontológica de Kant, irá fundamentar a ética e o direito na filosofia utilitarista de Bentham. A sutil diferença é que, para Bentham, uma ação continua adstrita ao campo da ética mesmo quando não baseada inteiramente na noção de dever do indivíduo, desde que se fundamente na expectativa de aprovação ou desaprovação dos membros relevantes da comunidade que o sujeito da ação integra.

“O princípio da utilidade é explicado da seguinte forma; [...] O princípio que 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; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado de vida, sobretudo na condição de um funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes do governo [...]”¹⁰

As leis jurídicas para Bentham, especialmente as leis penais, - que se tornaram objeto especial de seus estudos - também estão inexoravelmente ligadas à ideia de coerção e não de dever, o que acaba sendo uma rara intersecção com o pensamento de Kant, como já foi visto. Não obstante, a punição, dentro da lógica utilitarista, é um mal em si, pois tende a afastar o sujeito que é punido da felicidade e aproximá-lo do sofrimento, e só deve ser aplicada quando visar a evitar um mal

⁹ Segundo Hume, as percepções podem ser agrupadas em dois tipos: (i) ideias, percepções mais fracas oriundas de representação mental; e (ii) impressões, percepções mais fortes fornecidas pelos sentidos. Dai ele deriva que as ideias são cópias das impressões e, portanto, os sentidos são a base de todo o conhecimento (HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano*. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 24).

¹⁰ BENTHAM, Jeremy. *Uma Introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 10.

maior, de modo que as punições inúteis, supérfluas e excessivamente onerosas devem ser evitadas.

Fica claro, ao cabo, a diferença que há entre os pensamento kantiano e utilitarista. Pois enquanto Kant entende que o imperativo categórico é uma forma racional de o ser humano transcender suas paixões e inclinações naturais visando a um agir livre, justo e correto, Bentham observa de maneira empírica a natureza essencialmente hedonista do ser humano e constrói uma doutrina ético-normativa que alça como justas e desejáveis precisamente aquelas ações que permitem ao homem buscar a realização de sua própria natureza - qual seja, a contínua busca pelo prazer e a fuga da dor.

Ademais, enquanto em Kant o juízo de valor sobre uma determinada ação - como uma mentira, por exemplo - é realizado aprioristicamente, ou seja, independe de uma análise detida e aprofundada das circunstâncias que cercam o caso concreto, para Bentham uma mesma ação pode ser considerada boa em determinados contextos e má em outros, a depender do impacto no nível de utilidade que será gerado na coletividade¹¹.

1.2 - De Bentham a Singer e Popper

Interessante notar que, no utilitarismo, há um valor implícito que pode até não saltar aos olhos à primeira vista, mas que é um vetor estruturante dessa filosofia: a igualdade na consideração dos interesses envolvidos. O utilitarismo só faz sentido caso o prazer e a dor de todos os sujeitos capazes de sentirem essas sensações, quer dizer, dos seres senscientes, sejam igualmente contemplados. Uma vez que, caso sejam feitas distinções de interesses com base em critérios aleatórios como raça, sexo, altura, peso, inteligência, idade, ou qualquer outro, então não se estará

¹¹ Bentham é um utilitarista de atos e por isso o juízo de valor, dentro de sua filosofia, recai sempre sobre cada ação *ad hoc*. Há, não obstante, uma vertente utilitarista de regras, que aproxima-se da filosofia kantiana na medida em que o juízo de valor da ação é realizado previamente segundo a conformidade ou não com uma regra que maximiza o bem-estar social. Assim, enquanto para um utilitarista de atos uma mentira pode ser uma boa ação caso se preste a esconder o paradeiro de uma vítima de seu perseguidor, para um utilitarista de regras é preferível seguir o padrão social de não mentir do que fazer concessões a níveis individuais, mesmo quando a mentira poderia trazer consequências mais benéficas sob a ótica do bem-estar (HARE, R. M. *Ethical Theory and Utilitarianism*. 1976. In: LEWIS, H. D. *Contemporary British Philosophy*, IV, pp. 113-131).

diante de uma filosofia utilitária propriamente dita, mas de um supremacismo de qualquer espécie, cujas razões últimas estarão calcadas em argumentos outros que não o próprio princípio da utilidade. Assim, não se pode afirmar que as teorias racistas que almejavam justificar a escravidão de “raças inferiores”, como os negros e os índios (principalmente a partir do Século XV com a descoberta do Novo Mundo), foram de raiz utilitária; são, antes, teorias imperialistas que buscaram afirmar a superioridade moral e cultural de certos grupos étnicos em detrimento de outros como forma de justificar certos comportamentos.

Levando às últimas consequências a questão da igualdade na consideração de interesses, Peter Singer, filósofo australiano contemporâneo e um dos grandes expoentes do utilitarismo hodierno, se tornou o grande símbolo intelectual na luta pela libertação dos animais das práticas que lhes provocam constrangimento¹², já que, ao seu modo de vista - o qual já encontra respaldo na obra do próprio Bentham - não há nenhum argumento racional que possa distinguir o sofrimento dos animais do sofrimento humano sem que se recorra a teses especistas, as quais não deixam de ser uma forma disfarçada de supremacismo, e, portanto, dentro da lógica utilitarista, caem na vala da arbitrariedade.

Vale a pena mencionar que a filosofia de Bentham, Stuart Mill e do próprio Singer são consideradas como parte da vertente subjetivista ou mentalista dentro do utilitarismo. Isso pois “*o bem dos indivíduos seria encontrável nos estados subjetivos de bem-estar ou nas vivências de prazer.*”¹³ Isso significa que ninguém, além do próprio indivíduo, pode conhecer e definir a forma de aumentar sua utilidade, já que é admissível encontrar formas de sofrer e de se alegrar de maneiras distintas.

Mas há outra vertente muito menos difundida do utilitarismo, que é a objetivista, segundo a qual seria possível estabelecer um rol de coisas tidas como imprescindíveis para que qualquer sujeito maximize a sua utilidade. Ou seja, é como se, através do exercício da razão prática, pudesse ser definido objetivamente aquilo que maximiza o prazer e diminui a dor, igual e homogeneamente para todas as

¹² Singer expõe seus argumentos no livro *Libertação Animal*, cuja a primeira edição é datada de 1975.

¹³ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. “Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo”. *Correntes fundamentais da ética contemporânea 2*, 2000, p. 99.

peessoas. Essa vertente tangencia de maneira indubitável uma visão ética deontológica e traz consigo o problema de saber quem seria a autoridade responsável por definir essa lista de coisas que norteariam uma vida boa; por isso, a corrente objetivista carece de maiores reverberações dentro da filosofia utilitária.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar o utilitarismo negativo, um outro viés encontrado na doutrina de Karl Popper. O filósofo e professor austro-britânico, muito reconhecido por suas contribuições à filosofia da ciência, entende que não pode haver uma simetria quando se considera o sofrimento e a felicidade:

“É mister compreender, além disto, que do ponto de vista moral não podemos tratar simetricamente a dor e a felicidade; isto é, que a promoção da felicidade é, em todo caso, muito menos urgente que a ajuda àqueles que padecem e a tentativa de prevenir sua dor.”¹⁴

Devemos considerar os argumentos de Popper, principalmente quando se observa o uso constante de argumentos utilitaristas como base para a formulação de políticas públicas¹⁵. Vale a pena questionar se, dentro da filosofia utilitarista, o desenvolvimento econômico do país seria tão importante quanto o combate à fome ou à mortalidade infantil, por exemplo. Podemos corroborar o ponto de vista trazido por Popper lançando mão de conceitos da economia e da psicologia.

Dentro das ciências econômicas, a lei da utilidade marginal decrescente, frequentemente trabalhada no círculo acadêmico¹⁶, nos ensina que cada acréscimo de um bem homogêneo a um grupo já existente do mesmo bem vale menos do que o acréscimo anteriormente realizado. Exemplificando, se um indivíduo A vive com dez litros de água por dia e um indivíduo B com cinquenta, então um litro a mais de água diário para o indivíduo A acarretará maior acréscimo de utilidade do que esse mesmo um litro excedente para o indivíduo B. Ainda nessa mesma linha,

¹⁴ POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 1987, Tomo I, p. 256.

¹⁵ A título de ilustração, recentemente, em pronunciamento do governo federal, Jair Bolsonaro afirmou que “*A função do governo é respeitar o dinheiro do contribuinte, ensinando para os jovens a leitura, escrita e a fazer conta e depois um ofício que gere renda para a pessoa e bem-estar para a família, que melhore a sociedade em sua volta*”, justificando assim a descentralização do investimento governamental em faculdades de filosofia e de sociologia.

¹⁶ Ver MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. Tradução de Donald Stewart Jr, São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 3ª edição, 2010, p. 160.

infinitamente maior seria o acréscimo de utilidade gerado pela disponibilização de um litro de água diário para aquelas pessoas que sofrem por não terem acesso à água potável.

Já na psicologia, Maslow¹⁷, ao tentar desvendar como funciona o processo motivacional, propôs sua famosa pirâmide de hierarquia das necessidades. Em síntese, o psicólogo americano entende que há cinco escalas de necessidades que motivam os seres humanos na tentativa de satisfazê-las; da mais baixa para a mais elevada: fisiológicas, segurança, sociais, estima e auto-atualização. A chave na teoria de Maslow é que um grupo de necessidades deve ser minimamente satisfeito para que se possa saltar ao próximo - assim um indivíduo passando fome não poderia estar engajado na busca de reconhecimento profissional.

Tendo em vista que o sofrimento está intimamente associado à falta de suprimento das necessidades mais básicas - fome, sede, saúde, abrigo, segurança, estabilidade no emprego etc. -, então é plausível concluir que a eliminação da dor é *conditio sine qua non* para a busca de necessidades mais elevadas, as quais estão mais associadas diretamente à felicidade e ao bem-estar.

1.3 - Rawls e as Críticas ao Utilitarismo

Como toda forma de pensamento que é exposto ao debate acadêmico, o utilitarismo não ficou imune a críticas de filósofos e pensadores que posteriormente buscaram explorar os pontos fracos dessa teoria visando a substituí-la por outras mais refinadas. Um dos mais importantes autores que buscou fornecer uma solução ética não utilitária foi John Rawls, ao desenvolver a sua célebre teoria da justiça como equidade, de base notadamente contratualista e deontológica.

Rawls entende que agentes racionais só poderiam alcançar princípios éticos universais caso estivessem inseridos em uma situação deliberativa mutuamente desinteressada. Por isso ele idealizou a chamada posição original¹⁸ ou o véu da

¹⁷ MASLOW, A. H. "A theory of human motivation". *Psychological review*, 5, 1943, pp. 370-396.

¹⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 147.

ignorância, uma situação hipotética abstrata e totalmente irrealizável no plano material, mas que serve como pressuposto no plano argumentativo para que se possa chegar aos pilares de uma teoria da justiça. O véu da ignorância é uma situação na qual agentes racionais irão deliberar sobre valores deônticos sem saber absolutamente nada sobre seus atributos pessoais e culturais no plano da vida material: habilidades, inteligência, aspectos físicos, riqueza, classe social, religião, civilização pertencente etc. Isto é, haveria um debate totalmente às cegas, o qual seria capaz de ensejar uma imparcialidade que Rawls considera imprescindível para a definição de princípios éticos de cunho universal.

Nesse pretexto deliberativo imparcial, Rawls conclui que os agentes racionais chegariam a dois princípios de justiça: o da liberdade e o da igualdade. O princípio da liberdade preceitua que cada indivíduo deve dispor de um sistema de direitos que lhe garanta o máximo de liberdade sem que haja, porém, interferência na liberdade dos outros. Já o princípio da igualdade prescreve que as desigualdades sociais ou econômicas devem, nos limites da razoabilidade, estarem vinculadas apenas a posições na sociedade que sejam acessíveis para todos os membros.

“A questão é saber se a imposição de desvantagens a alguns pode ser compensada por uma soma maior de vantagens desfrutadas por outros; ou se o peso da justiça requer uma liberdade igual para todos e permite apenas aquelas desigualdades econômicas e sociais que representam dos interesses de cada pessoa.”¹⁹

Na mesma esteira do questionamento de Rawls - se o ônus imposto a alguns compensa um bônus maior auferido por outros -, temos o famoso experimento mental conhecido como Dilema do Bonde, elaborado pela filósofa britânica Philippa Foot²⁰, que consiste no seguinte: imagine que há um trem desgovernado seguindo numa direção onde, inexoravelmente, matará cinco pessoas; você tem o poder de apertar um botão e desviar o percurso do trem para um caminho alternativo no qual há apenas uma pessoa que fatalmente virá a óbito: o que você faria? Seguindo o raciocínio utilitário, a decisão mais correta seria sacrificar a vida de uma para salvar

¹⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 36.

²⁰ FOOT, Philippa. *The problem of abortion and the doctrine of double effect*. 1967, p. 2

cinco pessoas e aqui a maioria das pessoas não tem maiores dificuldades em tomar essa decisão²¹.

Mas é possível aprofundar o experimento levando-o a extremos absurdos e bem mais incômodos ao encarregado de dar o veredito. Suponha que em um hospital haja uma pessoa saudável e cinco enfermos que precisam do transplante urgente de diferentes órgãos para sobreviver. Suponha que haja compatibilidade, tempo e infra-estrutura adequada para realizar os procedimentos. Deveria o cirurgião sacrificar a vida dessa pessoa saudável, que nada tem a ver com a doença dos outros cinco, para salvá-los? Aqui, já parece demasiado desconfortável a tomada de decisão consoante o utilitarismo de atos, visto que a interferência na esfera de direitos da pessoa saudável é mais agressiva e o envolvimento emocional é maior - já que a pessoa saudável pode vir a ser você ou alguém que lhe é próximo.

Esses experimentos mentais, via de regra, criam conjecturas que dificilmente serão experimentadas no mundo real; entretanto, dada a pretensão universalista da ética utilitária - quer dizer, de prescrever a aplicação do princípio da utilidade a todos os casos imagináveis de ação humana - devem ser enfrentados com seriedade, seja para rechaçá-los ou para definir limites ao modo de pensar estritamente utilitário.

Outra crítica fartamente impingida ao utilitarismo por seus detratores diz respeito a dificuldade de se mensurar, com exatidão, as consequências de ações humanas, principalmente em níveis macroestruturais. É certo que, nos séculos XVIII e XIX, quando viveram os primeiros grandes pensadores utilitaristas como Bentham e Stuart Mill, a complexidade da sociedade não era tamanha como a atual, e assim era mais simples entender as relações de causa-e-efeito, que é pressuposto imprescindível para realização do juízo de valor sob a égide consequencialista. As revoluções ocorridas sobretudo nos campos da informação e da comunicação, associadas ao fenômeno da globalização, densificaram a quantidade de variáveis com que se trabalha no cálculo de causa-e-efeito.

