

O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões*

Legal consequentialism and the Act of Introduction to Brazilian Law: the scientificity of predictions on the practical consequences of public decisions

Emerson Gabardo**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)
Universidade Federal do Paraná (Brasil)
emerson.gabardo@pucpr.br

Pablo Ademir de Souza***

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
pablo.asouza@hotmail.com

Recebido/Received: 06.09.2020 / September 6th, 2020

Aprovado/Approved: 21.10.2020 / October 21st, 2020

Como citar este artigo/*How to cite this article*: GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1452.

* O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 (Programa CAPES/PRINT).

** Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) com pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law, EUA (2013). Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR – Curitiba, PR, Brasil). Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR (Curitiba, PR, Brasil). Professor Visitante Sênior na Universidade da Califórnia, EUA (2020). *E-mail*: emerson.gabardo@pucpr.br.

*** Acadêmico do quinto ano da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR – Curitiba, PR, Brasil). Pesquisador vinculado ao Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC) da UFPR. Pesquisador bolsista do Programa de Educação Tutorial (PET) da Faculdade de Direito da UFPR.

Resumo: O presente trabalho tem como ponto de partida a existência de problemas hermenêuticos que seriam causados pela prevalência do modelo de fundamentação focado em princípios no Direito brasileiro. A resposta comumente oferecida é a alteração de paradigma, rumo ao pragmatismo. O objetivo é discutir a problemática da aplicação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a partir das teorias consequencialistas da decisão judicial, especialmente no que tange à cientificidade da previsão quanto às prováveis consequências apontadas pelos julgadores. O método utilizado foi o descritivo, a partir de análise bibliográfica direta. A partir do debate sobre o consequencialismo enquanto teoria da decisão judicial, foi possível traçar um panorama sobre alguns problemas relativos à aplicabilidade do art. 20 da LINDB. Um deles se refere à questão da cientificidade das previsões utilizadas como fundamento das decisões, ou, em outros termos, o problema da validade da etapa descritiva do consequencialismo. O primeiro problema refere-se às questões temporais e financeiras que a encomenda de estudos técnicos específicos para cada caso pode acarretar à realidade dos tribunais. O segundo problema trabalha o cenário hipotético ideal, no qual todas as decisões são lastreadas com estudos técnicos e pareceres realizados com o maior rigor metodológico possível. No entanto, mesmo neste cenário, as previsões lastreadas por estudos, pareceres e decisões se limitariam a descrever juízos probabilísticos sobre a realidade – podendo implicar subjetivação do processo e deturpações do resultado. A revolução científica operada através dos métodos quantitativos alterou a percepção sobre a verdade buscada através da ciência. Deixou-se a busca das verdades determinísticas em detrimento das verdades probabilísticas. Todavia, a ausência de lastro probatório adequado para as previsões pode relegar o argumento consequencialista ao senso intuitivo dos operadores que, por sua própria natureza, não possuem habilitação sobre outras áreas do conhecimento. Ao final, toda esta conjuntura pode favorecer a impactação de fenômenos como o *Lawfare*, o populismo judicial e o moralismo político na decisão dos administradores, controladores e juízes – o que caminha em sentido inverso à ideia original de busca por uma solução aos problemas hermenêuticos do Direito brasileiro neste início do século XXI.

Palavras-chave: Consequencialismo jurídico. LINDB. Teoria da decisão judicial. Eficiência. Análise Econômica do Direito.

Abstract: The work has as a starting point the existence of hermeneutic problems that would be caused by the prevalence of the grounding model focused on principles in Brazilian Law. The answer commonly offered is a paradigm shift towards pragmatism. The objective is to discuss the problem of the application of art. 20 of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law based on the consequentialist theories of the judicial decision, especially with regard to the scientificity of the forecast as to the likely consequences pointed out by the judges. The method used was descriptive, based on direct bibliographic analysis. From the debate on consequentialism as a theory of judicial decision, it was possible to draw an overview of some problems related to the applicability of art. 20 from LINDB. One of them refers to the question of the scientificity of the predictions used as the basis for decisions, or, in other words, the problem of the validity of the descriptive stage of consequentialism. The first problem concerns the temporal and financial issues that the commissioning of specific technical studies for each case can bring to the reality of the courts. The second problem deals with the ideal hypothetical scenario, in which all decisions are backed by technical studies and opinions carried out with the greatest possible methodological rigor. However, even in this scenario, the forecasts backed by studies, opinions and decisions would be limited to describing probabilistic judgments about reality –which may imply subjectification of the process and distortions of the result. The scientific revolution operated through quantitative methods changed the perception of the truth sought through science. The search for deterministic truths was left to the detriment of probabilistic truths. However, the absence of adequate probative ballast for the predictions can relegate the consequentialist argument to the intuitive sense of the operators who, by their very nature, do not have qualifications in other areas of knowledge. In the end, this whole situation may favor the impact of phenomena such as *Lawfare*, judicial populism and political moralism in the decision of administrators, controllers and judges –which goes in the opposite direction to the original idea of seeking a solution to the hermeneutical problems of the Brazilian law at the beginning of the 21st century.

Keywords: Legal consequentialism. LINDB. Theory of judicial decision. Efficiency. Economic Analysis of Law.

Sumário: **1** Introdução – **2** O consequentialismo ou os consequentialismos? – **3** O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a previsão dos resultados – **4** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A discussão quanto à normatividade das prováveis consequências práticas da decisão para fins de fundamentação, chamada de consequentialismo jurídico, é relativamente recente no campo do Direito brasileiro. Este debate, no entanto, já ocorre há décadas no campo científico, representado, paradigmaticamente, pelo embate entre a teoria do “direito como integridade”, representada por Ronald Dworkin, e a teoria instrumental do Direito, entendido como meio para busca de resultado desejados pela sociedade, cujo principal expoente é Richard Posner. Particularmente no Brasil do século XXI, certa “fascinação” pelo uso dos princípios vem promovendo resultados indesejáveis ao sistema.¹ A dificuldade do Poder Judiciário e, particularmente, do Supremo Tribunal Federal conquistar colegiadamente uma “visão constitucional substantiva” produzindo uma racionalidade para além dos aspectos procedimentais é uma das ilustrações dessa situação.² Mas, mesmo se focada a questão substantiva, de fato o Brasil passa por um momento difícil, considerando que a atribuição de diferentes significados aos princípios têm se prestado recorrentemente com instrumento de flagrante violação do Direito positivo, desvirtuando o dever de motivação.³

A crise hermenêutica decorrente dessa realidade acaba gerando ineficiência, instabilidade e insegurança jurídica, favorecendo, por um lado, o subjetivismo na aplicação do Direito e, por outro, sugerindo a necessidade de uma virada rumo ao pragmatismo.⁴ Não é de hoje que o ordenamento positivo brasileiro impõe ao juiz que, no momento de aplicação da lei, deve atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁵ Disposição legal esta que já

¹ NOBRE JR., E. P. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 43.

² FIGUEIREDO, M. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018. p. 122.

³ Nesse sentido: MARTINS, R. M. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2. p. 135-164, maio/ago. 2018.

⁴ O problema se torna ainda mais significativo face ao advento das novas tecnologias de inteligência artificial em que algoritmos passam a tomar decisões públicas em lugar dos seres humanos. Sobre o assunto, ver: FIGUEIREDO, C. R. B. de; CABRAL, F. G. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; BRAVO, Á. A. S. Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; STRINGHINI, A. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

⁵ Artigo 5º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

significava para alguns autores a porta de entrada do consequencialismo no Direito brasileiro;⁶ isso muito antes da inclusão do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da Constituição.⁷ Entretanto, esta redação clássica acabou por perder relevância prática e efetiva função hermenêutica em um ambiente de radicalização pós-positivista no qual o ativismo judicial (que acaba por ser reproduzido pelos demais órgãos de controle) carece de constrangimentos,⁸ além de configurar um fenômeno dogmático ambíguo.⁹

Prova disso é a promulgação, no ano de 2018, da Lei nº 13.655/18, que inseriu o artigo 20 no Decreto-Lei nº 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Sua redação consagra expressamente a necessidade de consideração das consequências práticas da decisão quando seu fundamento tenha como base valores jurídicos abstratos. Literalmente, seus termos são os seguintes: “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Há, no entanto, diversos problemas quanto à aplicabilidade dessa norma.

O presente trabalho objetiva discutir a problemática da aplicação do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro a partir das teorias consequencialistas da decisão judicial, especificamente sob o aspecto da cientificidade da previsão quanto às prováveis consequências apontadas pelos julgadores, ou, em outros termos, a questão da validade formal da etapa descritiva do consequencialismo. O primeiro tópico, a fim de identificar os possíveis problemas oriundos da consideração das consequências para fins decisórios, analisa parte das diversas teorias consequencialistas defendidas pela academia, bem como parte das críticas realizadas. Na sequência, o debate é contextualizado para o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange ao artigo 20 da LINDB, a fim de se discutir a problemática que circunda a previsão das consequências práticas das decisões jurídicas (judiciais, administrativas e controladoras).