²¹ Em pesquisa realizada pela revista *Time*, 97% das pessoas afirmam que desviariam o curso do trem (*Dilemas morais: o que você faria?* **Superinteressante**, 2008. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/cultura/dilemas-morais-o-que-voce-faria/>>. Acesso em 30 de abr. de 2019).

Hoje, infindáveis vezes, temos uma séria dificuldade em estipular o que são as causas de certos efeitos percebidos e em que proporção essas causas contribuíram para que o efeito fosse alcançado. Em matéria de tomada de decisão governamental no plano macroeconômico, *verbi gratia*, economistas divergem quanto aos fatores que ocasionam a inflação e, portanto, sobre os meios eficazes de resolvê-la²². Na esfera da segurança pública, não há unanimidade se a liberação da posse/porte de armas aumenta ou diminui os indicadores de criminalidade²³.

Seria tarefa fácil continuar citando um sem-número de casos em que o árbitro não irá dispor de uma informação que seja válida e testada o suficiente para lhe permitir raciocinar seguramente segundo os preceitos utilitaristas. E mesmo quando voltamos os olhos para ações de cunho particular, há um problema, recorrentemente enfrentado pelos doutrinadores da responsabilidade penal e civil, que é o de delimitar até que ponto devemos estender o nexos de causalidade.²⁴ O fabricante de armas deve ser responsabilizado, do ponto de vista ético, pelo delito cometido pelo homicida? O comprador de boa-fé de uma mercadoria tem sua parcela de culpa se a empresa vendedora explora o trabalho escravo? Devemos considerar apenas a sequência de fatos num plano em cadeia ou também as intenções dos agentes quando da realização da ação?

²² A inflação é justificável sob diversas teorias pelos economistas; a título de curiosidade, irei passar rapidamente por duas delas: (i) na teoria quantitativa da moeda, de base monetária, “a taxa de crescimento dos preços é determinada pela expansão dos meios de pagamento acima do crescimento do produto real”; e (ii) na teoria keynesiana, de base fiscal, “enquanto o produto é inferior ao nível de pleno emprego, uma expansão da demanda efetiva gera elevação da renda e dos preços de alguns bens e serviços. Esta situação, entretanto, não representa um estado de inflação ‘verdadeira’, já que a natureza do aumento de preços é puramente adaptativa [...] A inflação ‘verdadeira’ passa a existir quando um incremento na demanda efetiva não mais se traduz em variação do produto real, mas apenas em crescimento dos preços” (MARQUES, Maria Silvia Bastos. *Uma resenha das teorias de inflação*. 1987, p. 188 e p. 192).

²³ Os armamentistas alegam, dentre outras estatísticas, que países como a Irlanda e a Jamaica tiveram um significativo aumento na taxa de homicídios a cada 100 mil habitantes após uma legislação restritiva de acesso às armas entrar em vigor (*Murder and homicide rates before and after gun bans*. **Crimesearch**, 2016. Disponível em: <<https://crimeresearch.org/2016/04/murder-and-homicide-rates-before-and-after-gun-bans/>>. Acesso em 29 de abr. de 2019). Já os desarmamentistas, por sua vez, citam que o controle de armas no Brasil evitou 133 mil mortes em 10 anos, conforme estimativa feita pelo Mapa da Violência de 2016.

²⁴ No direito brasileiro, as duas principais teorias do nexos causal são: a da equivalência dos antecedentes, adotada expressamente pelo Código Penal, e a da causalidade adequada, majoritária entre os civilistas. A primeira, como o próprio nome sugere, não faz distinção axiológica e considera indistintamente como causas todos os fatos que levaram ao resultado; já a segunda considera como causas apenas os fatos que usualmente, em abstrato, levam à consecução daquele resultado.

Por fim, uma última crítica encontrada no arsenal dos opositores ao utilitarismo versa sobre o enfoque unicamente racional que essa filosofia confere ao agente moral, subestimando completamente o valor de sentimentos e emoções, como a empatia, que, querendo ou não, são componentes intrínsecos do agir humano. Nem sempre a não opção pela realização do cálculo racional em busca de maximizar o bem-estar coletivo parece ser moralmente condenável - como no caso supramencionado em que o médico pode optar por não matar uma pessoa saudável para, com seus órgãos, salvar a vida de outras cinco. O igualitarismo na consideração de todos os interesses faz com que o utilitarismo se distancie da empiria, tão próxima em suas origens, e idealize um homem abstrato e calculista, cobrando dele um agir que lhe é contraintuitivo.

“Ou seja, o fato de que todos os agentes morais podem, em princípio, ter um mesmo valor moral não implica que, seja qual for o contexto ou a situação, os agentes morais são todos iguais, pois é perfeitamente possível que um agente moral sacrifique a solução ótima (proposta pelo cálculo utilitário e que privilegia a felicidade da maioria) em nome de uma motivação afetiva, a qual potencializa, num determinado contexto, o valor de um agente moral em detrimento de outros.”²⁵

1.4 - Comparativo Entre Consequencialismo, Deontologia e Ética de Virtudes

As éticas consequencialista e deontológica já foram aqui brevemente estudadas e comparadas; a ética de virtudes, a seu turno, antecipa ainda mais o momento em que é consumado o julgamento moral - recaindo não mais na ação em si, mas nas intenções do agente que a realiza. Costa²⁶ faz uma brilhante análise comparativa entre essas três formas de raciocínio moral, defendendo, ao final de seu trabalho, a proeminência de um viés consequencialista, mais especificamente do viés utilitarista²⁷, como o fundamento último das normas morais.

²⁵ ANDRADE, Érico. “O homem vazio: uma crítica ao utilitarismo”. *TRANS/FORM/AÇÃO: Revista de Filosofia*, v. 36, n. 2, 2013, p. 106.

²⁶ COSTA, Claudio F. “Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos”. *ethic@- An international Journal for Moral Philosophy*, v. 1, n. 2, 2002, pp. 155-174.

²⁷ Há ainda outras duas facções consequencialistas não utilitárias menos relevantes e que não serão exploradas ao longo deste trabalho: o egoísmo ético e o altruísmo ético. O primeiro preconiza que o indivíduo deve agir para maximizar apenas o bem-estar próprio; o segundo, que o indivíduo aja no intuito de somente maximizar o bem-estar alheio (Idem, pp. 162-164).

A reflexão realizada é a seguinte: o valor moral dos traços de caráter do agente é definido com base no valor moral das suas ações, e o valor moral das ações é definido com base nas consequências dela resultantes. Explique-se. Como sabemos que um indivíduo é benevolente? Quando podemos extrair a benevolência como um padrão do seu conjunto de ações. E como sabemos que a benevolência é boa ou má? Pelas consequências que dela usualmente são extraídas. Destarte, conclui-se que, sendo o objetivo de qualquer doutrina ética a promoção da felicidade social, o utilitarismo se mostra como a melhor alternativa.

O que fazem os defensores da ética de virtudes e da ética deontológica, de acordo com Costa, é raciocinar através de exceções. Pois, normalmente, uma boa intenção levará a uma boa ação que por sua vez trará consequências boas - o aumento do bem-estar social. Contudo, é possível que de uma boa intenção derive uma ação ruim com consequências negativas, ou que de uma boa intenção derive uma ação também boa, mas com consequências indesejadas - como inclusive já questionamos aqui anteriormente. E é em cima desses casos isolados que eles fundamentam suas teorias éticas, o que é um erro argumentativo na visão do autor.

Numa segunda etapa de seu texto²⁸, Costa põe-se a defender o utilitarismo de críticas, muitas das quais já foram tangenciadas aqui de alguma forma. Passarei rapidamente por algumas de suas considerações, sem, entretanto, exauri-las.

A primeira crítica busca atacar a associação do bem com o prazer e do mal com a dor, o que aproximaria por demais o ser humano de todos os outros animais sencientes. Entretanto, afirma Costa, isso advém de uma compreensão rasteira do significado de prazer, que engendra não somente os prazeres mais sensoriais e animais, como o sono, o sexo e a alimentação, mas também aquilo que Mill denominava como “prazeres superiores”, tipicamente humanos, tais quais uma conversação inteligente, uma invenção nova ou uma fruição estética.

Uma segunda crítica trata da questão da igualdade na consideração de todos os interesses, o que vai de encontro à natureza humana que, quase sempre, tende a

²⁸ Idem, pp. 165-172.

considerar apenas os interesses de um grupo bem restrito de pessoas. Essa objeção coloca o utilitarismo como uma espécie de utopia. Aqui, Costa faz uma concessão ao contratualismo, ao dizer que o princípio da máxima utilidade social não se tornará práxis a partir de uma natureza essencialmente altruísta do ser humano, mas a partir do instante em que a sociedade entenda que este é o melhor caminho a se seguir coletivamente e internalize um contrato social implícito. E, após balizar o domínio do pensamento público, o princípio da máxima utilidade social começaria a infundir-se, lentamente, na própria estrutura de caráter das pessoas. Outrossim, mesmo Bentham já ponderava que a relação de proximidade-distância determinará a intensidade com que o princípio da utilidade deve ser aplicado como guia da ação moral.

A última crítica que será tratada aqui, e certamente a mais famosa delas, é a de que o utilitarismo pode vir a ser conivente com monstruosidades que violam a dignidade humana. Boas ilustrações disso foram os circos romanos que legitimavam atrocidades com os cristãos a fim de garantir o divertimento de milhares de romanos ávidos pela barbárie. O caso do cirurgião utilitarista, já explorado na seção anterior, é outra boa demonstração dessa reprimenda contrautilitária. Costa irá redarguir aos críticos valendo-se do utilitarismo de regras (explicado na página 14) como um segundo nível argumentativo subordinado ao princípio geral da utilidade:

“Considerando o bem como o saldo positivo na balança entre prazer e desprazer, uma ação moralmente correta passa a ser aquela que produz maior bem para a maioria. Mas sempre que essa ação envolve o [não] seguimento de uma regra cuja adoção produz um bem maior para a sociedade que adota o sistema de regras a qual ela pertence, devemos considerar se o bem resultante da violação da regra eventualmente compensa o mal que resultaria disso em termos de perda da confiabilidade. Se o saldo for positivo para o lado do bem resultante, a regra deve ser violada.”²⁹

Seguindo essa fórmula conseguimos censurar moralmente tanto os circos romanos, como o cirurgião utilitário. Isso pois a regra de que a confiança deve prevalecer na relação entre paciente-médico gera um bem social infinitamente maior do que as vidas dos enfermos que seriam salvas com a morte da pessoa saudável. Da mesma forma, a regra que proíbe a violação da vida de pessoas inocentes traz

²⁹ Idem, p. 172.

um benefício social incomensurável, que é maior do que o ligeiro bem-estar propiciado ao público nas arenas.

Diante do exposto, acredito ter conseguido apresentar um sucinto horizonte do pensamento consequencialista, desde sua origem e desenvolvimento, dialogando com seus críticos e defensores. Passarei agora a analisar de que forma essas ideias, originadas no campo das discussões éticas e filosóficas, adentraram o ramo do direito, que lhe são contíguas, por meio da incorporação de ideias consequencialistas na doutrina de pensadores da argumentação jurídica.

CAPÍTULO 2 - CONSEQUENCIALISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1 - Fundamentos de uma Teoria da Decisão Judicial

Antes de apresentarmos as abordagens propriamente consequencialistas dentro do campo da argumentação jurídica, faz-se mister analisarmos o alicerce de uma teoria da decisão judicial, haja vista que os diferentes teóricos desse ramo têm como principal escopo de seu trabalho a indicação dos caminhos para a tomada da melhor decisão possível. Mas o que seria a melhor decisão possível?

O estudo da decisão judicial está dentro de um universo epistemológico muito mais amplo que é o estudo da tomada de decisão, qualquer que seja ela. A tomada de decisão tem lugar quando interesses e possibilidades ambivalentes estão em conflito, seja a nível individual, grupal ou coletivo. Quando estamos diante de tomadas de decisões intersubjetivas, i.e., aquelas cujos efeitos afetarão um universo maior de pessoas do que apenas o próprio tomador da decisão, parece intuitiva a ânsia de que elas se pautem por alguma espécie de racionalidade; caso contrário, estaríamos nos submetendo completamente aos desígnios mentais de outrem, ao arbítrio puro e simples. E o que confere o caráter de racionalidade a uma decisão não pode ser o resultado a que ela chegará - já que o resultado não pode ser fundamento de si mesmo sob pena de redundância do argumento -, mas sim a metodologia adotada pelo agente decisor e as justificativas por ele escolhidas para apresentar ao seu interlocutor (auditório).

Aqui é importante fazer um parêntese para distinguir as teorias normativas e as teorias descritivas sobre tomada de decisão. Enquanto as primeiras procuram construir arquétipos ideais e partem do pressuposto que o tomador de decisão é um agente racional por excelência, as segundas se prestam a investigar como as decisões realmente são tomadas pelo homem de carne e osso, um reles mortal que nem sempre irá caber no modelo de agente racional preconizado pela teoria. A grosso modo, pode-se dizer que as teorias normativas são objetos de estudo mais afins da Política e da Filosofia; já as teorias descritivas são mais próximas da Psicologia, da Neurociência e da Economia Comportamental. Essa distinção é valiosa pois, mais adiante, ficará claro que, entre as duas abordagens de viés consequencialista apresentadas, a primeira é precipuamente uma teoria normativa sobre argumentação jurídica, enquanto a segunda é uma teoria descritiva/normativa sobre o direito que, inexoravelmente, chama a atenção para a necessidade de se tomar decisões ponderando cientificamente a respeito de consequências.

Falando da pretensão racionalista como uma legitimante especificamente nas decisões judiciais, é imprescindível compreender a relevância dessa discussão para o bom funcionamento de um sistema democrático, mormente um sistema democrático como o brasileiro, no qual vigoram os princípios da tripartição dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição. Ora, não é muito difícil enxergar o tamanho da responsabilidade política, econômica e social que recai sobre o Poder Judiciário - cujos membros são recrutados por sua expertise e tecnicidade, e não pela vontade democrática -, se absolutamente todas as situações conflitivas, desde um simples acidente de trânsito envolvendo dois particulares até a potencial declaração de inconstitucionalidade de uma norma criada pelo legislador eleito, são decididas com força vinculante e definitividade apenas neste espaço institucional.

Destarte, como já dito anteriormente, se não quisermos nos submeter ao poder potestativo puro, é preciso pensarmos em limitantes racionais ao poder do agente decisor. E aqui fica evidente o porquê a motivação é tão valorosa como componente democrático de uma decisão judicial: pois, ao permitir críticas, internas do próprio sistema recursal judiciário, e externas da sociedade como um todo, a

decisão estará sempre aberta a revisão e também a sugestões para que se adote outros métodos e/ou outras justificativas.

Em um Estado Constitucional Democrático, as fontes de poder não podem justificar seus atos pelo carisma ou pela tradição³⁰, mas sim pelo convencimento em um espaço de diálogo no qual o dissenso deve ser permitido e, até mesmo, estimulado. Nesse diapasão, a garantia de motivação das decisões judiciais foi estabelecida constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro - CF, Art. 93, XI: *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”*.