⁶ Como exemplo destes autores, conferir: AGUIAR, J. C.; HABER, M. T. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017.

⁷ GABARDO, E. Princípio da eficiência. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia> Acesso em: 10 ago. 2020; HACHEM, D. W.; GABARDO, E. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 131-167, jul./dic. 2018.

⁸ ARAÚJO, L. F. D. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

⁹ CRISTÓVAM, J. S. da S.; CIPRIANI, M. P. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, set./dez. 2017.

2 O consequencialismo ou os consequencialismos?

O debate sobre o consequencialismo jurídico enquanto teoria da decisão judicial, isto é, a utilização de consequências do caso concreto com um grau de normatividade apto a determinar qual seria a interpretação adequada para o caso analisado, traz diversos problemas no contexto brasileiro. Trata-se de uma teorização característica do sistema de *Common Law* que tem sido transplantada para o sistema *Civil Law* brasileiro sem um processo adequado de adaptação. Ainda que a racionalidade que lhe é inerente não seja uma absoluta novidade para qualquer que seja a tradição jurídica sob análise, por certo o modelo europeu continental fundou um sistema baseado em uma dogmática apriorística, enquanto a tradição anglo-americana percorreu um caminho diverso – instaurando uma dicotomia que se tornou clássica, mas que vem sendo contestada.

A ciência costuma trabalhar com dicotomias explicativas da realidade. Na metodologia é comum a referência ao método dedutivo ou ao método indutivo;¹⁰ na historiografia, é comum a referência a práticas e representações;¹¹ no plano moral, merecem destaque as distinções entre a ética da convicção e a ética da responsabilidade.¹² No Direito, existem argumentos decorrentes de princípio e argumentos decorrentes de análise de consequências que podem fundamentar as decisões. Todavia, em quaisquer dessas dicotomias, não é possível ser identificada uma delas como a verdadeira ou mais eficiente. Nem mesmo é possível concluir que quaisquer das opções oferecem um critério mais seguro de decisão a respeito das escolhas da vida – ou que uma é mais “idealista” que a outra.¹³ E isso vale, particularmente, para o Direito.

Os princípios inserem-se num grupo de instrumentos legitimadores da atividade decisional estatal mais ligado à moral, à ética, à axiologia (o que implica uma ênfase na valorização da busca pela verdade); as consequências inserem-se num grupo de instrumentos legitimadores da atividade estatal mais ligado à política, à eficiência, à teleologia (o que implica uma ênfase na valorização da busca pela eficiência).

¹⁰ POPPER, K. *A lógica da pesquisa científica*. 12. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny S. da Motta. São Paulo: Cultrix, 2012.

¹¹ CHARTIER, R. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

¹² VERNENGO, R. J. Ética reflexiva y ética da responsabilidade em Max Weber. *Doxa*, Alicante, n. 15-16, p. 561-570, 1994.

¹³ Discorda-se, portanto, da visão de Eduardo Jordão a respeito do assunto. As “idealizações” possivelmente dominantes na mentalidade jurídica tradicional brasileira são apenas substituídas por novas “idealizações” pragmatistas com a nova LINDB. Não se discorda, todavia, que a lei pode fomentar mais empatia entre controladores e controlados, além colaborar na solução de alguns dos problemas do Direito Público brasileiro. Apenas não se comunga da visão romântica do autor sobre os benefícios da mudança legislativa. Cf.: JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no Direito Público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

Todavia, ambos os critérios podem ser úteis ou inúteis, podem ser corretos ou incorretos, dependendo do comportamento do intérprete na sua aplicação – o que implica o reconhecimento de diferentes variáveis de indeterminação do resultado hermenêutico.

No caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação se dá pela capacidade de abstração (abstração esta que é limitada pelo seu caráter apriorístico). No caso dos fundamentos consequencialistas, a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto). Mas o fato é que os dois critérios podem deixar de ser úteis ou corretos se corrompidos pela subjetividade da autoridade intérprete – conclusão que talvez possa frustrar alguns grandes entusiastas da importação do consequencialismo para a realidade brasileira como panaceia para os problemas de segurança jurídica e eficiência do sistema,¹⁴ o que não implica uma recusa da importância da nova tendência. Parece bastante oportuna a busca por alternativas e por visões que causem impacto no *status quo*, haja vista que é um consenso a sua precariedade. É incomum ser encontrado algum jurista totalmente satisfeito com a modelagem atual da fundamentação e aplicação do Direito, o que justifica e legitima a busca de alternativas, por exemplo, a inspiração na visão consequencialista.

A discussão quanto às consequências práticas de determinada ação ou decisão também é chamada de pragmatismo, e é estudada no campo da filosofia moral. O consequencialismo, nessa seara, é concebido como a característica da “matriz pragmatista” que “prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito”.¹⁵ Junto ao consequencialismo, também compõem as características da matriz pragmatista o *antifundacionismo*, tomado como a rejeição sistemática a dogmas e verdades absolutas, apriorísticas e fixas; e o *contextualismo*, que, ao rejeitar abstrações

¹⁴ Portanto, ao contrário do que assevera Marçal Justen Filho, numa dimensão puramente principiológica, é perfeitamente possível ser extraída uma solução determinada para disciplinar a vida social. E isso também seria possível se o intérprete operasse apenas na dimensão pragmática. Aparentemente, o autor confunde a ideia da recepção pelo sistema jurídico de uma solução única, com a possibilidade de divergência interpretativa a respeito das decisões. O Direito sempre poderá implicar soluções diferentes (e isso vale tanto para as decisões com base em princípios quanto para as decisões com base em consequências). O fato de as regras poderem ser interpretadas de diferentes formas, não implica a impossibilidade de reconhecimento da tese da unicidade. Ou seja, o tema da LINDB não tem a relevância sugerida para a discussão a respeito da existência de apenas uma solução aceitável (como em Dworkin) ou existir a possibilidade de mais de uma decisão, como na perspectiva hartiana – a título de exemplo. Para a compreensão da posição do autor, ver: JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Para uma visão mais detalhada a respeito do tema da decisão, ver: GABARDO, E.; SALGADO, E. D. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e da Crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 48, p. 165-186, 2008.

¹⁵ Entendida enquanto agregado explicativo dos argumentos dos principais autores do pragmatismo filosófico.

temporais na investigação filosófica e científica, defende a consideração dos contextos social, político, histórico e cultural na pesquisa.¹⁶

É importante, desse modo, investigar quais são as concepções jurídicas a respeito da função das consequências na fundamentação decisória. Afinal, diferentemente da análise no campo moral intuitivo ou filosófico, o sistema jurídico brasileiro dispõe de fontes positivadas, organização sistemática, órgãos oficiais de aplicação e poder vinculante.¹⁷

A consideração das consequências para fins decisórios, porém, não é uma completa novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Adilson Abreu Dallari identifica a presença do debate sobre consequências concretas do caso para fins de fundamentação judicial na doutrina referente aos vícios do ato administrativo.¹⁸ José Antonio Savaris, por sua vez, demonstra a presença do consequencialismo quando analisa a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99, que autorizam a modulação de efeitos temporais nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que declaram leis e atos normativos inconstitucionais.¹⁹ Nesse sentido, ainda, Sandro Dezan e Ricardo Almagro Ricarlos destacam a utilização de critérios extrajurídicos pelo STF, especificamente no julgamento do RE nº 381.367, que decidiu pela inconstitucionalidade da “desaposentação”. Tal julgamento, segundo os pesquisadores, seria “decisionista”, pois, incluiu valores político-financeiros em seus fundamentos, em detrimento das fontes jurídicas positivadas.²⁰

Parte da crítica ao consequencialismo reside na questão da legitimidade da utilização de consequências práticas como fundamentação das decisões. José Vicente S. de Mendonça aponta para o fato de o pragmatismo ser uma “realidade incontornável” na prática brasileira. No entanto, o autor ressalta que os argumentos baseados em consequências aparecem “mascarados dentro de argumentos formais e normativos” e atribui este fenômeno ao “preconceito” dos operadores do Direito

¹⁶ MENDONÇA, J. V. S. de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 31-32.

¹⁷ José Vicente Santos Mendonça opta pela fungibilidade das expressões “argumento pragmático” e “argumento consequencialista”, pois alega que “talvez não corresponda a nenhuma utopia de precisão científica, mas, novamente, não se vai justificar nenhuma cruzada em prol da pureza conceitual se o custo de transação for alto, ou se o resultado prático for desprezível”, e indaga “que diferença vai fazer ao mundo da aplicação do Direito, se as expressões “argumento pragmático e “argumento consequencialista” forem diferenciadas?”. *Ibidem*. p. 45.

¹⁸ DALLARI, A. A. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: CHALITA, G.; MARTINS, I. G. da S.; NALINI, J. R. (coord.). *Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 127.

¹⁹ SAVARIS, J. A. Globalización, crisis económica, consecuencialismo y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 15, n. 30, p. 21-44, 2012. p. 31.

²⁰ DEZAN, S. L.; CUNHA, R. A. V. O uso de padrão decisional extrajurídico pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a tentativa de demonstração de uma razão jurídica suficiente no caso do julgamento da “desaposentação”. *Revista Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38.1, p. 179-196, jan./jun. 2018. p. 188.

e da sociedade, que acreditam que o papel do juiz é aplicar a lei, e não operar com resultados.

Na realidade, esse fenômeno do “uso de argumentos formais para esconder fundamentos reais pré-concebidos” é mais tributário da hermenêutica retórica atualmente predominante, na qual o juiz decide conforme sua consciência,²¹ do que de alguma forma de preconceito. Até porque, diferentemente do que afirma Mendonça, não se trata realmente de um “preconceito”, mas de um autêntico “conceito”. É bastante consensual asseverar que ao juiz cabe aplicar a lei. Quem originalmente lida com resultados na *Civil Law* são o legislador e o administrador – e isso faz todo sentido na ordem jurídica moderna. Nada impede, todavia, que a lei atribua competência para a tratativa com consequências pelo juiz, e este é justamente o assunto ora referido; mas não existe lógica em asseverar que a mais básica questão conceitual a respeito do Direito seja tomada como um mero “preconceito”.

A resistência quanto ao uso transparente e assumido dos argumentos de consequência, todavia, tem sido fortemente atenuada, seja por conta das mudanças na prática decisional, cada vez menos preocupada com aspectos formais ou com uma clara vinculação ao Direito posto, seja por conta das mudanças no próprio Direito posto. Após a promulgação da Lei nº 13.655/18, com a inclusão do artigo 20 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB),²² a discussão ganhou um novo patamar.²³

Parte da crítica ao avanço pragmatista, no entanto, subsiste, pois, mesmo num ambiente de aceitação dogmática das consequências como critério de decisão, resta mantida a problemática quanto à sua aplicabilidade enquanto fundamento. Em que pese outros caminhos argumentativos pudessem ter sido trilhados, a análise dos argumentos que embasaram o embate doutrinário travado entre Richard Posner e Ronald Dworkin destaca-se como meio de elucidação de tal problemática. Posner é um expoente da chamada “Análise Econômica do Direito”. O estudo da economia é entendido por Posner como a ciência da escolha racional em um mundo no qual os recursos são limitados em relação às demandas humanas.²⁴ Assim,

²¹ STRECK, L. L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

²³ Segundo Fredie Didier e Rafael Alexandria Oliveira, “o pragmatismo jurídico é construção doutrinária que passa, agora, a ter o status de norma jurídica”. DIDIER, F. S.; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. p. 153. Ainda, segundo Adilson Abreu Dallari, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o consequencialismo “de maneira clara e insofismável”. DALLARI, A. A. Op. cit. p. 134.

²⁴ Escolha racional compreendida não como ponderação consciente, mas como a busca humana pelos meios que maximizem os resultados e a satisfação de suas necessidades. POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2014. p. 5 et seq.

Posner, em uma de suas fases,²⁵ defendeu que o Direito é melhor compreendido em termos de maximização da riqueza e busca de benefícios.²⁶ Para sua teoria, o consequencialismo é entendido como uma disposição que vincula os julgamentos aos fatos e às consequências, em detrimento de “conceitualismos e generalidades”.²⁷ A análise de normas enquanto “sistema apto a gerar maior eficiência no mercado” e a identificação de padrões econômicos que influenciam as decisões dos juízes e cortes são duas inovações metodológicas trazidas pela Análise Econômica do Direito. Nesse sentido, a tradução de direitos em pecúnia, a partir do lastro de interesses econômicos que os baseiam, justifica “que o direito busque eficiência econômica mediante argumentos consequencialistas”.²⁸

Mariana Pargendler e Bruno M. Salama apontam que o raciocínio consequencialista muitas vezes se alicerça em bases teóricas da economia comportamental, especificamente no que tange à criação de incentivos ao comportamento dos indivíduos a partir dos precedentes a serem gerados pela decisão, pois a estabilização quanto aos prováveis comportamentos dos indivíduos – oriunda da pacificação quanto a uma determinada matéria – altera os custos relativos a condutas diversas. É este o raciocínio que defende a jurisprudência como influenciadora das “condutas futuras da coletividade” e serve de alicerce para a racionalidade consequencialista na fundamentação das decisões.²⁹ Dessa forma, Posner propõe que dilemas interpretativos sejam traduzidos em forma de questões sobre consequências. Não é possível delimitar “a” metodologia que possibilite encontrar “o” significado do texto legal para a melhor decisão judicial, contudo, a decisão entre diferentes interpretações pode ser feita a partir de suas consequências. O autor entende, assim, que o melhor a ser feito quando se invoca uma lei é “examinar as consequências de dar a quem a invoca aquilo que deseja, e então avaliar se tais consequências serão boas em termos gerais”.³⁰ Por outro lado, o sistema jurídico também retrataria um modelo de incentivos. As pessoas praticam determinados atos a partir das

²⁵ Cf.: FREIRE, A. O Pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, 2016; e SALAMA, B. M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, M. L. L. M. P. (coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁶ “As for the positive role, which explains legal rules and outcomes as they are rather than changing them to make them better, we shall see in subsequent chapters that many areas of the law, especially but by no means only the great common law fields of property, torts, crimes, and contracts, bear the stamp of economic reasoning. Although few judicial opinions contain explicit references to economic concepts, often the true grounds of legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of opinions”. POSNER, R. A. Op. cit. p. 21.

²⁷ POSNER, R. A. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 227.

²⁸ PONTES, J. A. Direito e Economia: rumo a uma concepção dialético-realista para além do “law and economics”. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 3-33, 2015. p. 5-9.

²⁹ PARGENDLER, M.; SALAMA, B. M. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. p. 125-126.

³⁰ POSNER, R. A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 402.

vantagens esperadas e dos custos previstos. Se os custos superam as vantagens, é provável que a ação não aconteça.³¹

Ronald Dworkin, por sua vez, busca refutar a compreensão pragmática no Direito. Segundo o autor, raciocinar juridicamente é trazer para o caso concreto uma ampla rede de princípios jurídicos e políticos, buscando assegurar a isonomia aos destinatários da norma. Nessa abordagem, o raciocínio correto para sustentar uma pretensão jurídica concreta é aquele que também oferece a melhor justificação em uma prática jurídica mais ampla dentro da área doutrinária na qual o caso aparece.³² Um dos problemas da abordagem pragmática, denota o autor, está na ausência de um conceito objetivo sobre o “bem comum”,³³ quando deparado com uma controvérsia concreta. Essa lacuna na conceituação tende a ser solucionada por cada juiz segundo seu próprio ponto de vista, o que acarreta num inevitável subjetivismo na decisão. Dworkin assevera, além disso, que o pragmatismo equivale a uma forma de ceticismo jurídico, porquanto rejeita a existência de pretensões jurídicas genuínas, com fundamentação autônoma. É o que o autor chama de um “Direito sem direitos”,³⁴ uma visão avessa aos princípios, na qual o que são comumente denominados direitos atribuídos a um cidadão são apenas meios para que se alcance o resultado considerado mais próspero para a coletividade, sem fundamentação independente.³⁵

O pragmatismo de Posner, segundo Dworkin, sugere aos juristas que se concentrem nos problemas práticos e nas possíveis consequências das decisões judiciais para descobrir “o que funciona”, ao invés de buscarem a solução em uma teoria geral e abstrata.³⁶ Contudo, questiona o autor, que é fazer “o que funciona” no lugar de buscar a verdade, sobretudo em casos difíceis? Desse modo, Dworkin aponta que a sugestão de procurar “o que funciona” é não só inútil, como também

³¹ Na teoria de Posner, o pagamento de indenizações, por exemplo, não tem com função compensar a vítima por suas eventuais perdas, mas sim “forçar a mudança de comportamento para impedir outras perdas”. Sobre o assunto, ver: FARIA, G. T. E. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 35.

³² “In practice, you cannot think about the correct answer to questions of law unless you thought through or are ready to think through a vast overarching theoretical system of complex principles about the character of free speech in a democracy, or about the best understanding of the right of freedom of conscience and of personal ethical decisions”. DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 50.

³³ Sobre o conceito, ver: CRISTÓVAM, J. S. da S. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019.

³⁴ Este “Direito sem direitos” denunciado pelo autor é justamente o oposto da perspectiva dominante na hermenêutica jurídica brasileira contemporânea, que deu origem ao título do livro clássico de Clèmerson Clève. Cf.: CLÈVE, C. M. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

³⁵ DWORKIN, R. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 195.