Finalmente, antes que possamos passar ao próximo capítulo, cabe responder à seguinte pergunta: o que se espera dos fundamentos emanados de uma decisão judicial? Ou, em outras palavras, que requisitos eles devem satisfazer para que sejam considerados fundamentos convincentes?

“Chaim Perelman adverte para a necessidade de satisfação a uma dupla exigência na prática judicial: a primeira, sistemática, concerne à valorização da coerência do próprio sistema; a segunda, pragmática, define a aceitabilidade das decisões. Ambas as exigências são fatores considerados imprescindíveis à jurisdição racional, equivalendo a critérios simultaneamente pragmáticos (aceitabilidade) e formais (certeza).”³¹

2.2 - MacCormick: Consistência, Coerência e Consequência

Neil MacCormick foi um dos grandes teóricos da argumentação jurídica do Século XX, ao lado de outros nomes como Robert Alexy, Ronald Dworkin e Chaim Perelman. O pensador escocês desenvolveu seu arcabouço jusfilosófico baseado

³⁰ Max Webber, em sua obra, discorre sobre os três tipos de dominação: racional-legal, carismática e tradicional. Em síntese: a primeira é uma forma em que os governados se submetem não a pessoas, mas a regras impessoais criadoras de um aparato burocrático governante; a segunda é uma forma em que os governados possuem uma devoção afetiva ao governante devido a suas qualidades pessoais; já a terceira é a fidelidade pura e simples às tradições de uma comunidade (WEBBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima*. Tradução de Gabriel Cohn, São Paulo, 1979, pp. 129-141).

³¹ MONTEIRO, Cláudia Servilha. “Fundamentos para uma teoria da decisão judicial”. 2012, p. 6122 Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em em 25 de jun. de 2019.

em quatro pilares que serão explicados doravante: a consistência, a coerência, a consequência e, intrinsecamente conectada com esta última, a universalidade.

Inicialmente, MacCormick ressalta que as justificações de primeira ordem, i.e, aquelas dedutivas, baseadas no raciocínio lógico-formal de mera subsunção dos fatos (premissa menor) às normas (premissa maior), têm o seu espaço no mundo jurídico e não devem ser desprezadas pela teoria, já que são utilizadas largamente pelos juristas³². Não obstante, o autor entende que esse tipo de raciocínio é inoperante ao enfrentar algumas limitações que ele subdivide em três categorias: problemas de interpretação, problemas de relevância e problemas de classificação.³³

O problema de interpretação ocorre quando as normas jurídicas são ambíguas, imprecisas ou indeterminadas. O problema de relevância ocorre quando os fatos não podem ser engendrados por nenhuma das normas jurídicas já existentes. E o problema de classificação, indubitavelmente próximo ao problema de interpretação, consiste na dificuldade que algumas vezes recai sobre a correção de se classificar determinado fato primário (tudo que é provado no processo) como aquilo que MacCormick chama de fato operativo ou secundário (os fatos que atraem para si a incidência da norma).

Sem nos alongarmos nos detalhamentos que o autor dedica a cada uma dessas limitações, pois não é esse o escopo do presente trabalho, é importante entender que, a partir do momento em que MacCormick afirma que as justificações de primeira ordem não são suficientes para fundamentar todas as decisões jurídicas, ele abre uma lacuna para dizer como os seus *hard cases*³⁴ devem ser enfrentados pelos operadores do direito. E é aí que entram as noções de consistência, coerência, consequência e universalidade no roteiro pensado por ele para a resolução desses casos (justificações de segunda ordem).

³²MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Verissimo, Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008, p. 57.

³³ Idem, p. 67.

³⁴ Apesar de essa terminologia estar mais comumente associada à filosofia de Ronald Dworkin, MacCormick também se vale da expressão para designar os casos que não são resolvidos sumariamente pelo julgador, havendo argumentos fortes para duas ou mais diferentes possibilidades de decisão (Idem p. 67).

A consistência é a característica das decisões cujo o conteúdo decisório esteja em harmonia consigo mesmo e com as regras jurídicas vinculantes. É o requisito mais simples e pode ser resumido numa simples exigência: a não-contradição. A coerência, a seu turno, é um requisito de compatibilidade mais sofisticado da decisão, e divide-se em duas: a narrativa e a normativa. A primeira se refere exclusivamente ao plano dos fatos; o operador do direito deve ser capaz de, a partir do conjunto probatório que lhe é trazido pelas partes, fazer inferências dedutivas sobre os acontecidos de forma apta a reconstruir e transmitir uma narrativa que seja razoável segundo os ditames da experiência prática. Já a segunda é a compatibilidade da decisão com os princípios e valores de ordem superior que regem as normas integrantes de determinado ramo do ordenamento jurídico; é a percepção que a resposta oferecida pelo julgador já estava implícita no conjunto normativo positivado, pois segue um padrão de valores suprajurídicos que plasman todo o ordenamento.³⁵

Os dois primeiros critérios explanados - da consistência e da coerência - buscam consubstanciar aquilo que Perelman chama de requisito formal, de certeza ou de predicibilidade das decisões judiciais. Correlacionando com doutrina de Luhmann, é essa característica que permite ao direito vir a ser um sistema operacionalmente fechado, e que dessa forma se autorreferencia e se autorreproduz:

“Por operativamente fechado devem definir-se os sistemas que, para a produção de suas próprias operações, remetem-se à rede de suas próprias operações e nesse sentido se reproduzem a si mesmos. Com uma formulação um pouco mais livre se poderia dizer: o sistema deve pressupor-se a si mesmo para por em marcha mediante operações suas sua própria reprodução no tempo; ou com outras palavras: o sistema produz operações próprias antecipando e recorrendo a operações próprias e, dessa maneira, determina o que pertence ao sistema e o que pertence ao entorno.”³⁶

Contudo, para preencher o outro requisito trazido por Perelman, qual seja, o pragmático ou da aceitabilidade, é necessário que as decisões dos *hard cases* busquem fundamento em outro sistema social que não seja estritamente o jurídico; é forçoso que se pense em um critério para escolher a melhor decisão dentre as

³⁵ Idem, pp. 242 e 255.

³⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. México: Herder, 2007, p. 99-100.

todas as que sejam juridicamente admissíveis. Aí é que entra, na doutrina de MacCormick, a análise do plano das consequências. E duas dificuldades já aparecem logo de cara: a extensão das consequências que devem ser consideradas e o subjetivismo inerente à sua valoração. Trocando em miúdos, é preciso responder a pergunta: quais as consequências realmente importam?

De acordo com Perelman³⁷, os teóricos pragmatistas (nomenclatura utilizada por ele para se referir aos autores em argumentação jurídica de linhagem consequencialista) não conseguem sobrepujar essas duas dificuldades iniciais, de forma que, via de regra, não haverá acordo social sobre o valor das consequências e, outrossim, o raciocínio pragmatista corre sério risco de levar o julgador a um beco sem saída tamanho o contingente de possibilidades e hipóteses a serem consideradas. Dessa forma, o argumento pragmático, para Perelman, assume caráter limitado e secundário, não sendo mais do que um dentre os vários recursos de técnicas argumentativas postos à mesa do tomador de decisão.

MacCormick esclarece que, em sua teoria, as consequências que importam são apenas as de ordem normativa, com a futura internalização da norma criada pela decisão no ordenamento jurídico, ficando preteridas as consequências que irão sobrevir no plano fático, ou seja, os comportamentos que serão estimulados ou desencorajados pela norma. Isso pois, ele raciocina, as consequências comportamentais são meros palpites, já que não se pode predizer, com certeza, o que as pessoas irão fazer; já as consequências jurídicas são cem por cento seguras e previsíveis quando conjugadas ao princípio da universalização da decisão:

“Parece-me ser uma visão bem fundamentada aquela segundo a qual a justificação das decisões no contexto jurídico requer a sua universalização (ou a demonstração de que tais decisões seriam aceitáveis se universalizadas). Mas isso coloca desde logo a questão relativa a saber como a proposição universal pode ser ela mesma justificada. A resposta é controversa: ela será justificada a partir de suas consequências – mas apenas em um sentido muito especial do termo ‘consequências’ [...]”³⁸

³⁷ PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 304.

³⁸ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008, p. 133.

Exemplificando, se um Tribunal decide que o porte ilegal de armas de fogo em locais de elevada periculosidade deixa de ser crime por ser albergada pela excludente do estado de necessidade³⁹, é impossível dizer, com certeza, que as pessoas passarão a portar mais armas ilegalmente, apesar de alta a probabilidade que isso venha realmente a acontecer; mas é admissível dizer, sem margem de erro, que essa decisão, uma vez universalizada, gera uma mudança no status jurídico-normativo das pessoas que futuramente portarem armas de fogo ilegalmente em locais sujeitos à grande violência, criando, pra elas, uma nova “cobertura jurídica”⁴⁰, para utilizar uma terminologia empregada pelo próprio autor. Assim, quando da tomada de decisão, o Tribunal em questão teria que avaliar se o direito à autodefesa deve prevalecer sobre o controle estatal das armas de fogo em nome da segurança coletiva - quase que num exercício de ponderação de princípios preconizado por Robert Alexy⁴¹ -, e não elucubrar sobre o balanço entre felicidade e sofrimento possivelmente causados na sociedade pelo aumento ou pela diminuição da violência que uma decisão como essa tem potencial para causar.

“O julgamento nesses casos [como o supracitado] deveria verificar se é ou não aceitável sacrificar um valor em algum grau em benefício de uma proteção mais completa de outro valor em uma dada situação de julgamento, e, se a resposta for positiva, em que grau.”⁴²

Uma crítica (utilitária) passível de ser feita ao pensamento de MacCormick diz respeito a sua restrição de análise ao plano das consequências normativas. Ele acaba não levando os preceitos consequencialistas até as suas ilações mais extremadas de modo que, não é absurdo dizer, o consequencialismo do jurista escocês é de um tipo bastante limitado ou enfraquecido. Em nome de tornar mais

³⁹ Ver artigos 23, I e 24 do Código Penal. A jurisprudência atual é quase unânime no sentido de que o estado de necessidade não exclui a ilicitude do crime de porte ilegal de arma de fogo (ver, por exemplo: TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n.1129297, Relator: Carlos Pires Soares Neto, DJE: 15/10/2018, p. 91/109).

⁴⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008, p. 144.

⁴¹ Para Alexy o juízo de ponderação é uma decorrência lógica da aceitação dos direitos fundamentais como princípios contendo mandamentos otimizadores e que precisam de um método racional para impor a eles restrições. (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2002, pp. 86-87 e 112-113). À frente serão detalhados os elementos parciais que decompõem o juízo da proporcionalidade.

⁴² MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008, p. 155.

factível a tarefa do julgador, já que ele entende - assim como Perelman - que a inspeção das consequências comportamentais é uma incumbência exageradamente árdua e incerta, sua teoria acaba se distanciando dos fundamentos filosóficos utilitaristas e se avizinhandando de uma ética deontológica de matriz kantiana.

Apesar disso, é inegável que MacCormick planta uma semente de consequencialismo na teoria da argumentação jurídica ao atentar para a necessidade de que o julgador tome sua decisão com os olhos não presos apenas ao passado, o qual tem sua importância satisfeita pelas dimensões da consistência e coerência, mas também voltados para o futuro, ao chamar atenção para o quão crucial as consequências jurídicas são, uma vez que devam ser universalizadas.

2.3 - Law and Economics

Para uma compreensão mais cristalina do lugar ocupado e dos postulados agasalhados pelo movimento *law and economics*, cujo maior expoente é professor e juiz federal americano Richard Posner⁴³, é preciso antes voltarmos alguns anos e entendermos bem os seus antecedentes jusfilosóficos na esteira do pensamento pragmatista norte-americano do final do século XIX e início do século XX.

É incontestável que a base intelectual mais remota que orienta o pensamento da *law and economics* é o utilitarismo anglo-saxônico originalmente visto na obra Bentham, já detalhada aqui no primeiro capítulo. Essas duas correntes convergem, normativamente, quando da defesa da multiplicação da riqueza e da maximização do bem-estar econômico. Há, no entanto, um caminho há ser percorrido para entrelaçarmos as teorias desses dois autores: este caminho é ocupado pelo pragmatismo norte-americano e sua faceta aplicada ao direito, o realismo jurídico.

⁴³ A *law and economics* é um movimento bastante heterogêneo - a esse respeito: “O movimento não é homogêneo, ao contrário, congrega várias tendências, tais como a ligada à Escola de Chicago, também denominada conservadora, identificada com a figura de Richard Posner, e integrada, entre outros, por Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook; a liberal-reformista, com Calabresi como figura representativa e integrada por uma diversidade de autores como Polinsky, Ackermann, Korhnhäuser, Cooter e Coleman; e uma terceira via, denominada por Leljanovski como tendência neoinstitucionalista, que se separa das anteriores tanto na temática como na metodologia e é integrada, entre outros, por Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson” (ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2006, p. 53).

O pragmatismo é o completo abandono da metafísica e de outras especulações etéreas sobre o que quer que seja; é a subserviência do pensamento, e da própria verdade, em nome de alguma finalidade prática. É, outrossim, uma evidente cisão com o pensamento ocidental dominante até então, excessivamente formalista e preocupado com a condição ontológica dos objetos investigados - como nos infundáveis debates sobre a existência de Deus, a natureza do conhecimento, a definição de virtude e de justiça, a dicotomia entre matéria e espírito etc. O pragmatista não está preocupado com nada disso e, a seu ver, essas discussões são do tipo que não podem ser objetivamente vencidas por nenhum dos contendores, se tornando, portanto, meros caprichos mentais de quem as entabula. Já o realismo jurídico é uma escola que advém justamente da aplicação dessas ideias pragmatistas ao âmbito do pensamento forense:

“O realismo jurídico vincula-se ao pragmatismo, proclamando concepção instrumentalista e funcionalista do direito, indicando o caráter indeterminado das normas jurídicas, admitindo a decisão forense como o resultado de intuições e idiosincrasias dos magistrados. O direito seria o que as cortes dizem que ele é. O direito poderia ser o resultado do que os juízes tomaram no café da manhã. Irreverentes e iconoclastas os realistas norte-americanos denunciaram as ambigüidades e os paradoxos do direito, aliaram-se aos burocratas do *New Deal* de Roosevelt e hostilizaram o formalismo que marcava o direito norte-americano. Traços do realismo jurídico ainda são perceptíveis na noção geral que nos indica o juiz americano como o *lawmaker*, o *lawgiver*, o legislador. É que a função criativa do judiciário fora potencializada pelo realismo jurídico norte-americano.”⁴⁴

Ou seja, dentro da segmentação já devidamente apresentada entre as teorias descritivas e as normativas da tomada de decisão, a escola do realismo jurídico talvez seja a maior expoente da primeira linha, com uma enorme inquietação em entender todos os elementos que cercam o magistrado quando da produção da norma jurídica para o caso concreto. O realismo jurídico não possui nenhum pudor em admitir que, a despeito da expectativa social de que os juízes sempre decidam circunscritos pelas molduras da lei - satisfazendo assim o requisito formal proposto por Perelman -, estes estão limitados apenas por sua própria consciência e voluntarismo. E além disso, até mesmo fatores pitorescos e que parecem à primeira

⁴⁴ DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio. “Direito e economia: introdução ao movimento law and economics”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 7, n. 73, 2005, p. 3.

vista irrelevantes, como o café da manhã dos juízes⁴⁵, podem afetar-lhes o subconsciente de maneira a influenciar em suas decisões.