³⁶ DWORKIN, R. *Justice*. Op. cit. p. 63.

ininteligível.³⁷ Esta perspectiva filosófica é a mesma de Jacques Le Mouël, em sua obra clássica intitulada *Critique de l'efficacité*, em que o autor se opõe à ideia pragmática de que “o eficaz equivale ao verdadeiro”, pois tal percepção da realidade: 1. não consegue trabalhar com o complexo, 2. privilegia a ação em detrimento do conhecimento, 3. rechaça as contradições do sistema, e 4. evita a importante pergunta “por quê?”.³⁸ No Brasil, um dos mais recentes exemplos de uma política pública pragmática que acaba por impor uma visão simplista de mundo a partir de uma visão econômica é a do teto de gastos estabelecido pela Emenda Constitucional nº 95/2016.³⁹ Sob o mando de um raciocínio pragmático adota-se uma ação contrária aos princípios do Direito Constitucional em vigor – criando uma dissonância dentro do ordenamento (não controlada pelo Judiciário, que passa a admitir cada vez mais este mecanismo de atuação dos Poderes Públicos justamente pelo prisma da consideração das consequências e não da integridade do sistema).

Diego Werneck Argüelhes e Fernando Leal destacam que o papel das consequências na decisão judicial é um dos pontos fundamentais do debate entre o pragmatismo de Posner e a tese do Direito como integridade de Dworkin.⁴⁰ O que está em disputa é o detalhamento do papel das consequências no sistema jurídico, sendo que Posner valoriza a análise das consequências práticas das decisões judiciais enquanto Dworkin, embora não exclua a valoração dos resultados concretos, defende que a melhor decisão em um caso é, fundamentalmente, aquela que oferece também a melhor razão a ser empregada em casos semelhantes ao decidido. Diante da controvérsia, Werneck e Leal propõem que a versão mais adequada do pragmatismo ao Direito é a de uma metateoria normativa da decisão judicial,⁴¹ na qual o consequencialismo aparece como elemento indissociável. Na formulação dos autores, a postura pragmática é apresentada em uma primeira etapa descritiva e em uma segunda etapa normativa. A etapa descritiva consiste em individualizar e identificar as decisões possíveis e as consequências associadas a cada uma das possibilidades. A etapa normativa consiste em valorar as consequências segundo um determinado critério, seja ele qual for, de modo a aplicar a decisão cuja consequência melhor realize o valor desejado.⁴²

³⁷ *Ibidem*. p. 64.

³⁸ LE MOUËL, J. *Critica de la eficacia: ética, verdad y utopía de un mito contemporáneo*. Tradução de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992. p. 19 *et seq.*

³⁹ MARIANO, C. M. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

⁴⁰ ARGÜELHES, D. W.; LEAL, F. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 190.

⁴¹ Metateoria na medida em que não se trata de uma teoria sobre o quê decidir, mas sim sobre como organizar critérios decisórios.

⁴² *Idem*.

Na perspectiva de Werneck e Leal, o consequencialismo confere contornos mais delimitados ao pragmatismo jurídico, tornando-o autônomo em relação ao pragmatismo filosófico, ao utilitarismo e à Análise Econômica do Direito. Autonomia, frise-se, que não exclui a interação do modelo com teorias normativas. Tais teses, inclusive, podem ser usadas como critérios normativos para valoração das consequências – é possível entender que a melhor decisão seja aquela que produza o maior bem-estar à comunidade, por exemplo, atendendo-se ao postulado utilitarista. O modelo apresentado pelos autores contribui para a construção de uma concepção jurídica a respeito de como organizar o papel das consequências na fundamentação judicial. Contudo, o mesmo não é suficiente para uma reflexão aprofundada a respeito de quais consequências, por exemplo, são relevantes para a aplicação do Direito; o que fazer quando a análise das consequências práticas de uma decisão sugere uma resposta contrária à interpretação literal da lei; ou em que circunstâncias os juízes têm condições de fazer um prognóstico a respeito dos resultados de suas decisões.

Cass Sunstein, em seus estudos sobre a matéria, defende o consequencialismo como forma legítima de interpretação. Isso implica reconhecer o valor da aferição das consequências na fundamentação judicial, mas limitá-la ao sentido semântico do texto normativo. Se o julgador o respeitar, estaria livre para utilizar outros métodos que façam o sistema jurídico melhor. O autor traz um questionamento que sintetiza sua linha argumentativa: “se as consequências de um julgamento forem terríveis, e se estas consequências puderem ser evitadas por outra abordagem, não deveriam os julgadores considerar a outra abordagem?”.⁴³ O autor, no entanto, não oferece nenhum critério para definir o que seria uma consequência terrível. Nesse ponto, a crítica de Dworkin quanto à ausência de critério objetivo para definição do bem comum também pode se aplicar à teoria de Sunstein.

Donald. L. Drakeman, em pesquisa que explicitamente rebate os argumentos de Sunstein, relembra o fato de que durante séculos a interpretação era centrada nas intenções do legislador ou no sentido semântico do texto constitucional, e que apenas na pós-modernidade as escolas começaram a sugerir a inclusão das consequências da decisão como fator base das decisões judiciais. O autor defende que argumentos consequencialistas são um verdadeiro chamado para os juízes ignorarem as decisões legislativas em detrimento das preferências das cortes, especialmente em países com a possibilidade de controle de constitucionalidade por cortes superiores.⁴⁴ Ainda, segundo Drakeman, a abertura do sistema jurídico

⁴³ Tradução livre. No original: “If the consequences of sticking with it would be terrible, and if those consequences could be avoided with another approach, shouldn’t judges consider that other approach?”. SUNSTEIN, C. R. There is nothing that interpretation just is. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 30, n. 2, p. 193-212, 2015. p. 200.

⁴⁴ DRAKEMAN, D. L. Consequentialism and the limits of interpretation: do the ends justify the meanings? *Jurisprudence*, Abingdon (UK), v. 9, n. 2, 2018. p. 9-10.

a fundamentações consequencialistas implicaria incerteza na previsão dos resultados das decisões judiciais, pois as consequências consideradas seriam aquelas que o juiz imagina que possam ocorrer. Salvo nos poucos casos em que há um estudo técnico lastreando a decisão, os argumentos consequencialistas não passariam de mera suposição. Com o fim em mente, as técnicas de interpretação podem se flexibilizar o suficiente para se ajustarem ao resultado desejado. Nesse sentido, a interpretação passa a ser um meio para alcance das consequências desejadas pelo julgador.⁴⁵ Sub-repticiamente, não se ignora que é exatamente isso o que vem ocorrendo no Brasil atual (e, talvez, em outras partes do globo).⁴⁶ A questão é até que ponto seria conveniente e racionalmente adequado elevar esta realidade ao nível do reconhecimento dogmático formal. Nesse sentido é a crítica de Adilson Abreu Dallari, segundo o qual o grande problema da discussão quanto ao consequencialismo é o seu abuso e mau uso, caracterizado quando se utilizam convicções político-partidárias e ideológicas como fundamento para as decisões, em detrimento de argumentos doutrinários, para se chegar a resultados previamente escolhidos.⁴⁷ Os fenômenos do populismo judicial,⁴⁸ do *Lawfare*,⁴⁹ e do moralismo político como critério de decisão jurídica,⁵⁰ certamente tendem a ser fomentados e legitimados, e não contidos ou refutados, pelo consequencialismo.

Para outros autores, entretanto, não se trata apenas de reconhecer o problema dos “abusos”, e sim de afirmar a própria impossibilidade de utilização do aparato analítico econômico (ou de conceitos inerentes à ideia de eficiência) como determinantes das escolhas normativas. Seu papel seria, então, meramente instrumental e auxiliar.⁵¹

Neil MacCormick fundamenta sua teorização acerca do consequencialismo na premissa de que as leis são dotadas de objetivos racionais, concebidos a fim de assegurar benefícios e evitar malefícios sociais. As consequências da aplicação destas leis, por sua vez, deveriam ser levadas em conta apenas quando não fosse possível realizar a subsunção. É o que o autor chama de justificação de segunda ordem, que sucederia a justificação de primeira ordem, calcada na lógica formalista.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 13-16.

⁴⁶ Neste sentido: ANDRADE, A. B. A.; SOUZA, P. A. Fins justos e meios ilegítimos: o consequencialismo jurídico no combate à corrupção. In: SALGADO, E. D. (org.). *Direito, retrocesso e resistência*. Curitiba: Íthala, 2020. v. 1. p. 211-243.

⁴⁷ DALLARI, A. A. Op. cit. p. 127.

⁴⁸ SALGADO, E. D. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 117, p. 193-217, 2018.

⁴⁹ ZANIN, C.; MARTINS, V.; VALIM, R. *Lawfare*: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

⁵⁰ GABARDO, E. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017.

⁵¹ Neste sentido, ver a posição de Vinícios Chaves e Nilton Flores: CHAVES, V. F.; FLORES, N. C. da S. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 131-148, jan./abr. 2018.

Para o autor, as consequências relevantes a ponto de condicionar e determinar uma interpretação para uma norma – em detrimento de outras possíveis – seriam aquelas justificáveis também para todos os casos futuros, e não apenas para o caso específico em questão.⁵² Isso derivaria do princípio da universalidade, ainda que não esteja manifestado de forma explícita nas decisões. As outras limitações ao uso das consequências, para MacCormick, seriam o requisito de coerência, relativo à ordem jurídica; e o requisito de convivência, que impõe a consideração sobre o contexto social ao qual a decisão se destina.⁵³ O autor estipula um marco temporal para aferição de quais consequências seriam aptas a fundamentar a decisão. Segundo MacCormick, a utilização de consequências mediatas excluiria a possibilidade de justificação racional das decisões, pois o futuro é incerto, e as cadeias de consequência tendem ao infinito, por isso as consequências relevantes para a decisão seriam aquelas imediatas.⁵⁴ O autor, no entanto, não estipula um critério objetivo para classificar o prazo temporal em mediato ou imediato. Ademais, nem sempre é o fator “tempo” que irá determinar a previsibilidade da consequência ou o seu nível de complexidade. É possível serem identificadas consequências altamente previsíveis, ainda que não imediatas; e o contrário também é verdadeiro – consequências imediatas nem sempre são identificáveis com precisão.

Escapando dessas amarras, o consequencialismo jurídico proposto por Basile Georges Christopoulos não tem relação com prognósticos sobre os efeitos econômicos ou sociais da decisão, mas sim sobre as consequências da decisão à construção do próprio Direito. O autor sustenta que o Direito é uma prática argumentativa, cuja aplicação demanda coerência, consistência e análise das consequências. Coerência enquanto adequação da decisão a valores amplos do ordenamento jurídico; consistência entendida como a não contradição da decisão às regras jurídicas positivadas. Quanto às consequências, importariam as “essencialmente jurídicas, e não probabilísticas”.⁵⁵ Sobre o que seriam consequências essencialmente jurídicas, Christopoulos explica se tratar daquelas ligadas à universalização dos critérios decisórios. Isto é, embora o juiz não possa prever como as pessoas irão se comportar em razão de sua decisão, ele deve, frente à sistematicidade do ordenamento jurídico, decidir o caso concreto mediante uma justificação que se pretenda universalizante. Assim, deve-se ter em vista que as razões de uma determinada decisão judicial são replicadas por outros tribunais, o que pode gerar a consolidação de um direito, sua relativização, ou mesmo novos

⁵² MacCORMICK, N. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003. p. 142-150.

⁵³ *Ibidem*. p. 103.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 102.

⁵⁵ CHRISTOPOULOS, B. G. C. Argumento consequencialista no Direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015. p. 9-11.

parâmetros de interpretação na aplicação jurídica.⁵⁶ Fenômeno este que se torna ainda mais relevante em tempos de controle externo de políticas públicas.⁵⁷

O consequencialismo proposto por Christopoulos explicita a diferença entre consequências legais e extralegais. Segundo Flávia Carbonnel, as primeiras seriam aquelas relativas aos efeitos da decisão dentro do ordenamento jurídico, tido como um sistema fechado e coerente. São as considerações que usam como parâmetro a Constituição e as normas infraconstitucionais do sistema legal e buscam evitar incertezas, lacunas e contradições normativas. As consequências extralegais são aquelas que repercutem na realidade social de forma extrajurídica, como, por exemplo, as razões econômicas e políticas de uma determinada decisão. Tal diferença faz-se necessária, pois o debate sobre o consequencialismo encontra divergências no que tange à consideração das consequências extralegais, ainda que em alguns casos a diferença não fique tão evidente.⁵⁸ No caso brasileiro, a nova redação da LINB não traz solução positivada a respeito desta matéria, mencionando a existência de consequências legais e extralegais, porém sem oferecer definições sobre o assunto. Na prática, por intermédio da lei não é possível conhecer o significado, caracteres ou limites de ambas as espécies de consequências.

José Antonio Savaris, ao criticar a utilização da racionalidade econômica no julgamento de direitos econômicos, sociais e culturais, defende que as consequências a serem utilizadas na fundamentação das decisões devem ser selecionadas a partir de sua conformação aos princípios e fundamentos morais que justificam e sustentam o sistema jurídico. O autor sustenta que a aplicação do Direito deve se orientar a partir dos resultados que reafirmem o conjunto axiológico-normativo de um determinado Direito positivo a partir do caso concreto que visa solucionar.⁵⁹ Ainda que sem refutar expressamente o consequencialismo, Daniel Wunder Hachem segue a mesma linha argumentativa, defendendo três noções apriorísticas a respeito da discricionariedade em matéria de direitos fundamentais sociais: 1. que existe uma diferença entre as decisões quando o objeto de análise é a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e quando o foco examinado é a sua dimensão objetiva; 2. que eventuais referências genéricas à discricionariedade podem subverter o significado dessa categoria jurídica transformando-a em um coringa do Poder Público para o

⁵⁶ *Ibidem*. p. 18 *et seq.* Em sentido semelhante, Tathiane dos Santos Piscitelli, com enfoque no Direito Tributário, entende que a validade de um argumento consequencialista depende de sua adequação entre a proposição de uma razão universal e os valores do Direito Tributário. PISCITELLI, T. dos S. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 32.

⁵⁷ Sobre o assunto, ver: ALVES JR., L. C. M.; SAMPAIO, A. S. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, 2018.

⁵⁸ CARBONNEL, F. Reasoning by consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decisions. *Cogency: Journal of reasoning and argumentation*, Santiago do Chile, v. 3, n. 2, p. 81-104, 2011. p. 85-88.

⁵⁹ SAVARIS, J. A. Op. cit. p. 37-41.

caso concreto; e 3. que a eficácia irradiante oriunda da vertente objetiva diminui a discricionariedade ao ponto de poder suprimi-la.⁶⁰

Há autores, todavia, que criticam o consequencialismo a partir da óptica de um princípio/postulado específico. É o caso de Carlos Diego Martínez Cinca, que ressalta a possível ofensa ao postulado da isonomia representada pela utilização de teorias consequencialistas na adjudicação, pois todo raciocínio consequencialista se baseia em uma “racionalidade estratégica” que pondera custos e benefícios e não pode ser universalizada para todos os casos.⁶¹ Já André Portugal e Érico Klein apontam a incompatibilidade teórica entre consequencialismo e segurança jurídica, uma vez que na lógica pragmática tudo está vinculado ao fim pretendido, independentemente dos precedentes.⁶²

Luis Fernando Schuartz divide o consequencialismo em duas categorias: de um lado haveria um consequencialismo *forte*, entendido como a postura que torna prioritária ou exclusiva a valoração das consequências na justificação decisória. Em oposição, apresenta-se o conceito de consequencialismo *fraco*, alinhado à justificação de segunda ordem defendida por MacCormick, no qual as consequências ocupam um caráter residual de fundamentação, sendo analisadas quando as técnicas convencionais não delimitarem uma resposta, ou equivalente às demais técnicas que conferem sentido normativo ao texto legal.⁶³

O modelo cauteloso de pragmatismo jurídico, proposto por José Vicente Santos de Mendonça enquanto teoria normativa da decisão, constitui-se como um “guia para decisão”, não como reflexão metateórica, pois o autor discorda dos professores Werneck e Leal quanto à utilidade do pragmatismo como metateoria.⁶⁴ Segundo o autor, o modelo geral de operação de seu pragmatismo se baseia em três passos: primeiro, deve-se fundamentar normativamente a possibilidade conferida ao julgador para agir de modo pragmático;⁶⁵ na sequência, deve-se respeitar as regras da teoria da argumentação, isto é, “não entrar em contradição lógica ou material com nenhum outro argumento”; por fim, deve-se conferir a universalidade do resultado indicado

⁶⁰ HACHEM, D. W. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

⁶¹ MARTÍNEZ CINCA, C. D. ¿Cómo decidir los “casos difíciles”? del giro pragmático de la jurisprudencia al consequencialismo. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 43, p. 703-730, 2014. p. 713-719.

⁶² KLEIN, E.; PORTUGAL, A. A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB. In: CASTELLA, G. M.; HUNGARO, L. A.; VALIATI, T. P. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 419.

⁶³ SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008. p. 131.

⁶⁴ Equivalente ao tipo fraco de Schuartz, segundo o autor.