Godoy⁴⁶ nos mostra que do realismo jurídico derivaram duas correntes de pensamento, antitéticas entre si, e que vêm dominando o debate nos EUA desde então: o *critical legal studies*, de inspiração intelectual marxista e que se consolidou durante o fortalecimento da contra-cultura estadunidense nos anos 60 e 70 ao criticar a indeterminação do direito; e o *law and economics*, alinhado com o pensamento político neoliberal, socialmente recrudescido após a simbólica queda do muro de Berlim e o fim do socialismo soviético.

Focaremos, a partir de agora, em detalhar o pensamento associado ao movimento *law and economics*, principalmente na figura do jurista e professor Richard Posner. Logo de cara, é importante atentar para a distinção entre Análise Econômica do Direito (AED) positiva e normativa⁴⁷. A primeira possui viés descritivo e lida com fatos, buscando aplicar a teoria microeconômica e os métodos econométricos no exame da estrutura, dos processos e dos impactos do direito e das instituições legais, a fim de predizer as consequências prováveis de uma decisão qualquer (que altera o arranjo institucional de incentivos) com base científica e distanciada do senso comum; a segunda possui viés prescritivo e lida com valores, impondo a escolha da alternativa mais eficiente possível⁴⁸ dado um conjunto predefinido de vetores valorativos. Perceba-se que tentar predizer as consequências de algo é um juízo fático e moralmente neutro; uma pessoa pode dizer “acho que a liberação das drogas acarretaria aumento do consumo/doenças e a consequente

⁴⁵ Uma pesquisa com juízes israelenses se tornou famosa por mostrar que os magistrados tendiam a ser mais clementes na concessão de condicionais aos presos quanto mais perto do momento em que realizaram a última refeição (*Juízes são mais clementes após as refeições, diz estudo. IG, 2011. Disponível em: <<https://ultimosegundo.ig.com.br/ciencia/juizes-sao-mais-clementes-apos-as-refeicoes-diz-estudo/n1300049993127.html>>. Acesso em 04 de jun. de 2019).*

⁴⁶ DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio. “Direito e economia: introdução ao movimento law and economics”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 7, n. 73, 2005, p. 3.

⁴⁷ GICO JÚNIOR, Ivo T. “Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito”. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 160, 2013, p. 18-20.

⁴⁸ Na ciência econômica há dois conceitos clássicos de eficiência: i) o de Kaldor-Hicks, segundo o qual “A” será eficiente se, e somente se, aumentar o somatório global do nível de utilidade dos indivíduos; e ii) o de Pareto, segundo o qual “A” será eficiente se, e somente se, aumentar o nível de utilidade de alguém sem diminuir o nível de utilidade de ninguém - é uma concepção mais restritiva.

superlotação do sistema de saúde público” e ao mesmo tempo defender-lhes a legalização por ser partidário da inegociabilidade das liberdades individuais.

Para podermos mergulhar mais a fundo na AED é mister inicialmente compreender a distinção básica feita por Posner entre regras e padrões⁴⁹; faremos isso através de um exemplo. Assim, a sentença “dirigir de forma imprudente sujeita o motorista à penalidade multa” nos concede um padrão; mas se a multa for aplicada porque o motorista conduziu o veículo acima de um limite específico de velocidade, estaremos diante do cumprimento de uma regra. As regras restringem a consideração judicial por consequências; já os padrões geram *trade-offs* que deverão ser valorados pelo magistrado.

“Apesar de sua ênfase nas consequências, Posner defende que o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo [optando por usar, como *standard* de sua filosofia, a razoabilidade], ou seja, o conjunto de doutrinas filosóficas que avalia ações pelo valor de suas consequências, de modo que a melhor ação seja aquela com as melhores consequências. Isso porque, diz ele, há espaço para decisões formalistas em um sistema pragmático de adjudicação, sobretudo em decisões governadas por regras em vez de padrões. Ao desenvolver o que justifica a opção por uma decisão formalista, Posner afirma que um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências de aderir às virtudes do império do direito contra as más consequências de deixar de inovar diante de disputas que os textos legais e precedentes não estejam bem adaptados para resolver. Por virtudes do império do direito, ele irá considerar os valores sociais e políticos da continuidade, da coerência, da generalidade, da imparcialidade e da previsibilidade na definição de direitos e deveres.”⁵⁰

O que costuma orientar as decisões dos juízes nesses casos, em que não há regras ou precedentes claros a serem seguidos, é um sentimento próprio de justiça, o que denota resquícios de presença de um jusnaturalismo nas sociedades contemporâneas; só que não se trata de um direito natural multicompartilhado pela comunidade - o que é um tremendo despautério em uma sociedade moralmente heterogênea -, mas sim de variações plurisubjetivas, de acordo com o juiz designado para julgar o caso. A AED visa a substituir essa miríade de “sentimentos próprios de

⁴⁹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 59

⁵⁰ Posner (2003) *apud* DUTRA, Alexandre Pereira. “Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação”. *Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre*, n. 64, 2015, p. 3.

justiça” por um critério que seja objetivo, impessoal e pragmático, mesmo que não venha a ponderar, eticamente, sobre a justiça superior imanente a este critério. Ainda é preciso responder: por que adotar a eficiência como ideal a ser perseguido pelo direito? Ora, num mundo onde recursos são escassos e as necessidades humanas são infinitas, não dá pra afirmar que uma solução eficiente é, *per se*, justa, mas certamente uma solução ineficiente (no sentido de Pareto, onde alguém deixa de ganhar sem que ninguém precise perder) corresponderá a uma injustiça.

Metodologicamente, a *law and economics* parte do pressuposto que, usualmente, o ser humano (que é o sujeito de direito) se comporta como o *homo economicus*; objetiva aumentar a sua própria utilidade segundo uma ordem de preferências subjetivas pessoais através do uso da razão, raciocina sempre na margem e responde a incentivos⁵¹. A partir disso, como a pressuposição do *homo economicus* é o parâmetro mor para a formulação das brônzeas leis da economia, quando o sujeito de direito é plasmado por esse mesmo conceito que é base da ciência econômica, fica claro que é plausível, e por que não dizer até mesmo lógico, importar essas leis para amparar o legislador, o administrador e os juizes. A AED então sugere que institutos importantes como a lei da oferta e da demanda, a lei da utilidade marginal decrescente (esta já explicada aqui no Capítulo 1.2), as noções de custos de oportunidade, custos de transação, de externalidades positivas e negativas, dentre outros, devem fazer parte do vocabulário do jurista.

Um excelente exemplo de aplicação prática do conceito de externalidade negativa no direito é o uso do princípio - estruturante em matéria de direito ambiental - do poluidor pagador. Externalidades são efeitos colaterais de uma ação que incidem sobre terceiros não participantes do processo de tomada da decisão; as externalidades podem ser: i) negativas, cujo melhor exemplo é a poluição em suas mais diversas formas; ou ii) positivas, como as decorrentes de investimento privado em tecnologia ou infra-estrutura. Logo, um dos objetivos do direito deve ser o de fazer com que as externalidades negativas sejam internalizadas nos cálculos dos agentes econômicos que se beneficiam com o produto da ação que lhe dão ensejo, de modo que a utilidade social (a fruição de ar e água puros, *in casu*) não seja

⁵¹ GICO JÚNIOR, Ivo T. "Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito". *Direito UNIFACS-Debate Virtual*, n. 160, 2013, p. 20-23.

prejudicada em nome da utilidade individual (o lucro gerado para os sócios da indústria poluidora).

Agora imaginemos um ordenamento jurídico onde não existam leis específicas em direito ambiental instituindo as regras do poluidor pagador, mas exista o padrão jurídico de preservação ambiental; inserida nesse ordenamento, uma associação de defesa ao meio ambiente ingressa com uma ação pleiteando indenização como contrapartida à poluição emitida por uma empresa X. Nessa hipótese, o julgador poderia valer-se da janela hermenêutica⁵² presente nos padrões jurídicos para fundamentar uma decisão que: i) reconhecesse o princípio do poluidor pagador e obrigasse a empresa X a compensar o dano gerado, caso restasse provado no processo o nexo causal; e ii) calculasse o *quantum* indenizatório em valor que não fosse baixo a ponto de obstar qualquer recuperação do meio ambiente afetado, nem alto a ponto de punir a empresa por produzir e assim desestimular a atividade industrial, o que seria um enorme vetor de baixa na utilidade social.

Outro conceito econômico que merece ser esmiuçado é o de custos de transação. Primeiro, vamos a uma definição mais precisa do que vem a ser a compreensão do termo “transação”:

“[a transação] é definida como o evento onde um bem ou serviço é transferido através de uma interface tecnologicamente separável, sendo passível de estudo enquanto relação contratual, uma vez que envolve interações e compromissos intertemporais entre os agentes.”⁵³

⁵² Estamos cientes da diferenciação feita por MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Editora Forense, 20ª Edição, 2011, p. 1, entre “interpretação” e “hermenêutica”, sendo aquela o objeto de estudo desta, que é “a teoria científica da arte de interpretar”. Não obstante, para evitar repetições, empregaremos os vocábulos como sinônimos.

⁵³ Williamson (1993) *apud* SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA Luciana Togeiro de. “A teoria de custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas”. *Revista Iniciativa Econômica* 2.1, 2015, p. 5.

Ronald Coase⁵⁴, um dos precursores intelectuais de Posner e de todo o movimento da *law and economics* de maneira geral, ao buscar entender por que razão as empresas avocam para si atividades que poderiam ser obtidas a um custo inferior no mercado, desenvolveu a teoria de que as interações dos agentes econômicos no mercado envolvem custos que vão muito além dos custos de produção: são os custos de transação, uma categoria que abarca os custos de busca e checagem de informações, os custos de barganha e negociação, e os custos de confecção e policiamento dos contratos. E quais as implicações disso para o direito e seus aplicadores? Ora, um sistema jurídico que preza pelo bem-estar econômico das pessoas deve buscar reduzir ao máximo os custos de transação para que as relações mercadológicas, através da divisão do trabalho, aloquem recursos da forma mais eficiente possível.

Interessante observar que, quando se trata de empreender esforços para abaixar os custos de transação, o respeito aos precedentes judiciais é uma ferramenta poderosa, assim como também a estrita obediência ao que é estipulado contratualmente, porquanto princípios como o *stare decisis* e o *pacta sunt servanda* elevam a predicibilidade do direito e assim oportunizam o prévio cálculo econômico e a consequente eliminação de alguns riscos por ambos os contratantes; quanto maior o risco jurídico, ou seja, quanto maior a incerteza referente ao *output* oferecido pelo sistema judiciário ante o caso concreto, certamente maiores serão os custos transacionais, afinal ninguém quer fazer negócios onde se dorme sob um paradigma X e se acorda sob um paradigma Y.

Ademais, é indispensável que haja uma razoável duração do processo⁵⁵ - apesar de este ser um fator hipercomplexo, de difícil enfrentamento, e que não

⁵⁴ “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of “organizing” production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., produce ex-changes, a technique is devised for minimizing these contract costs; but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced” (COASE, Ronald Harry. “The nature of the firm”. *economica*, v. 4, n. 16, 1937, p. 4),

⁵⁵ Outro princípio que foi adotado pelo constituinte brasileiro - CF/88, Art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

depende apenas do trabalho do tomador de decisão, ou seja, é estrutural -, porque a morosidade na prestação jurisdicional pode torná-la ineficaz em muitos casos, o que eleva exponencialmente os custos de transação, já que pode não haver garantias quanto ao *enforcement* do contrato.

A Análise Econômica do Direito se alinha com o discurso político neoliberal, pois entende que o mercado perfeito, aquele “*com muitos compradores e vendedores negociando produtos idênticos, de modo que cada comprador e cada vendedor é um tomador de preço*”⁵⁶, é o mecanismo ideal para promover a eficiência e maximizar a utilidade dos agentes econômicos. Há, não obstante, algumas falhas de mercado que devem ser confrontadas pelo Estado e, por conseguinte, pelo Direito, sendo as principais delas: as externalidades, o problema dos bens públicos, os monopólios naturais e as assimetrias de informação. Como já explicamos brevemente a ideia externalidades, passaremos rapidamente pelas outras três.

Os bens públicos são bens não rivais - ou seja, bens cujo o uso por um indivíduo “A” não reduz a disponibilidade de uso para um indivíduo “B” - e não excludentes - isto é, ninguém pode ser efetivamente excluído do uso deste bem. É uma tarefa árdua achar um bem público puro e os economistas divergem sobre os exemplos; há quem entenda que a música, hoje livremente compartilhada via internet, está se tornando um bem público. O problema relativo a esse tipo de bem está na melhor forma de se proceder com os *free-riders*, que são os indivíduos que não suportam os custos de produção, mas beneficiam-se do produto final.

Os monopólios naturais são mercados muito específicos nos quais acaba sendo mais eficiente que toda a produção se condense em um único processo produtivo e, portanto, haverá um único fornecedor do bem ou do serviço. Neste caso, para evitar que o assoberbamento dos interesses privados restrinja a maximização da utilidade social, é conveniente que o Estado regule o preço, a quantidade e a qualidade dos bens e serviços fornecidos a título de monopólio. O mercado de transmissão e distribuição de energia elétrica no Brasil é tratado pelo Estado como sendo um monopólio natural.

⁵⁶ MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. São Paulo: Thompson Learning, 27ª Edição, 2007, p. 290.

A assimetria de informação é uma qualidade de transações econômicas nas quais um dos polos da relação tem informação em maior quantidade ou com mais qualidade do que o outro, o que pode levar a equívocos na tomada de decisão. Uma das causas de assimetria de informação é a chamada relação principal e agente, muito bem estudada por Jensen e Meckling⁵⁷, em que o principal contrata (em sentido *lato*) um agente para perseguir seus interesses, mas há o risco moral de o agente não proceder de forma apropriada caso os seus próprios interesses estejam desalinhados com os do principal. A relação principal e agente enseja custos de transação e pode ser observada tanto em âmbito privado, a exemplo de empregador/empregado ou mandante/mandatário, quanto na esfera pública, como na relação entre o legislador e o burocrata responsável por aplicar a norma.