⁶⁵ O autor cita como exemplo o art. 6º da Lei nº 9.099/95, que determina ao julgador que aja com base em critérios de justiça e equidade no âmbito dos juizados especiais; e o art. 5º da LINDB que determina a atenção do julgador aos fins sociais aos quais a lei se dirige no momento de sua aplicação. No entanto, a Lei nº 13.655/2018, que consagrou o atual art. 20 da LINDB ainda não havia sido promulgada à época.

como fundamento, ou seja, o resultado indicado na fundamentação pragmática deve ser passível de universalização, a fim de se evitar casuísmos e decisões *ad hoc*.⁶⁶

Para o pragmatismo de Mendonça, as consequências do caso influiriam na última etapa do caminho interpretativo, “descartando ou reforçando propostas interpretativas já construídas a partir dos elementos tradicionais (linguístico, sistemático, histórico, teleológico)”. Em sua teorização, as consequências de cada caso não teriam força normativa suficiente para fixar uma interpretação jurídica e incidiriam apenas dentro da extensão de significados semânticos possíveis do texto normativo; também se considerariam apenas as consequências compatíveis e solicitadas pelas normas constitucionais; e que sejam fáticas, certas e prováveis, no sentido de que haja “razoável expectativa de que ocorram”, baseadas em “razoável base empírica”; e consequências imediatas e futuras, entendidas como limite lógico-temporal para o acontecimento das consequências consideradas. No entanto, consequências fundacionais, baseadas em crenças metafísicas ou verdades apriorísticas não seriam relevantes, enquanto o contexto político, histórico, social e econômico relacionado à aplicação da norma deveria ser considerado.⁶⁷

Conforme o exposto, vê-se que a discussão teórica sobre o consequencialismo assume diversas perspectivas e recortes, não sendo possível falar em algo como “o” consequencialismo. Todo o exposto, no entanto, limita-se ao debate do consequencialismo enquanto teoria da decisão. O consequencialismo jurídico, entretanto, também precisa ser discutido a partir do Direito objetivo brasileiro. Para tanto, parece interessante a exposição de um panorama quanto aos problemas que circundam a aplicabilidade do artigo 20 da LINDB, especialmente quanto à questão da validade formal da etapa descritiva do consequencialismo, ou, em outros termos, da cientificidade da previsão judicial na sua aplicação.

3 O artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a previsão dos resultados

Em que pese existam diferentes compreensões sobre o fenômeno jurídico e sobre o Direito como sistema, é bastante consensual a ideia de que o Direito é linguagem, e, para ser aplicado, exige uma atividade interpretativa por parte do julgador.⁶⁸ A interpretação consiste no processo que transforma o texto legal em norma jurídica e tem por objeto a redação literal dos dispositivos legais. O texto é a redação literal dos enunciados normativos, enquanto a norma é o sentido

⁶⁶ MENDONÇA, J. V. S. de. Op. cit. p. 93-96.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 97-102.

⁶⁸ SALGADO, E. D. Ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia: a questão das mutações (in)constitucionais na jurisprudência brasileira. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Bogotá, v. 4, n. 4, p. 59-73, 2011. p. 68.

construído a partir da interpretação dos referidos enunciados.⁶⁹ Lawrence Solum divide o processo de interpretação em duas fases: num primeiro momento, tem-se a interpretação propriamente dita, que consiste na descoberta ou reconhecimento dos sentidos semânticos possíveis da redação legal; na sequência, a construção confere sentido legal ao conteúdo semântico anteriormente descoberto pela interpretação em sentido estrito.⁷⁰

Os argumentos consequencialistas, na maior parte das vezes, entram no momento da construção, eis que, individualmente consideradas,⁷¹ as consequências fáticas de uma decisão não são suficientes para alterar o sentido semântico dos termos do enunciado normativo que baseia a decisão. O consequencialismo, por sua vez, divide-se em um momento descritivo e outro normativo. Buscam-se, primeiro, as consequências associadas às alternativas decisórias para, em seguida, elencar qual consequência é preferível segundo um determinado critério.⁷² Segundo Fredie Didier e Rafael Alexandria Oliveira, o artigo 20 da LINDB incide no momento da valoração dos sentidos do texto (construção) e no momento da escolha por um dos sentidos (momento normativo do consequencialismo).⁷³

Ou seja, o artigo 20 da LINDB está inserido em uma lei que contém diversos postulados metanormativos, e, segundo Fredie Didier e Rafael A. Oliveira, ele se caracteriza como postulado hermenêutico,⁷⁴ ou seja, tem como função regular o modo como os dispositivos legais devem ser interpretados.⁷⁵ Adotar essa tese, em certa medida resolve a divergência entre Werneck, Leal e Mendonça sobre a natureza jurídica do consequencialismo. A despeito da validade teórica da posição defendida por Mendonça (pragmatismo como teoria normativa), o legislador brasileiro optou por conferir natureza metanormativa ao dispositivo. Infelizmente, tal definição não resolve o conjunto de problemas inerentes à questão.

Um dos problemas é a ausência de cientificidade na previsão das consequências que fundamentam a decisão.⁷⁶ Trata-se de uma discussão sobre a validade formal

⁶⁹ ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 50; e ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 51.

⁷⁰ SOLUM, L. B. The interpretation-construction distinction. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 27, p. 95-118, 2010. p. 96.

⁷¹ Sabe-se, porém, que mudanças estruturais e culturais nas sociedades podem alterar o significado semântico de termos e signos.

⁷² Nesse sentido: ARGÜELHES, D. W.; LEAL, F. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 190; e SCHUARTZ, L. F. Op. cit. p. 131.

⁷³ DIDIER, F. S.; OLIVEIRA, R. A. Op. cit. p. 149.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 146.

⁷⁵ ÁVILA, H. Op. cit. p. 165.

⁷⁶ Sabe-se, porém, que a decisão jurídica (judicial, administrativa e controladora) não tem pretensões descritivas, tal qual o método científico impõe, mas caracteriza-se pela sua normatividade. A discussão sobre a cientificidade, porém, reside apenas na previsão quanto às consequências indicadas pelo órgão julgador, uma vez que estas servem de fundamento para a própria decisão.

da fase descritiva do raciocínio consequencialista.⁷⁷ A previsão dos efeitos consiste num processo de natureza lógica que se baseia no conhecimento técnico, na experiência, e reflete um processo de causa e efeito.⁷⁸ Segundo Martínez Cinca, o jurista pragmático que não deseja se guiar bom base na intuição deve lançar mão de um esquema teórico que o permita organizar os fatos e computar as consequências de maneira razoável e consistente.⁷⁹ Sabe-se que esta não é uma tarefa fácil, e, ainda que se tratando de um agente imbuído de boas intenções, o risco de se recair no subjetivismo do intérprete permanece muito grande. Com razão, Alexander Leonard M. Kellner aponta para o fato de a opinião dos juristas sobre áreas externas ao Direito, por exemplo, ser equiparável ao senso comum. Se os argumentos consequencialistas são utilizados sem uma metodologia que os comprove objetivamente, eles são “desprovidos de qualquer processo de raciocínio replicável” e, portanto, não se prestam como fundamento válido.⁸⁰ São meras especulações que, ao invés de consistirem em prova de resultado, consistem em pistas falsas, muitas vezes embasadas em uma retórica lógica e factível, porém completamente equivocada. É muito grande o risco de as autoridades decisórias e, notadamente, as controladoras, tornarem-se um Xangô de Baker Street.⁸¹

Preocupados com essa questão, Didier e Oliveira sustentam que o artigo 20 da LINDB impõe um dever de fundamentar a previsão com lastro probatório que a demonstre, pois tal demonstração confere racionalidade à tarefa preditiva da decisão. Não apenas os resultados, mas também os meios que foram utilizados para se chegar neles devem ser tornados públicos.⁸² Ainda, os autores defendem a realização de contraditório acerca das consequências que sirvam de fundamentação da decisão, pois as consequências a serem consideradas pelo julgador seriam aquelas levadas ao debate judicial, constante nos autos.⁸³ Esse raciocínio, é importante frisar, vale para os demais órgãos de controle.⁸⁴ O problema, bem apontado por Kellner, é que “os argumentos trazidos pelas partes não estão necessariamente a serviço de uma busca discursiva e cooperativa pela verdade fática”, mas são estrategicamente

⁷⁷ CARBONNEL, F. Op. cit. p. 83.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, M. Op. cit. p. 29.

⁷⁹ MARTÍNEZ CINCA, C. D. Op. cit. p. 718.

⁸⁰ KELLNER, A. L. M. *Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório*. 2018. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da FGV-Rio, Rio de Janeiro, 2018. p. 135.

⁸¹ Sherlock Holmes atuando na Inglaterra é um; atuando no Brasil, todavia, será outra pessoa. O mesmo sujeito, seguindo os mesmos métodos, estando em ambientes culturais diversos, pode chegar a diferentes resultados – sendo um herói ou um idiota. Vale a pena ler o romance para absorver a metáfora. SOARES, J. *O Xangô de Baker Street*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁸² DIDIER, F. S.; OLIVEIRA, R. A. Op. cit. p. 154-155.

⁸³ *Ibidem*. p. 154.