Sendo assim, é bom realçar que tanto a obra de Posner, como toda a *law and economics* de modo geral, têm aspirações muito mais audaciosas do que se restringir a um manual para o magistrado tomar suas decisões. A Análise Econômica do Direito é uma forma de pensar holística, que busca descrever o fenômeno do direito por completo consoante o estado da arte da teoria econômica e do comportamento humano, desde o exame das atividades legiferantes dos órgãos políticos e das agências reguladoras, até as escolhas feitas por juízes e administradores públicos, passando pela análise da interação entre os particulares no mercado. E desta forma acaba introduzindo no operador do direito uma nova forma de pensar, uma alternativa argumentativa que carrega os preceitos consequencialistas dos sistemas ético e econômico para dentro do sistema jurídico.

Note-se, finalmente, que a teoria psicológica behaviorista radical de Skinner (também influenciada pelo pragmatismo norte-americano quando propõe o abandono dos estudos de processos mentais internos com vista à observação do

⁵⁷ “Contudo, é em geral impossível para o principal ou o agente manter a relação de agência a um custo zero para assegurar que o agente tomará decisões de nível ótimo do ponto de vista do principal. Na maioria das relações de agência, o principal e o agente incorrerão em custos positivos de monitoramento e de concessão de garantias contratuais - tanto não pecuniários quanto pecuniários - e, além disso, haverá algum nível de divergência entre as decisões do agente e as decisões que maximizariam o bem-estar do principal” (JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. “Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade”. *Revista de Administração de Empresas*, v. 48, n. 2, 2008, p. 89).

comportamento mensurável⁵⁸), a qual sugere a seleção de comportamento por meio das consequências, é um pressuposto fundamental subjacente para as concepções de direito, tanto em Bentham como em Posner, tendo em vista que ambos os autores acreditam que o sistema de reforços e punições criado pelas normas jurídicas (sejam leis ou sentenças) é adequado para modelar o comportamento humano, premiando as condutas eficientes e punindo aquelas que não o são, de modo a gerar na sociedade, paulatinamente, uma conformidade de conduta com o princípio da utilidade.

2.4 - Consequencialismo e Ativismo Judicial

Após termos passado pelas abordagens teóricas de MacCormick e da *law and economics*, é possível diferenciarmos com tranquilidade dois grandes grupos de argumentos consequencialistas no direito: i) o jurídico, intrajurídico ou interno; e ii) o extrajurídico ou externo. A esse respeito:

“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 [consequências extrajurídicas] que se ligam ao conteúdo semântico das 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.”⁵⁹

Assim, fica mais do que explícito que o pensamento do professor escocês lança mão do consequencialismo interno, enquanto que a *law and economics* é representante do consequencialismo externo. Analisaremos, doravante, a relação do consequencialismo, de ambos os tipos, com uma postura dita ativista por parte do Poder Judiciário. Não há consenso entre os doutrinadores na definição do que vem

⁵⁸ “Skinner apresenta sua posição com relação a uma proposta bastante específica sobre como os psicólogos deveriam proceder ao abordar seu objeto de estudo: o operacionismo. Em termos bem gerais, o operacionismo apresenta-se como um procedimento para garantir que os cientistas fundamentem todo conhecimento produzido em fenômenos diretamente mensuráveis, de forma a evitar problemas ocasionados pela inclusão, nas descrições e explicações científicas, de conceitos que envolvem elementos não fundamentados em observações, conceitos que não têm base empírica.” (SÉRIO, Tereza Maria de Azevedo Pires. “O behaviorismo radical e a psicologia como ciência”. *Revista Brasileira de Terapia Comportamental e Cognitiva*, v. 7, n. 2, 2005, p. 250).

⁵⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de Direitos Administrativo*, 2008, p. 141.

a ser o fenômeno ativismo judicial, de forma que optarei por utilizar a definição do professor e ministro do Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso:

“A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”⁶⁰

Aqui vale fazer um parênteses para explicar a relação do pós-positivismo com o fenômeno do ativismo judicial. Para isso é necessário sobrevoarmos alguns anos já longínquos na história. Superada a hegemonia das monarquias absolutistas ao fim da Idade Moderna - superação essa cujo o ícone foi o Iluminismo, no mundo das ideias, e a Revolução Francesa, no plano material -, teve início o período dos Estados de Direito, onde a lei passou a ser a única fonte de direitos e obrigações dos cidadãos a ela vinculados; então, durante muito tempo, houve uma imensa preocupação que o juiz fosse não mais do que a boca da lei, ideia ratificada inclusive por Montesquieu⁶¹. Nos quase duzentos anos que se seguiram ao Código Civil Napoleônico de 1804, marco histórico das codificações modernas, várias escolas hermenêuticas com fulcro em um positivismo ideológico⁶² buscaram mostrar ao operador do direito a melhor forma de se extrair o significado do direito positivado a fim de aplicá-lo aos casos concretos sem deixar que os subjetivismos próprios do julgador conspirassem o conteúdo da decisão, e supondo sempre o caráter declaratório e não constitutivo da atividade interpretativa. Já no decorrer do Século

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, 2009, p. 6.

⁶¹MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91.

⁶² Os positivistas ideológicos entendem que a população, mormente os juízes, devem obedecer aos mandamentos da lei, independente de considerações sobre sua aceitabilidade moral; imoral, para eles, é não seguir a lei, o que seria uma violação às regras do jogo (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, pp. 36-37). São exemplos históricos de tradições positivistas ideológicas a Escola da Exegese francesa, a Jurisprudência dos Conceitos de Savigny, e a Jurisprudência dos Interesses de Jhering e Heck.

XX, autores vinculados a um neopositivismo metodológico (com destaque para Kelsen e Hart)⁶³, ao tentarem descrever e definir direito livre de propriedades valorativas, começaram a trazer à baila o problema da discricionariedade judicial, mas relegando-o ainda a uma questão de natureza política, que foge ao escopo da ciência do direito.

Finalmente, com o advento do pós-positivismo no direito após a Segunda Grande Guerra (durante a qual “apenas seguir ordens” tornou-se subterfúgio para uma série de barbaridades), houve uma reaproximação do direito com a moral, especialmente através da incorporação de normas de textura aberta - os princípios - nas Constituições de diversos Estados Democráticos e o reconhecimento que a discricionariedade judicial é sim uma questão chave a ser enfrentada pelos juristas. Concluindo o raciocínio a respeito da relação entre o pós-positivismo e o ativismo:

“O ativismo judicial no sentido de maior ou mais ousada criação do direito por parte dos juízes é, portanto, uma decorrência lógica do pós-positivismo, que se caracteriza pela normatização de conteúdos axiológicos por meio dos princípios, normas de textura aberta, isto é, de conteúdos não imediatamente definíveis. A concretização dos princípios, no momento da aplicação do Direito, passa necessariamente pelo preenchimento da norma por meio da criação de significantes, não mais pela mera descoberta significados. Os juízes deixam de ser meros intérpretes de um texto normativo com conteúdo mais ou menos evidente e passam a ser criadores do conteúdo significativo dos princípios.”⁶⁴

Quanto à diferenciação das normas jurídicas entre regras e princípios, é sedimentando na doutrina o entendimento de que as regras são normas que vinculam um comando à ocorrência de uma situação fática e hipotética, proibindo, facultando ou obrigando determinada conduta. Já os princípios sofrem de muito mais indeterminação do que as regras, pois não há neles referência a uma situação fática determinada, tampouco a definição de consequências normativas, apenas uma

⁶³ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à Análise do Direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 43.

⁶⁴ DE MELO JORGE, Nagibe. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?”. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 7, n. 2, 2014, p. 513.

concepção geral vinculando determinado valor - com potencial para colidir com outros valores nos casos concretos.⁶⁵

Terminado esse parêntese explicativo, podemos prosseguir para confrontar os argumentos pró e contra o ativismo judicial, os quais encontram fulcro na obra *Juízes Legisladores*, de Capelletti⁶⁶. Contra o ativismo judicial pesam a carência de informação e a falta de elementos para a tomada da decisão (como vamos explorar logo em seguida), a eficácia em regra retroativa das sentenças judiciais, o que pode levar ao casuísmo e à insegurança jurídica, e sobretudo o caráter contramajoritário das decisões que são mais ativistas. A favor de uma postura mais interventiva do Judiciário alega-se que, hodiernamente, salta aos olhos uma verdadeira subversão da democracia representativa quando os ditos representantes do povo buscam tutelar juridicamente apenas seus próprios interesses e, no máximo, interesses de grupos organizados de pressão, ao invés dos interesses de todos os governados; alega-se também que o Poder Judiciário não é completamente privado de representatividade (o que no Brasil fica bem claro já que os ministros do Supremo Tribunal Federal são indicados pelo Presidente e aprovados pelo Senado); por fim, é destacado o alto poder que as partes têm de iniciar e influenciar o processo jurisdicional, como corolário dos princípios da inércia e do contraditório, o que não pode ser transposto quando se fala do processo legislativo.

Dentre os dois consequencialismos, o externo ou extrajurídico, se mal administrado (o que não acontece na obra de Posner), é sem sombra de dúvidas mais invasivo ao espaço de atuação dos outros Poderes - Legislativo e Executivo - haja vista que a realização do cálculo de custo-benefício socioeconômico é um serviço de conteúdo acentuadamente político; e tanto é assim que esses outros Poderes dispõem de um aparato técnico especializado em auxiliar e dar suporte à tomada de decisão, tentando prever, com a máxima acuidade, os impactos de diferentes planos de ação. A perícia que se espera do juiz é o amplo domínio do ordenamento jurídico, mas não se exige dele um discernimento aprofundado em

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*, 2018, p. 20.

⁶⁶ *apud* DE MELO JORGE, Nagibe. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?”. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 7, n. 2, 2014, pp. 515-516.

outros ramos do saber como geografia, economia, sociologia, relações internacionais etc. Já os membros dos outros Poderes, a seu turno, são assessorados por inúmeros tecnocratas com expertise em áreas tão díspares e específicas - de engenharia do tráfego à hidrogeologia, por exemplo -, que seria impossível um só ser humano ou mesmo um pequeno colegiado de notáveis sobrepujá-los na extensão e qualidade do conhecimento.

Além disso, membros de cúpula do Executivo e Legislativo, que dirigem os trabalhos do corpo técnico-administrativo do Estado, estão sujeitos a repetidos processos de avaliação popular, de modo que, se a maioria dos votantes achar que as políticas adotadas estão em desacordo com a sua maximização de bem-estar, então esses governantes serão substituídos nas próximas eleições. Quando o juiz decide *contra legem* (e aqui consideramos que quanto mais distante da literalidade da lei, mais ativista é a postura judicante) com fundamento maior em argumentos consequentialistas extrajurídicos há uma certa captura da política e da lógica democrática pelo direito. O magistrado, nesse caso, transmite uma clara mensagem nas entrelinhas: ele sabe gerir os interesses da maioria melhor do que o próprio povo que vai às urnas.

Isto posto, vejamos a seguinte situação ilustrativa. Quando os Poderes Executivo e Legislativo desejam promulgar uma lei que institua um novo tributo ou majore um tributo já existente, é normal que o debate público se situe em torno de questões tais como: Há uma necessidade coletiva que está demandando a criação ou majoração do tributo? A criação ou majoração do tributo é o único meio de fazer frente a esta despesa pública? Caso a resposta seja afirmativa para ambas as questões ainda é preciso responder: a maximização do bem-estar que será gerado por essa despesa pública faz frente à redução da utilidade social consistente na minoração do patrimônio ou da renda da população? E ainda é preciso passar por uma série de quesitos periféricos como o início da vigência, forma de cobrança do tributo, isenções etc. A partir do momento em que um membro do Poder Judiciário contraria o que foi decidido naquelas instâncias deliberativas - muitas vezes em um processo que é lento e arrastado justamente por lidar com interesses antagônicos - em nome de um raciocínio consequentialista puramente extrajurídico, é de se

questionar qual o regime político verdadeiramente vigora no país. É inegável que a democracia representativa tem suas disfunções, mas cabe refletir se a exacerbação do papel do Judiciário é a melhor forma de lidar com elas.

Christopoulos⁶⁷ faz interessantes questionamentos que devem permear o debate sobre o uso ou não uso de argumentos consequencialistas no direito. Mesmo sem a pretensão de oferecer respostas definitivas para essas perguntas, acredito ser imprescindível colocá-las no cerne dessa discussão. A princípio é preciso estabelecer se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis. Caso se opte pela segunda alternativa, ainda há o problema de delimitar quais casos podem ser considerados *hard cases*: são apenas aqueles em que não há regra jurídica regulando a matéria e não se faz possível realizar o raciocínio lógico-dedutivo de subsunção do fato à norma; ou envolvem todos os casos em que há uma controvérsia moral relevante, ou seja, argumentos sólidos para duas diferentes formas de se decidir? Superado esse ponto primordial, é preciso se debruçar ainda sobre: i) se os argumentos consequencialistas devem ou não prevalecer sobre os argumentos deontológicos, em caso de conflito entre eles; ii) se as consequências relevantes para o direito são apenas as jurídicas ou também as extrajurídicas; e iii) como medir o peso que será dado às consequências em cada caso.

No bojo dessas discussões sobre o uso de argumentos consequencialistas e o ativismo judicial, Schuartz⁶⁸ propõe, de forma inovadora, três arquétipos retóricos que os juízes brasileiros costumam manusear quando se valem de argumentos consequencialistas: o festivo, o militante e o malandro. A diferenciação entre eles, como se verá a seguir, está relacionada à proximidade/distância da *ratio decidendi* com o formalismo e a dogmática jurídica, principalmente nas figuras do raciocínio analógico e do respeito aos precedentes; apesar de não parecer, as terminologias escolhidas pelo autor não são, *a priori*, providas de carga valorativa.

⁶⁷ CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. "Argumento Consequencialista no Direito". *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, v. 6, n. 3, 2016, pp. 7-10.

⁶⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem". *Revista de Direito Administrativo*, 2008, pp. 150-158.

O consequencialismo festivo é, segundo Schuartz, o mais despreocupado em buscar algum ponto tangente com a dogmática, quando *“advoga uma ampla desdiferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas, comandadas por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana da análise econômica do direito”*⁶⁹ e por isso acaba sendo levado menos a sério e tendo menos adeptos do que os próximos dois. O consequencialismo militante é aquele encampado pelo aplicador do direito que não quer se deter diante de algumas regras positivadas no ordenamento jurídico, mas que se vê obrigado a ancorar-se em formas canônicas de interpretação do direito e por isso faz o uso, de quando em vez banal e superficial, da ponderação de interesses e da aplicação direta de princípios constitucionais desamparados de uma abordagem científica para realização de prognoses; como bem alerta Schuartz, esse é um discurso bem enfeitado que diz coadunar o respeito às tradições com as inovações urgidas pelos avanços da modernidade, mas que, ao brincar com fatos, pode transformar-se em uma séria ameaça à autocontenção dos poderes judiciais e à perspectiva de estabilização das expectativas criadas pelo direito.

Por último, temos o consequencialismo malandro, que se diferencia dos demais por buscar através da dogmática jurídica sua legitimidade argumentativa mesmo nos casos em que deve haver uma ruptura com a resposta padrão fornecida pelo direito para o tipo de problema em questão; a malandragem de sucesso é *“um tipo de estratégia que recorre a ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem [...] é a legalização silenciosa de um estado de exceção”*⁷⁰. Perceba-se bem essa sutil diferenciação feita por Schuartz: o consequencialista militante, quando quer relativizar a lei, faz um *pit stop* obrigatório na dogmática para escamotear as suas preferências políticas pessoais; o consequencialista malandro tem uma real reverência pela dogmática, mas sabe que o direito não pode ser imutável e busca genuinamente persuadir as pessoas que compõem a sua comunidade jurídica de que a resposta disruptiva encontrada por ele estava implícita, de alguma forma, no ordenamento jurídico.

⁶⁹ Idem, p. 152.

⁷⁰ Idem, p. 156.

Acredito que a partir de agora já seja viável, com uma boa percepção dos lugares em que se situam os argumentos consequentialistas dentro do direito, rumar para o objetivo final deste trabalho que é o de introduzir casos, no direito brasileiro, em que se faz presente o modo de pensar consequentialista, e depois concluir questionando a compatibilidade deste com o ordenamento jurídico pátrio.

CAPÍTULO 3 - MANIFESTAÇÕES DO CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 - O Artigo 20 da LINDB

Um dos objetivos da Lei 13.655 de 2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), foi o de aperfeiçoar a tomada de decisões, trazendo à baila a consideração dos efeitos práticos, jurídicos e administrativos, oriundos da atividade decisória. O artigo 20, nosso foco de estudo nessa seção, traz *in verbis*: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Na opinião de alguns autores, como Maria Helena Diniz⁷¹, tal norma abre espaço para o subjetivismo pois as autoridades estão livres para apreciar as consequências práticas com base na própria mundividência, e valores morais ou sociais. Isso me parece, com a devida vênia, uma compreensão rasteira do escopo da norma e das intenções do legislador. Ora, é claro que a atividade do hermeneuta é sempre cercada de subjetivismo, por mais objetivo e detalhista que tente ser o legislador mais precavido. O que a norma pretende - e aparentemente ela foi elaborada pensando mais no administrador público do que no próprio juiz, o qual já é orientado pelas normas especiais do artigo 489 do Código de Processo Civil (CPC) - é evitar que haja uma preguiça argumentativa, como diria Carlos Ari Sundfeld⁷², de autoridades decisórias, muitas das quais, percebendo o fenômeno recente do *boom*

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. “Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa”. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law*, v. 19, n. 2, 2018, pp. 307-308.

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, pp. 215 e seguintes.

principiológico no direito, não se intimidam em escolher caminhos que podem levar a uma repercussão social extremamente negativa, isto é, a uma redução de utilidade ou bem-estar generalizada. Isso esvaziaria o sentido e a finalidade da incorporação jurídica de valores abstratos, que obviamente não foi a de dar aos agentes públicos investidos de autoridade para tomar decisões um superpoder para fazer do direito aquilo que bem entenderem. Concluindo, quando o legislador determina a consideração das consequências práticas, é autoevidente que essas considerações deverão estar balizadas pelos princípios do interesse público, da justiça social e da isonomia; essas balizas não eliminam o subjetivismo, o que é teoricamente impossível, mas lhe dão contornos mais transparentes.

Uma outra questão que pode ser aventada pelos críticos da norma contida no artigo 20 da LINDB diz respeito à capacidade das autoridades para prever as consequências futuras da decisão, já que seu conhecimento, em tese, está limitado às informações apresentadas pelos interessados nos autos do processo. Mais uma vez, é preciso separar o joio do trigo. Não seria nenhum pouco razoável por parte do legislador esperar um índice de cem por cento de acerto dos intérpretes da lei quando desse exercício de futurologia, já que as relações de causa e efeito são hoje mais complexas do que nunca, como já dissemos aqui ainda no primeiro capítulo. O que se espera, no entanto, é que o aplicador da lei esteja atento a esse problema e empreenda todos os seus esforços para obstruir a ocorrência de consequências sociais indesejáveis; pegando emprestado conceitos do direito civil, trata-se de uma obrigação de meio e não de resultado. E a própria lei vem resguardá-lo nesse sentido; basta ver, respectivamente, os artigos 28 da LINDB e 143, I do CPC: “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*” e “*o juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude*”.

“O Art. 20 [da LINDB] não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão

tomada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão adotada.”⁷³

A consideração das consequências práticas é quase que indiscernível do juízo de proporcionalidade, que por sua vez é decomposto em três subpartes nos trilhos da divisão feita pela doutrina constitucional alemã: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷⁴. A adequação é o critério mais fácil de ser vencido pois trata apenas da aptidão da decisão para fomentar o fim buscado, que deve ser um fim válido ante o ordenamento jurídico. A necessidade significa que a decisão tomada deve ser, dentre as alternativas válidas, a menos restritiva possível ao direito ou interesse sacrificado. A proporcionalidade *strictu sensu* é a realização de estimativas quanto aos efeitos jurídicos com vistas a definir se os benefícios de uma tutela mais pujante a certo direito - a finalidade da norma - compensam a imposição de medidas restritivas a algum outro. O juízo de proporcionalidade⁷⁵ traz, portanto, parâmetros bem objetivos para a concretização, na casuística, de valores jurídicos abstratos.

3.2 - Controle de Prognoses do Legislativo

Aqui vamos falar de uma hipótese trazida doutrinariamente pelo professor e ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes⁷⁶, mas que foi na prática enfrentada pelo Tribunal Constitucional alemão e que não deixa de ser enfrentada diversas vezes pela Suprema Corte brasileira⁷⁷. Sucede que uma Lei do Estado da Bavária, na Alemanha, condicionava a instalação de novas farmácias a um tipo de autorização especial da autoridade administrativa. O objetivo era o de proteger a saúde pública

⁷³JUSTEN FILHO, Marçal. “Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas”. *Revista de Direito Administrativo*, 2018. p. 39.

⁷⁴ Há uma subsidiariedade de aplicação, sendo que só é possível decidir pela proporcionalidade *strictu sensu* se superadas, nessa ordem, a adequação e a necessidade (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. “O Proporcional e o Razoável”. *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002. p. 34).

⁷⁵ Empregamos o termo “juízo de proporcionalidade” pois, a despeito da doutrina nacional invocar a proporcionalidade como princípio, Alexy diz que se trata de uma regra para aplicação de princípios, e não de um princípio em si (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112).

⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial”. *Revista Jurídica Virtual*, v. 2, n. 8, 2000, pp. 16-18.

⁷⁷ A título de exemplo ver ADI’s 855 e 2290, e ADPF 101.

mitigando, na contramão, a força irradiante da livre iniciativa. Não obstante, estudos consistentes demonstraram que a liberdade no mercado farmacêutico não representava nenhuma ameaça à saúde pública, baseados tanto no direito comparado em relação à situação existente da Suíça, quanto nas opiniões dos experts de que a recente alta na procura por medicamentos estava relacionada com as mudanças nas condições de vida após a Segunda Guerra - com sobrecarga de estresse físico e emocional - e não com a multiplicação de estabelecimentos farmacêuticos. Destarte, aplicando-se-lhe o juízo de proporcionalidade, a referida lei não passou pelo crivo da adequação, já que não ela era apta a proteger o fim a que se destinava, e foi declarada inconstitucional pela Corte germânica.

A decisão no caso das farmácias parece materialmente acertada, mas devemos perscrutar sobre a legitimidade de um órgão do Poder Judiciário para, através do juízo de proporcionalidade, analisar uma prognose legislativa ou executiva, o que foi tomado quase que como um axioma na argumentação desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão.

“A separação de poderes confere ao Judiciário o dever de proteger direitos nos casos concretos (microjustiça) a partir de normas e princípios previamente estabelecidos. Cabe ao Executivo e ao Legislativo o poder de fazer leis e políticas gerais a partir dos recursos escassos, almejando sua melhor distribuição (macrojustiça) por meio de estudos e previsões (prognose).”⁷⁸

Em síntese, estamos nos perguntando aqui se, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o juízo de proporcionalidade judicial pode substituir as escolhas feitas por agentes que estão sujeitos ao *accountability* político à cada ciclo eleitoral, por considerá-las fundamentadas em premissas falsas. No caso das farmácias, o erro de prognose saltava aos olhos. Mas o que fazer nos casos limítrofes nos quais há dúvidas intransponíveis quanto às prognoses, capazes de dividir opiniões mesmo entre especialistas? Se o Judiciário invalidar uma lei por erro de prognose, e o curso do tempo provar que a prognose inicial estava correta, dada as garantias que protegem a carreira de seus membros (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) nada de mais grave acontecerá a eles. Mas então a

⁷⁸ BRITO, DAVI RODRIGUES. “O controle judicial de leis por erros de prognoses segundo o consequencialismo de Neil MacCormick”. *Direito Público*, v. 9, n. 49, 2012, p. 13.

solução seria extirpar essas garantias e promover um *accountability* também no âmbito do Poder Judiciário?

Não há resposta definitiva para essa questão, mas me parece que o mais razoável seria a manutenção das referidas garantias, pelo menos a partir da segunda instância, já que elas se configuram como uma forma de resguardar a imparcialidade dos magistrados que, vez ou outra, são chamados a julgar lides envolvendo interesses de pessoas com alto capital político ou econômico. O que deve haver é um bom senso por parte do Judiciário: ao evitar se espriar sobre temas de prognoses espinhosas, previne, assim, um ativismo judicial irresponsável.

3.3 - Cassação de Mandato Eletivo

Como nos ensina Oliveira, há, no direito eleitoral brasileiro, diversos instrumentos processuais que, caso resultem em condenação, podem levar à cassação do diploma e subsequente perda do mandato eletivo.⁷⁹ Essa, no entanto, é uma sanção muito gravosa à estabilidade político-institucional e à continuidade dos projetos de governo. Será que, sob a escusa de evitar um mal maior para o país, o juiz eleitoral pode deixar de aplicar normas punitivas que, pelo simples raciocínio subsuntivo, teriam como resultado a cassação do mandato eletivo?

Oliveira prossegue afirmando que, no direito eleitoral, o raciocínio consequencialista não é prática usual em sede jurisprudencial. No entanto, o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes num das lides mais importantes e midiáticas da história da Justiça Eleitoral brasileira, qual seja, a cassação da chapa Dilma-Temer nas eleições de 2014 (AIJE 194.358 e AIME 761), mostra que este cenário pode vir a sofrer modificações nos próximos anos. Em seu artigo, o autor faz uma livre degravação de um trecho do voto falado do ministro:

⁷⁹ São elas: a Ação de Investigação Judicial, por abuso de poder político ou econômico (AIJE, art. 22 da LC nº 64/1990); a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME, art. 14, § 10, da Constituição Federal); o Recurso contra a Diplomação (art. 262 do Código Eleitoral); a Representação contra Captação Ilícita de Sufrágio (art. 41-A da Lei das Eleições); a Representação contra Arrecadação e Gastos Ilícitos de Campanha (art. 31-A da Lei das Eleições); e, ainda, as ações penais eleitorais, a depender do caso (OLIVEIRA, Vinícius de. “Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: uma análise de sua legitimidade”. *Estudos Eleitorais*: vol. 13, n. 1, 2018, p. 151).

“[...] agora o objeto dessa questão é muito sensível e não se equipara com qualquer outro porque tem como *ethos*, como pano de fundo, a soberania popular, por isto é que a Constituição estabelece limites. Quando eu vi o levantamento que o Ministro Herman fez eu fiquei até preocupado porque, a rigor, nós deveríamos cassar todos os seus atos, pelos fundamentos trazidos, até 2006... Daqui a pouco, não vamos ter nem mais os colegas do Tribunal porque, daqui a pouco, Ministra Rosa, o seu ato estaria eivado, o ato de nomeação de Vossa Excelência., estaria eivado de vício, porque foi indicada por uma Presidente que já teve seu mandato contaminado e todos os outros colegas, muitos colegas [...]”⁸⁰

Gilmar Mendes acabou fazendo o uso de argumentos deontológicos e processuais em sua *ratio decidendi* para fundamentar a absolvição da chapa Dilma-Temer. Mas a fala do ministro indica que é possível inferir, dos princípios integrantes da Constituição Federal de 1988, a obrigação do julgador em dar um passo atrás antes de aplicar o rigor da norma punitiva. Quais as implicações da nulidade de um mandato presidencial? Todos os outros agentes públicos que foram nomeados por ele (a) ficarão também em situação irregular? Se sim, o que dizer dos variados atos administrativos praticados por todas essas pessoas? E quanto aos decretos, projetos de lei e medidas provisórias de autoria presidencial?

Enfim, toda essa conjuntura vem dar azo a um juízo de ponderação entre os princípios da soberania popular, da isonomia, da moralidade pública e da máxima igualdade da disputa eleitoral - como justificantes da incidência da norma eleitoral e a decorrente cassação de mandatos eletivos que, de alguma forma, infringiram a legislação -, e os princípios da segurança jurídica, da eficiência administrativa e da estabilidade institucional - como justificantes do afastamento da eficácia da norma eleitoral e a decorrente preservação do mandato.

A reflexão é deveras pertinente e de novo, como já dissemos anteriormente, o bom gerenciamento do ordenamento jurídico irá requerer uma majestosa sensibilidade do magistrado para com as peculiaridades do caso concreto, não existindo uma fórmula mágica *ex ante* que possa dar conta de tudo; questões como o tempo já cumprido de mandato, a magnitude do mandato eletivo em xeque (não há como negar que a cassação de um mandato presidencial gera mais implicações do a do mandato um vereador, por exemplo) e o grau de lesividade da conduta à lisura

⁸⁰ Idem, p. 156.

do pleito terão, obrigatoriamente, que ser consideradas. Uma saída que também merece deferência é levar a cabo a cassação do mandato combinada com a manutenção dos atos já praticados pelo político eventualmente cassado; é o que acontece no direito administrativo quando, pela teoria da aparências, os atos praticados por agentes de fato putativos⁸¹, ou seja, investidos de forma irregular, são preservados perante terceiros em nome da boa-fé, da segurança jurídica e do interesse público.

3.4 - Análise Econômica da Responsabilidade Civil e da Jurisprudência do STJ na Regulamentação do Serviço Público de Telefonia Móvel Pré-Paga

Antes de irmos aos tópicos específicos deste subcapítulo, vamos rememorar o papel exercido por um praticante da Análise Econômica do Direito:

“Um jurista se vê como um praticante da 'ciência da escolha humana' e é precisamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social.”⁸²

Faremos também uma importante pausa para diferenciar a Análise Econômica do Direito normativa, como foi apresentada até aqui (baseada principalmente no pensamento tardio de Posner), do consequencialismo festivo de Schuartz. Este último, com sua atitude desdenhosa e recalcitrante para com a dogmática e ensino jurídico mais ortodoxos, despreza completamente as vantagens do império do direito mencionadas por Posner, como a previsibilidade, continuidade e imparcialidade. Ademais, é sempre bom recordar que os juízos sobre consequências são juízos fáticos, moralmente neutros, e a escolha da carga

⁸¹ Classificação encontrada na doutrina de CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 2013, p. 593.