⁸⁴ ALIANAK, R. C. Eficacia y eficiencia en el control de la gestión de la Administración Pública. Incidencias en el control de la gestión pública ambiental. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 183-197, jul./dic. 2014.

pensados a partir de um jogo de interesses de soma zero.⁸⁵ Este é um complicador, mas que está presente em qualquer critério que seja aplicado ao processo, esteja-se tratando de princípios ou de consequências. Na tentativa de cooperar na resolução do problema, Marcelo Guedes Nunes, ao conceber o Direito como um meio para a consecução de fins desejados pela sociedade (e negar seu estudo como um fim em si mesmo),⁸⁶ defende a utilização de métodos estatísticos na criação e aplicação do Direito, ao que chama de Jurimetria. Segundo o autor, o método seria útil para “além identificar os sentidos possíveis das normas, atribuir a cada um deles uma probabilidade de ocorrência, quantificando e controlando essa incerteza”.⁸⁷

Os argumentos consequencialistas, porém, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível, isto é, dotados de cientificidade, não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência (ou não) dos fenômenos indicados. E neste ponto há uma diferença abissal entre argumentos de consequência e fundamentos de princípio. Isso porque a ciência, quando passou a utilizar métodos quantitativos, deixou seu caráter divinizador e passou a adotar um caráter pragmático,⁸⁸ voltado à busca da aproximação da verdade (leis de probabilidade) em detrimento da busca de verdades absolutas (leis determinísticas).⁸⁹ É ao que Christopoulos se referia quando teorizou seu consequencialismo em consequências “essencialmente jurídicas, e não probabilísticas”.⁹⁰ Em resumo, tem-se que, além das dificuldades operacionais em lastrear todas as predileções em estudos técnicos e científicos,⁹¹ mesmo que a fundamentação consequencialista assim o faça, ainda estará limitada aos juízos de probabilidade – e a probalística é um labirinto no qual o sujeito está complementemente vulnerável à tentação subjetivista.⁹²

Segundo Didier e Oliveira, a observância da consideração das consequências não pode protelar a decisão do caso, é dizer, “[o] processo não pode ter o seu

⁸⁵ KELLNER, A. L. M. Op. cit. p. 85.

⁸⁶ NUNES, M. G. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 177.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 149.

⁸⁸ Equivalente ao antifundacionismo da teoria pragmática.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 48.

⁹⁰ CHRISTOPOULOS, B. G. C. Op. cit. p. 11.

⁹¹ É importante ressaltar, ainda, a necessidade de que os estudos e pareceres que subsidiem a fundamentação consequencialista sejam realizados com o máximo de rigor metodológico possível, pois apenas assim poderão ser dotados de cientificidade. A presunção de validade que estudos técnicos carregam não pode ser absoluta, sendo necessário o questionamento sobre suas metodologias, amostras e pressupostos de pesquisa. Mais que isso, é necessário adotar um espírito crítico quanto à forma de escolha do que será demonstrado e dos recortes que foram realizados na publicização dos resultados. Neste sentido ver: HUFF, D. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016. O desafio dos operadores, neste sentido, é adquirir conhecimento técnico suficiente para poder questionar tais aspectos.

⁹² A expressão “labirinto” é de Stephen E. Toulmin. Cf.: TOULMIN, S. E. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 88 *et seq.*

curso natural afetado pela busca desmedida de possíveis consequências das também possíveis soluções para o caso”.⁹³ Kellner, porém, ressalta a insuficiência metodológica do Direito para a previsão das consequências, o que, segundo o autor, obriga os juristas a se socorrerem de outros campos científicos para tanto.⁹⁴ Mas, mesmo recorrendo a outros campos, não é possível ser afastado o fenômeno da “racionalidade limitada” dos agentes,⁹⁵ o que impacta mais sensivelmente em argumentos de consequência que em argumentos de princípio.

Ademais, a norma a ser interpretada, por si mesma, suscita problemas. A nova redação da LINDB trazida pela Lei nº 13.655/18 possui um elevado nível de imprecisão em sua redação, caminhando em direção oposta aos comandos da Lei Complementar nº 95/98 em muitos de seus dispositivos.⁹⁶ Mantendo-se no tema das consequências, é ilustrativo observar a falta precisão conceitual. O artigo 20 fala em “consequências práticas” da decisão; o artigo 21 fala em consequências jurídicas e em consequências administrativas. Haveria alguma diferença entre as espécies de consequências? Consequências administrativas são consequências jurídicas? Consequências jurídicas podem ser consequências práticas? Consequências administrativas devem ser consequências práticas? A lei não conceitua o gênero nem define suas espécies. Por outro lado, pode ser que nada disso importe.

Ocorre que, aglutinada esta variável hermenêutica aos mais de vinte outros conceitos jurídicos indeterminados da lei, o resultado possível ganha um nível de abstração e indeterminação paradoxalmente oposto à ideia de concretude e segurança tão cara aos pragmatistas. Se a decisão em questão tiver como objeto uma ação administrativa ou uma política pública, a situação torna-se ainda mais fluida, considerando não só a natureza já complexa da atividade, mas, também, as novas variáveis e demandas que vêm sendo agregadas no processo de transformação do Estado deste início de século XXI.⁹⁷

O Decreto nº 9.830/19 regulamentou as novas disposições da LINDB e, quanto ao artigo 20, limitou a apresentação das consequências práticas ao “exercício diligente” da atuação do julgador. Não há, porém, uma definição doutrinária e jurisprudencial para o que significaria diligência no contexto da

⁹³ DIDIER, F. S.; OLIVEIRA, R. A. Op. cit. p. 156-157.

⁹⁴ KELLNER, A. L. M. Op. cit. p. 77.

⁹⁵ RIBEIRO, M. C. P. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (coord.). *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 63 et seq.

⁹⁶ Sobre o assunto, remete-se às precisas considerações de Irene Nohara. Cf.: NOHARA, I. P. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018.

⁹⁷ Exigindo, por exemplo, uma administração infraestrutural, procedimentalizada, multipolar, em rede, concertada e eficiente. BITENCOURT NETO, E. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

previsão de consequências. Certo é que se trata de dispositivo que limita os esforços empreendidos, independentemente da extensão do sentido semântico que se conferirá ao termo. Mas isso não parece ser suficiente, pois toda essa legislação produzida foca o plano do *logos* (preferências entre princípios e consequências), enquanto o problema desse momento “pós-positivista” típico do neoconstitucionalismo está justamente no abandono do *logos*. Quanto às provas de fato e de Direito descritas na fundamentação forem constituídas por uma operação conjunta com o *pathos* (emoção) ou o *ethos* (caráter subjetivo), o resultado será sempre precário e inseguro, mesmo que racionalmente descrito na motivação da decisão.⁹⁸ Não há qualquer razão para se imaginar que o conteúdo pragmático está imune de ser utilizado como instrumento retórico de legitimação simbólica da decisão.⁹⁹

4 Considerações finais

Do exposto, nota-se ser possível a construção teórica de um consequencialismo adequado às dimensões próprias da decisão judicial, mas muitas ressalvas devem ser realizadas. Isto é, é preciso construir caminhos para um consequencialismo jurídico que releve tanto os argumentos de seus defensores quanto de seus críticos. A valorização das consequências práticas esperadas da decisão judicial pode ser defensável se partilhadas as premissas de que não existe um método objetivo de interpretação e/ou o Direito é um meio para consecução de fins pretendidos pela sociedade, podendo a análise de resultados oferecer respostas mais adequadas ao fim de maximização da riqueza, como faz Posner; ou ao fim da reafirmação dos princípios morais que fundamentam o sistema jurídico, como defende Savaris.

Em oposição, deixar na mão dos juízes o prognóstico a respeito do melhor futuro pode ser associado a uma imprevisibilidade das decisões judiciais e ao enfraquecimento do Direito positivo e de pretensões jurídicas autonomamente consideradas, na esteira do que apresentam Dworkin e Drakeman. De forma intermediária, na tentativa de equilibrar a balança sopesada entre integridade e resultados, encontram-se as posições defendidas por MacCormick, Leal e Mendonça, que sustentam a utilização das consequências de forma subsidiária na fundamentação judicial.

No entanto, apesar de algumas questões debatidas pelos autores acima terem recebido uma resposta dogmática formal com a positivação do artigo 20 da LINDB,

⁹⁸ CAMPOS, M.; JORGE, A. de M. O sistema retórico (ethos, pathos e logos): contribuições para a argumentação jurídica. *Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/32348834/O_SISTEMA_RET%C3%93RICO_ETHOS_PATHOS_E_LOGOS_CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES_PARA_A_ARGUMENTA%C3%87%C3%83O_JUR%C3%8DDICA. Acesso em: 11 jan. 2020.