⁸² GICO JÚNIOR, Ivo T. “Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito”. *Direito UNIFACS–Debate Virtual*, n. 160, 2013, p. 28.

axiológica que se atribuirá a cada consequência é um ofício que o juseconomista mais responsável prefere não se intrometer. Vamos desenvolver um exemplo já tangenciado duas vezes ao longo deste trabalho para elucidar a questão.

Suponhamos que o legislador brasileiro, futuramente, viesse a entender ser oportuna a legalização de todas as drogas no país, em nome de princípios como a liberdade pessoal e a alteridade em direito penal; e que estudos com forte respaldo científico demonstrassem (frise-se, hipoteticamente) que, após entrar em vigor, a legislação implicaria aumento exponencial no consumo, queda da produtividade média do trabalhador brasileiro e sobrecarga do Sistema Único de Saúde (SUS). Diante desse cenário, um intérprete consequencialista festivo poderia, alegando buscar uma política pública mais eficiente, declarar a inconstitucionalidade incidental da norma para continuar criminalizando as condutas de usar e de vender drogas. Um juseconomista praticante da AED normativa, ao menos na vertente do pragmatismo jurídico de Posner, sabe que consequências são, *a priori*, amorais e que a tarefa de valorá-las não cabe exclusivamente ao intérprete, mas sim à toda a sociedade que, no regime político da democracia representativa vigente no país, o faz através de seus representantes eleitos.

Mas então em que situação o nosso juseconomista primará pela busca da eficiência? Nas brechas oferecidas pelos padrões jurídicos, onde não há uma regra ou um precedente vinculante a ser aplicado. Assim, se o legislador estabelecesse, nessa mesma norma, penalidade de multa para estabelecimentos que vendessem drogas contendo substâncias não certificadas ou adulteradas, o juiz versado na AED, para quantificar a aplicação da multa, buscaria o meio termo entre um *quantum* excessivo que não fosse nem economicamente inibitório à exploração dessa atividade comercial - indesejável já que a intenção é justamente a de permiti-la -, nem brando a ponto de incentivar tal irregularidade, nociva ao consumidor final.

Isso posto, vamos ao objetivo deste capítulo, começando pela análise econômica da responsabilidade civil. Na mesma linha da atual doutrina civilista, Püschel⁸³ afirma que, atualmente, são três as principais funções exercidas pela

⁸³ PÜSCHEL, Flavia Portella. "Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil". *Revista Direito GV*, v.1, n.1, 2005, p. 93.

responsabilidade civil: indenização da vítima, distribuição dos danos entre os membros da sociedade (decorrente da solidariedade social) e prevenção de comportamentos anti-sociais, sendo que a distribuição dos danos pode ser vista como um meio de facilitar a compensação da vítima. Portanto, o ponto nevrálgico e estruturante de todo um sistema de responsabilidade civil é saber se será dada proeminência para sua função indenizatória ou para sua função preventiva.

Em sua tese de doutorado, Venturi leciona que a *law and economics* volta a atenção para a necessidade de que a função preventiva assuma esse destaque: “se o sistema da responsabilidade civil possui um verdadeiro propósito atualmente deve estar ligado a criação de incentivos para a redução dos riscos”⁸⁴. A função reparatória, segundo a autora, é melhor administrada dentro da dinâmica do mercado privado de seguros do que no sistema de atribuição de responsabilidades do direito. Seguindo esse mesmo raciocínio, Calabresi⁸⁵ entende que uma lógica de responsabilidades fundada na culpa deve ceder lugar ao princípio do *cheapest cost avoider* (que em tradução literal seria algo como o “evitador a menor custo”), recaindo a responsabilidade sobre quem teria o menor custo para evitar o risco que ocasionou o dano; isso seria a solução mais eficiente, ao menos no critério de Kaldor-Hicks: se alguém tem que ter sua riqueza/utilidade reduzida para minorar os riscos de uma atividade X ou de um produto Y, que seja aquela pessoa, física ou jurídica, que sofrerá o menor desfalque de riqueza/utilidade possível. Se o direito passa a responsabilizar civilmente essa pessoa, independentemente da análise de sua culpa, estará criando um nítido incentivo para que a atitude preventiva seja encampada, no futuro, antes da ocorrência do dano oriundo do risco, pois a eventual ocorrência do dano levaria o *cheapest cost avoider* a ter um custo econômico maior do que teria para prevenir o risco. Se considerarmos os riscos como externalidades negativas, o modelo proposto por Calabresi é uma forma eficiente de internalizá-los.

Mas ora, como compatibilizar essa visão com o ordenamento jurídico brasileiro, no qual a culpa, via de regra, é *conditio sine qua non* para a imputação de

⁸⁴ SHAVELL, Steven. “Foundations of economic analysis of law”. *Cambridge: Harvard University Press*, 2004, p. 268 *apud* VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

⁸⁵ CALABRESI, Guido; HIRSCHOFF, Jon T. “Toward a test for strict liability in torts”. *The Yale Law Journal*, v. 81, n. 6, 1972, pp. 1055-1060.

responsabilidade civil?⁸⁶ Venturi faz aqui uma colocação pertinente ao dizer que o sistema responsabilizante com enfoque preventivo é o que mais se harmoniza com um Estado garantidor de direitos fundamentais inalienáveis e extrapatrimoniais pois, uma vez ocorrido o dano a qualquer desses direitos - como a vida, a liberdade, a intimidade, a honra, a integridade física e psíquica -, sua conversão em pecúnia, por maior que seja a monta, não será capaz de repará-lo a contento, pois são duas categorias ontologicamente distintas; o ideal a ser perseguido pelo direito é que haja uma antecipação do momento da tutela e que esse tipo de dano jamais venha a acontecer⁸⁷. Em contrapartida, é preciso apreciar que, para incentivar agentes economicamente poderosos a atuar em função de mitigar os riscos de seus produtos ou atividades, seria necessário impor a eles valores indenizatórios vultuosos, o que pode esbarrar na regra do Art. 884 do Código Civil brasileiro, que veda o enriquecimento sem causa; a solução seria reverter parte desse montante para o Estado, o que torna questionável se não há uma violação indireta à norma constitucional que determina a proibição de pena sem prévia cominação legal.

De toda sorte, esse assunto possui uma vastidão inesgotável (poderíamos ainda discorrer sobre responsabilidade civil sem dano, danos morais coletivos, teorias do risco etc.), mas acredito que o objetivo inicial de demonstrar o *modus operandi* da AED pinçando um tema quente nas searas doutrinária e jurisprudencial brasileira foi alcançado. Passemos agora ao estudo do próximo tópico, no qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) recorreu a argumentos consequencialistas para ratificar uma norma estabelecida pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) que havia sido impugnada em instância inferior.

A síntese do caso é a seguinte: o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com Ação Cvil Pública objetivando a declaração de nulidade das cláusulas que preveem a perda dos créditos adquiridos após a expiração de determinado lapso temporal, ou condicionam a continuidade do serviço à aquisição de novos créditos,

⁸⁶ O Código Civil brasileiro adota, como regra, a responsabilidade civil subjetiva, i.e., fundada na culpa do agente, com base na interpretação conjugada de seus artigos 186 e 927 *caput*. Além disso, mesmo nas relações de consumo, em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro devem ser analisadas, pois elidem o nexo causal.

⁸⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 133-136.

nos contratos firmados entre os usuários de serviço de telefonia móvel celular, na modalidade pré-paga, e as prestadoras réis (Oi, Vivo, Tim e Amazônia Celular S/A). Essas cláusulas possuíam respaldo legal na Norma 03/98 e artigos 55 e 56 da Resolução 316/2002, ambas da ANATEL, que exerceu seu poder normativo outorgado pela Lei 9.472/98. Após ter seu pleito negado em sede de primeira instância, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) deu provimento ao pedido do MPF e determinou o imediato cumprimento do *decisum*.

“A justificativa apresentada pelo Tribunal [TRF1] para anular a regulamentação da Agência reguladora baseou-se nos direitos individuais do consumidor/usuário do serviço público de não terem os seus créditos confiscados pelas operadoras de telefonia celular, por entender se tratar de condições abusivas impostas pela fornecedora do serviço com respaldo em ato normativo da agência, desconsiderando possíveis consequências na alteração da regulamentação questionada.”⁸⁸

A ANATEL ingressou então com o Pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1818/DF no STJ. O Tribunal da Cidadania, ao dar provimento ao pedido da agência reguladora para suspender os efeitos do acórdão, ressaltou a sua competência técnica-científica para acolher os seus argumentos que indicavam que uma modificação nas regras do serviço de telefonia móvel pré-paga causaria sérios prejuízos ao consumidor final, um mercado com mais de 212 milhões de usuários, ao invés de proteger seus direitos, pois tornaria a prestação desse serviço mais dispendiosa. A lógica explicitada pela agência no processo é relativamente simples: na ausência de um lapso temporal para a prescrição dos créditos dos celulares, as operadoras seriam obrigadas a manter ativas todas as linhas, mesmo as que não estivessem mais em uso; isso geraria uma alta de custos relativos a inovações tecnológicas e a investimento em equipamentos idôneos para não só absorver a crescente demanda, como também para manter em funcionamento as chamadas “linhas fantasmas”; como a legislação impõe a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (lembrando que as operadoras de telecomunicações são concessionárias de serviço público), esses custos acabariam tendo que ser repassados ao consumidor final através da elevação tarifária, o que seria um grande ônus especialmente para os usuários de baixa renda. Trata-se de um excelente

⁸⁸ CARDOSO, Germano Bezerra. “Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17, n. 112, 2015, p. 308.

exemplo em que, a despeito das boas intenções do *parquet*, o uso da teoria econômica para uma vistoria mais detida obstou uma decisão judicial ingênua.

3.5 - A Modulação dos Efeitos no Controle Concentrado de Constitucionalidade em Matéria de Direito Tributário

Historicamente, duas formas de enfrentar a inconstitucionalidade normativa rivalizam entre si: uma, a estadunidense, considera a norma inconstitucional nula desde sua origem e por isso inapta a produzir qualquer efeito (eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade); outra, inaugurada pela constituição austríaca, propõe que a norma seja considerada anulada após o trânsito em julgado da sentença e por isso seus efeitos pretéritos são preservados (eficácia *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade). A tendência do controle concentrado moderno é a adoção de um sistema misto, que estabeleça uma das duas regras, mas permita à autoridade judicial excepcioná-la a depender do caso. É o que acontece hoje no Brasil; o artigo 27 da Lei 9.868 de 1999 dispõe que:

“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” (grifos nossos).

Lunardi⁸⁹ afirma que esse poder do artigo 27 é conferido ao julgador para que ele não se sinta pressionado a analisar o mérito do objeto da ação, ou seja, a compatibilidade da norma com os preceitos constitucionais, premido pelos inconvenientes sociais que possam surgir de uma eventual declaração de inconstitucionalidade. É como se, caso não existisse essa regra, as razões para decidir pela constitucionalidade da norma sempre já começassem vencendo por um a zero. E antes mesmo de haver expressa previsão legal, o Supremo Tribunal Federal (STF) já havia construído, jurisprudencialmente⁹⁰, a possibilidade de

⁸⁹ LUNARDI, Soraya Gasparetto. “Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos”. *Revista de Direito FEAD-PHRONESIS*, n. 5, 2010, p. 107.

⁹⁰ Ementa da ADIN 1108, Item 3: “ressalva do Relator que, invocando política judicial de conveniência, concedia efeito prospectivo ou *ex-nunc* a decisão, a partir da concessão da liminar”.

modulação dos efeitos de suas declarações de inconstitucionalidade nos casos em que a produção de efeitos *ex tunc* poderia violar ainda mais a Constituição.

Passaremos a apresentar, doravante, as conclusões do sublime trabalho feito por Leal e Dias⁹¹ para otimizar a compreensão de como o STF vem fazendo uso dessa prerrogativa que lhe é conferida legalmente, a partir de um recorte de julgados concluídos pela Corte entre 1999 e 2015 em matéria de direito tributário - que é um campo sabidamente profícuo para a propagação de argumentos fundados em consequências práticas, por sua estreitíssima ligação com a economia. Como a modulação só é possível através do voto de 2/3 dos membros, apenas foram examinados julgados proferidos pelo Plenário, o que totalizou 31 acórdãos, dentro dos quais em 25 constatou-se a presença de argumentos consequencialistas.

A partir daqui os problemas começam a ficar nítidos. Em apenas 5, dos 25 acórdãos referidos (i. e. 20% do total), o uso de argumentos consequencialistas foi acompanhado de algum estudo que servisse para embasar as prognoses feitas pelos Ministros. Por “estudo” os autores consideraram documentos ou dados produzidos por terceiro alheio ao processo que versassem especificamente sobre o caso *sub judice*; citações genéricas não foram consideradas.⁹² Isso confirma a hipótese inicial de pesquisa levantada por eles de que a análise dos efeitos práticos das decisões não passam de meros palpites ou intuições dos Ministros, que podem não ser prováveis e, talvez, nem mesmo possíveis se submetidos ao crivo científico. E o cenário fica ainda pior quando se percebe que a existência desses estudos parece ser irrelevante, já que o STF modulou casos em que as consequências pareciam ser duvidosas e deixou de modular outros em que haviam fortes indícios corroborando os efeitos perniciosos de uma decisão retroativa.⁹³

⁹¹ 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*, v. 7, n. 3, 2018, pp. 818-843.

⁹² Como exemplo, Leal e Dias mencionam o RE 405579 em que o Ministro Gilmar Mendes faz uma citação do manual de análise econômica de Cooter e Ulen, porém este não apresenta nenhuma relação direta com o tema em julgamento. (Idem, p. 831).

⁹³ Idem, p. 834.

Um bom exemplo de incongruência do Supremo Tribunal Federal pode ser visto no julgamento da ADIN 4425, na qual diversos dispositivos da Emenda Constitucional nº 62 de 2009, concedendo uma moratória de 15 anos para que Estados, Distrito Federal e Municípios pagassem seus precatórios, foram declarados inconstitucionais. Dada a notória situação crítica do erário de diversos Entes integrantes da República Federativa do Brasil, a questão chave era saber por quanto tempo a norma deveria continuar a produzir efeitos a fim de que houvesse tempo hábil de adaptação financeira-orçamentária à nova realidade. Estudos conduzidos pelos professores José Roberto Afonso e Gabriel Leal de Barros indicavam que, no prazo de 15 anos, apenas 62% dos Estados teriam condições de liquidar todos os seus precatórios, o que significa que, para 38% dos Estados brasileiros, nem mesmo o prazo mais cômodo trazido pela Emenda 69, declarada inconstitucional, seria suficiente para expurgar a mora. A incongruência do STF aparece quando o Ministro Luis Roberto Barroso, tomando como premissa esse mesmo estudo e inconformado com o comodismo dos Entes Federativos, propõe um aumento de 3% no comprometimento das receitas líquidas dos Estados a ser feito com base na “percepção geral” de que este é máximo percentual possível. Conclusão: a prognose A do estudo invocado serviu como fundamentação de uma regra B criada pelo Supremo em sede da modulação de efeitos no bojo da ADI 4425.⁹⁴

Essas duas situações, quais sejam, (i) a prática comum da realização de prognoses pelos Ministros desamparadas de embasamento técnico-científico e (ii) a incongruência no tratamento das prognoses, seja tratando prognoses idênticas de maneiras diferentes, ou fazendo saltos argumentativos para extrair conclusões que extrapolam o conteúdo da prognose incorporada, evidenciam o que Leal e Dias chamam de déficit epistêmico do Supremo Tribunal Federal para lidar com argumentos consequencialistas, o que fatalmente levará a um decisionismo arbitrário, muito próximo ao que Schuartz chamou de consequencialismo militante.

“Se inexistente evidência demonstrando que os ministros têm capacidades epistêmicas melhores do que as de um indivíduo qualquer para atribuir probabilidades a eventos que podem ou não ocorrer no futuro, então a adoção de uma postura deferente aos dados e estudos apresentados pelas partes, talvez, seja a mais

⁹⁴ Idem, pp. 833-834.

adequada se o que se pretende é evitar o decisionismo arbitrário do intérprete. Isto porque, dessa forma, a atribuição de consequências às alternativas decisórias não será fruto de meras intuições dos ministros, mas resultado de trabalhos elaborados por pessoas que supostamente tem a capacidade de avaliar os efeitos da decisão e, portanto, tem melhores condições de fazer as prognoses [...] Caso as partes não apresentem qualquer evidência demonstrando a possibilidade de ocorrência de uma consequência e, ainda assim, o ministro pretenda se valer desta na sua argumentação, poderia ele convocar um perito ou uma comissão de peritos, cujo fim seria precisamente comprovar os efeitos da decisão. A hipótese não é absurda, havendo previsão no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/1999.”⁹⁵

CONCLUSÃO

O direito brasileiro não fecha as portas para o uso de argumentos consequentialistas, o que já fica ostensivamente demonstrado quando a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a *lex legum* do nosso país, determina a consideração das consequências práticas das decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. O princípio da eficiência, consagrado no artigo 37 da Constituição Federal desde a Emenda 19 de 1998, corrobora o entendimento de que, na esfera administrativa, (e por arrastamento também na esfera controladora, que não deixa de lhe ser parte integrante) não há maiores problemas em se abrir caminho para que os atos da Administração que tenham por característica algum grau de discricionariedade levem em conta, quando do juízo de conveniência e oportunidade, os efeitos resultantes do ato, desde que respeitados os elementos vinculados e o princípio da legalidade⁹⁶. Já na esfera judicial é preciso, percorrendo o paradigma delineado inicialmente por Schuartz, tecer algumas considerações mais aprofundadas até porque, em último caso, mesmo os atos da Administração podem sempre ser reexaminados pelo Poder Judiciário.

O consequentialismo do tipo festivo, pelo qual a atividade jurisdicional é tida como uma extensão do ciclo de políticas públicas, me parece ser uma nítida transgressão aos princípios da soberania popular e da separação dos poderes, previstos, respectivamente, no artigo primeiro parágrafo único, e artigo terceiro da

⁹⁵ Idem, pp. 839-840.

⁹⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu curso de Direito Administrativo, 29ª Edição, 2017, p. 115, diz que: “vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente o da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e a ao próprio Estado de Direito”.

Constituição Federal. É inviável haver harmonia e equilíbrio entre os poderes se o Poder Judiciário sobrepuser suas próprias volições às funções típicas do Legislativo e do Executivo, cujos membros, agentes políticos, sofrem *accountability* do voto popular e dispõem do suporte contínuo de um aparato técnico especializado para que a decisão tomada esteja circundada do maior número de informações válidas.

Da mesma forma o consequencialismo militante, apesar de sua casca de adequação à dogmática jurídica, é por dentro uma ríspida bravata à segurança jurídica, direito fundamental de primeira geração previsto implicitamente na Constituição da República segundo a doutrina constitucionalista⁹⁷; o uso indiscriminado de princípios constitucionais abstratos para eclipsar regras previstas na legislação infraconstitucional permite ao Judiciário assumir um protagonismo político que certamente não é referendado pela maior parte da população.

O consequencialismo malandro, ao final das contas, aparenta portar uma boa dose de afinidade com o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988. É fato que não existem direitos absolutos na ordem jurídica brasileira, o que nos é rememorado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência⁹⁸; portanto, a segurança jurídica não pode ser invocada como trunfo para obstar toda e qualquer mudança de entendimento jurisprudencial, como se fosse um vetor paralisante da dinâmica jurídica. Para que o ordenamento jurídico mantenha-se constantemente completo, como na teoria de Norberto Bobbio⁹⁹, mudanças serão necessárias e entendimentos, vez ou outra, terão que ser superados. Mas é claro que descobrir o meio termo, que seja fruto de um bom senso, entre a inércia e o ativismo judicial não

⁹⁷ Há duas acepções do conceito de segurança jurídica. No sentido objetivo significa a proteção contra mudanças retroativas, e aqui a CF/88, Art. 5º, XXXVI, traz expressamente que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. No sentido subjetivo, previsto apenas implicitamente na CF/88, significa certeza do direito, previsibilidade (MAZZA, A. *Manual de Direito Administrativo*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2015, p.137).

⁹⁸ “(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do Art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007, pp. 230 e 231). Ver também: STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ de 12/05/2000, p. 20.

⁹⁹ “Concluindo, a completude é uma condição necessária para os ordenamentos em que valem estas duas regras: 1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Maria Celeste Leite Cordeiro dos Santos, Editora UnB, 6ª Edição, 1995, p. 118).

é tarefa fácil e o máximo que podemos fazer aqui é propor um ponto de partida para começar a trilhar tal intento.

O consequencialismo festivo peca pois, em nome da busca a qualquer custo pela eficiência econômica, acaba atropelando toda a dogmática, sendo portanto, demasiado extrajurídico e falho em cumprir o requisito formal (predicibilidade) proposto por Perelman. O consequencialismo militante é frágil justamente no oposto: ao invocar princípios jurídicos desgarrados do embasamento teórico trazido pela ciência econômica quanto aos efeitos da decisão, vulgariza a principiologia e acaba não cumprindo o requisito pragmático (aceitabilidade) de Perelman. Portanto, o que aqui se propõe, para o alcance de um “consequencialismo malandro”, é que os argumentos consequencialistas intrajurídicos, como na teoria de MacCormick, estejam sempre acompanhados de argumentos consequencialistas extrajurídicos com fulcro principalmente na literatura norte-americana do *law and economics*, e vice-versa. Dessa forma, um irá servir como o limite do outro: o consequencialista festivo acabará encontrando na dogmática uma barreira para decisões onde a busca da eficiência pela eficiência¹⁰⁰ é nitidamente antijurídica, e o consequencialista militante poderá enxergar sem embaraços que a concretização dos valores trazidos pelos princípios só faz sentido caso haja, em alguma media, a promoção da utilidade social, o que não exclui de forma alguma o respeito aos direitos das minorias.

Mas ainda sobra uma questão a ser resolvida: em que casos podem ser utilizados os argumentos consequencialistas? Me parece que, quando se trata de assuntos nos quais há um vácuo legislativo - como é, por exemplo, o caso do Uber e outros aplicativos congêneres¹⁰¹, das criptomoedas¹⁰², da aposentadoria especial

¹⁰⁰ Lembremos que mesmo Richard Posner, após uma abordagem consequencialista mais radical no início de sua trajetória acadêmica, reconhece que não há base moral para limitar o objetivo imediato do direito à maximização da riqueza (POSNER, Richard A. “The Problems of Jurisprudence”. *Cambridge: Harvard University*, 1990, pp. 382 e seguintes).

¹⁰¹ A Lei Federal 13.640 de 2018 legalizou a atividade de transporte individual de passageiros mediante aplicativo, mas delegou aos Municípios/DF a competência para detalhar seu funcionamento, impondo apenas algumas diretrizes gerais. Os Municípios o DF, contudo, não estão obrigados a regulamentar esse serviço.

¹⁰² O PL 2303/2015, em tramitação na Câmara dos Deputados, busca incluir moedas virtuais e programas de milhagem aérea na definição de “arranjos de pagamento” sujeitos à supervisão do Banco Central.

dos servidores públicos¹⁰³, dentre outros -, o julgador pode avançar com mais liberdade por esses argumentos, sem olvidar da analogia e dos costumes. De igual maneira, quando a lei, através de cláusulas genéricas, autoriza o julgador a formar sua convicção levando em consideração fórmulas como o interesse, a justiça ou a função social, ele estará legitimado a raciocinar com base em consequências, pois, com certeza, a intenção do legislador era a de, diante de situações hipercomplexas, permitir uma solução *ad hoc* e estilizada pelo magistrado para que a norma não tenha uma breve obsolescência. É o que acontece no caso, já analisado, do artigo 27 da Lei 9.868 que versa sobre a modulação de efeitos no controle concentrado de constitucionalidade; também pode-se mencionar o artigo 421 do Código Civil c/c seu parágrafo único que determinam a função social do contrato e a intervenção mínima do Estado nas relações contratuais como hipótese de uma normatividade com textura aberta - um padrão jurídico, na nomenclatura de Posner.

Quando o assunto, no entanto, é disciplinado de forma específica pelo legislador, seja ele constituinte ou ordinário, e também nos pleitos, cada vez mais frequentes, de judicialização das políticas públicas, parece mais correto que o juiz adote uma postura bastante contida para não fazer substituir-se ao legislador ou ao administrador. Nestes casos, havendo ambiguidade ou dúvidas judiciais sobre a a melhor leitura do conjunto normativo aplicável, as técnicas tradicionais de hermenêutica e exegese devem se sobressair¹⁰⁴. Decisões que ignoram ou então declaram a inconstitucionalidade de uma regra em face de princípios de natureza indeterminada devem ser sempre vistas como a última *ratio*, já que se trata de medidas bastante invasivas à alçada dos demais Poderes e que não podem ser trivializadas de forma alguma. Quando, porém, a ponderação de princípios for inevitável à solução do caso (situação não incomum no atual paradigma pós

¹⁰³ Apesar de não haver lei em sentido formal, o STF editou a Súmula Vinculante nº 33, dispondo que: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”.

¹⁰⁴ A doutrina costuma distinguir seis métodos de interpretação: gramatical, lógico, sistemático, histórico/sociológico e teleológico/axiológico (RAMOS, Chiara. *Normas introdutórias de hermenêutica jurídica clássica*. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29254/nocoos-introdutórias-de-hermeneutica-juridica-classica>>. Acesso em: 28 de jun. de 2019). Esses métodos são legatários das contribuições dadas pelos positivistas ideológicos, que buscaram encontrar a melhor maneira de compreender o significado da lei. Quanto aos métodos integrativos, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Art. 4º dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

positivista), o juízo trifásico de proporcionalidade - engendrando o exame dos efeitos socioeconômicos da decisão - deve ser ferramenta de grande valia para concretizar, do modo mais objetivo hoje conhecido, esses valores abstratos.

De qualquer forma, as reflexões sobre o consequencialismo na argumentação jurídica do direito brasileiro ainda são incipientes (é bom lembrar a nossa atual Constituição acabou de completar 30 anos) e, em um curto período de tempo, devemos ter mais avanços sobre o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. “Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 29, 2006.

ANDRADE, Érico. “O homem vazio: uma crítica ao utilitarismo”. *TRANS/FORM/AÇÃO: REVISTA DE FILOSOFIA*, v. 36, n. 2, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 13, 2009

BITTENCOURT, Caroline Müller. “Problemas de filosofia do direito”. *Revista do Direito Unisc, Santa Cruz do Sul*, nº 40. 2013.

BRITO, Davi Rodrigues. “O controle judicial de leis por erros de prognoses segundo o consequencialismo de Neil MacCormick”. *Direito Público*, v. 9, n. 49, 2012.

CARDOSO, Germano Bezerra. “Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 17, n. 112, p. 293-313, 2015.

COSTA, Claudio F. “Razões para o utilitarismo: uma avaliação comparativa de pontos de vista éticos”. *ethic@- An international Journal for Moral Philosophy*, v. 1, n. 2, p. 155-174, 2002.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. “Argumento Consequencialista no Direito”. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, v. 6, n. 3, 2016.

DE MELO JORGE, Nagibe. “Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica?”. *REVISTA QUAESTIO IURIS*, v. 7, n. 2, p. 509-532, 2014.

DE MORAES GODOY, Arnaldo Sampaio. “Direito e economia: introdução ao movimento law and economics”. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 7, n. 73, p. 01-10, 2005.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. "O Direito e a ética em Bentham e Kant: uma comparação". *Trans/Form/Ação*, v. 38, n. 1, p. 147-166, 2015.

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

DUTRA, Alexandre Pereira. "Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação". *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 64, 2015.

ESTEVES, Júlio. "As críticas ao utilitarismo por Rawls". *ethic@-An international Journal for Moral Philosophy*, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2002.

FREIRE, Msc Alonso Reis Siqueira. "Odisseu ou Hércules? Sobre o pragmatismo e a análise econômica do direito de Richard A. Posner". *Revista Eletrônica do Curso de Direito-PUC Minas Serro*, n. 3, p. 21-45, 2011.

GICO JÚNIOR, Ivo T. "Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito". *Direito UNIFACS-Debate Virtual*, n. 160, 2013.

GERALDO, Pedro Heitor Barros. "O utilitarismo e suas críticas: uma breve revisão". *Anais do XV*, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. "Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-41, 2018.

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*, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2018.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2009.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Modulação temporal dos efeitos no processo de controle de constitucionalidade e influência de argumentos econômicos*. Revista de Direito FEAD-PHRONESIS, n. 5, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2001.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo, Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia R.; JESUS, Ricardo AR. "A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick:

caracterização, limitações, possibilidades”. *Revista Novos Estudos Jurídicos/ UNIVALI*, v. 16, n. 2, p. 207-221, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Editora Forense, 20ª Edição, 2011

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Fundamentos para uma teoria da decisão judicial*. 2012.

NASCIMENTO, Roberta Simões. *O consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: um estudo crítico*. 2017.

OLIVEIRA, Vinícius de. “Considerações pragmáticas na fundamentação das decisões de cassação de mandato eletivo: uma análise de sua legitimidade”. *Estudos Eleitorais*: vol. 13, n. 1, 2018.

PIROZI, Maurício José Machado. *Consequencialismo judicial - Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças*. 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. *Revista de Direito Administrativo*, 2008.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014.