⁹⁹ GABARDO, E. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

há outras que continuam abertas. É o caso da validade formal da etapa descritiva do consequencialismo (previsão das consequências pelos julgadores) que enfrenta problemas de ordem prática, como os possíveis retardos temporais e a onerosidade que a encomenda de estudos e pareceres técnicos sobre as possíveis consequências de cada caso podem gerar à prática dos tribunais; e de ordem metodológica, eis que, mesmo o cenário ideal – no qual todas as decisões sejam fundamentadas com lastro probatório que demonstrem a possibilidade da ocorrência das consequências indicadas – ainda esbarra na limitação do método científico quanto à previsão do futuro, pois este fundamenta-se em juízos de probabilidade, e não mais em juízos determinísticos, como no passado.¹⁰⁰

Por fim, a falta de estudos científicos, documentos probatórios ou argumentos de ordem técnica na própria fundamentação quanto às consequências indicadas, por sua vez, relega a argumentação consequencialista ao senso intuitivo dos controladores que, como ressalta Kellner, não possuem, na média, conhecimento técnico para além do Direito, fazendo com que suas intuições sigam a sorte do senso comum e invalidem formalmente a etapa descritiva do consequencialismo. Como resultado, o novo paradigma pode contribuir para agravar os problemas já existentes na tradição típica da *Civil Law*. Particularmente, pode influenciar negativamente a situação já complicada em que se encontra a hermenêutica jurídica brasileira neste início do século XXI, fomentando a legitimação de fenômenos deturpantes, como o populismo judicial, o *Lawfare* e o moralismo político como critérios de decisão. O próprio esvaziamento das funções administrativas de caráter primário mediante uma “superlegitimação” dos órgãos de controle e, particularmente, do Judiciário, é um fenômeno preocupante, principalmente quando se tem em vista a ausência de limites para o avanço do neoconstitucionalismo.¹⁰¹

Em resumo, além das dificuldades práticas que, por exemplo, a encomenda de estudos técnicos, específicos para cada caso, pode gerar aos tribunais (seja financeira, seja temporalmente), o cenário de aplicabilidade do artigo 20 da LINDB tende a ser este: (i) o dever de fundamentação é importante, mas não resolve os problemas da justificação, nem quando se está diante de argumentos

¹⁰⁰ Fenômeno este que será potencializado com o uso cada vez maior da inteligência artificial na tomada de decisões no âmbito do Direito, haja vista que o sistema de *machine learning* é estruturado fundamentalmente para a busca de resultados probabilísticos. Sobre o assunto, ver: CORVALÁN, J. G. Inteligencia artificial GPT-3, pretoría y oráculos algorítmicos en el Derecho. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020; CORVALÁN, J. G. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017; CORVALÁN, J. G. El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 35-51, jan./abr. 2019.

¹⁰¹ MOURA, E. A. da C. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 229-245, jul./set. 2018.

de princípio, nem quando se está diante de argumentos de consequência; (ii) ainda que resolvesse o problema da justificação, argumentos consequentialistas possuem grande dificuldade de lidar com o problema da falta de isonomia inerente aos resultados casuístas; (iii) a ausência de estudos científicos para fundamentar argumentos consequentialistas reduz a “previsão dos efeitos” ao senso intuitivo dos julgadores que não possuem, em média, conhecimento técnico para tanto; (iv) o cenário ideal, ou seja, aquele no qual todas as decisões fundadas em argumentos consequentialistas estejam lastreadas em estudos e pareceres científicos, encontra óbice em questões temporais e financeiras, diante do tempo e custo que a encomenda de estudos para cada caso demandaria dos tribunais e gabinetes; (v) ainda que o cenário ideal se concretizasse, este se encontraria circunscrito aos juízos de probabilidade, intrínsecos ao método científico fundado em amostras quantitativas – o que não implica, por si só, maior segurança jurídica ou justiça da decisão.

Referências

AGUIAR, J. C.; HABER, M. T. Controle jurídico das políticas públicas: uma análise a partir dos conceitos de eficácia, efetividade e eficiência. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 257-280, out./dez. 2017.

ALEX, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALIANAK, R. C. Eficacia y eficiencia en el control de la gestión de la Administración Pública. Incidencias en el control de la gestión pública ambiental. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, v. 1, n. 2, p. 183-197, jul./dic. 2014.

ALVES JR., L. C. M.; SAMPAIO, A. S. Parâmetros de atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 217-245, 2018.

ANDRADE, A. B. A.; SOUZA, P. A. Fins justos e meios ilegítimos: o consequentialismo jurídico no combate à corrupção. In: SALGADO, E. D. (org.). *Direito, retrocesso e resistência*. Curitiba: Íthala, 2020. v. 1.

ARAÚJO, L. F. D. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

ARGÜELHES, D. W.; LEAL, F. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, D. (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BITENCOURT NETO, E. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BRAVO, Á. A. S. Marco Europeo para una inteligencia artificial basada en las personas. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

CAMPOS, M.; JORGE, A. de M. O sistema retórico (ethos, pathos e logos): contribuições para a argumentação jurídica. *Academia.edu*. Disponível em: https://www.academia.edu/32348834/O_SISTEMA_RET%C3%93RICO_ETHOS_PATHOS_E_LOGOS_CONTRIBUI%C3%87%C3%95ES_PARA_A_ARGUMENTA%C3%87%C3%83O_JUR%C3%8DDICA. Acesso em: 11 jan. 2020.

CARBONNEL, F. Reasoning by consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decisions. *Cogency: Journal of reasoning and argumentation*, Santiago do Chile, v. 3, n. 2, p. 81-104, 2011.

CHARTIER, R. *A história cultural: entre práticas e representações*. Tradução de Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1990.

CHAVES, V. F.; FLORES, N. C. da S. Possibilidades e limites no aproveitamento dos critérios econômicos na apreciação e justificação de escolhas normativas. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 131-148, jan./abr. 2018.

CHRISTOPOULOS, B. G. C. Argumento consequencialista no Direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*, Maceió, v. 6, n. 3, p. 4-27, 2015.

CLÈVE, C. M. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CORVALÁN, J. G. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

CORVALÁN, J. G. El impacto de la inteligencia artificial en el trabajo. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 10, n. 1, p. 35-51, jan./abr. 2019.

CORVALÁN, J. G. Inteligencia artificial GPT-3, pretoria y oráculos algorítmicos en el Derecho. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

CRISTÓVAM, J. S. da S. Sobre a noção de bem comum no pensamento político ocidental: entre becos e encruzilhadas da dimensão ancestral do moderno conceito de interesse público. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 6, n. 1, p. 107-134, jan./abr. 2019.

CRISTÓVAM, J. S. da S.; CIPRIANI, M. P. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, set./dez. 2017.

DALLARI, A. A. Consequencialismo no âmbito do Direito Administrativo. In: CHALITA, G.; MARTINS, I. G. da S.; NALINI, J. R. (coord.). *Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Foco, 2019.

DEZAN, S. L.; CUNHA, R. A. V. O uso de padrão decisional extrajudicial pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e a tentativa de demonstração de uma razão jurídica suficiente no caso do julgamento da "desaposentação". *Revista Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38.1, p. 179-196, jan./jun. 2018.

DIDIER, F. S.; OLIVEIRA, R. A. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019.

DRAKEMAN, D. L. Consequentialism and the limits of interpretation: do the ends justify the meanings? *Jurisprudence*, Abingdon (UK), v. 9, n. 2, 2018.

DWORKIN, R. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, R. *O Império do Direito*. Tradução por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, G. T. E. *Interpretação econômica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FIGUEIREDO, C. R. B. de; CABRAL, F. G. Inteligência artificial: machine learning na Administração Pública. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

FIGUEIREDO, M. O ativismo do Supremo Tribunal Federal e a ausência de critérios claros em matéria de direitos fundamentais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 97-123, out./dez. 2018.

FREIRE, A. O Pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 8, n. 2, 2016.

GABARDO, E. *Eficiência e legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003.

GABARDO, E. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, out./dez. 2017.

GABARDO, E. Princípio da eficiência. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. de A.; FREIRE, A. (coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/82/edicao-1/principio-da-eficiencia>. Acesso em: 10 ago. 2020.

GABARDO, E.; SALGADO, E. D. Os fundamentos democráticos da decisão judicial e a questão do Direito e da moral: uma visão a partir do neopositivismo de Hart e da Crítica de Nino. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 48, p. 165-186, 2008.

HACHEM, D. W. A discricionariedade administrativa entre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais sociais. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 313-343, jul./dez. 2016.

HACHEM, D. W.; GABARDO, E. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 39, p. 131-167, jul./dic. 2018.

HUFF, D. *Como mentir com estatística*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no Direito Público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

KELLNER, A. L. M. *Consequencialismo judicial na suspensão de segurança nos julgamentos de direito regulatório*. 2018. 147f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da FGV-Rio, Rio de Janeiro, 2018.

KLEIN, E.; PORTUGAL, A. A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB. In: CASTELLA, G. M.; HUNGARO, L. A.; VALIATI, T. P. (coord.). *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

LE MOUËL, J. *Crítica de la eficacia: ética, verdad y utopía de un mito contemporáneo*. Tradução de Irene Agoff. Barcelona: Paidós, 1992.

MacCORMICK, N. *Legal reasoning and legal theory*. New York: Oxford University Press, 2003.

MARIANO, C. M. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARTÍNEZ CINCA, C. D. ¿Cómo decidir los “casos difíciles”? del giro pragmático de la jurisprudencia al consecuencialismo. *Revista de Derecho*, Valparaíso, n. 43, p. 703-730, 2014.

MARTINS, R. M. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.

MENDONÇA, J. V. S. de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOURA, E. A. da C. O controle da Administração Pública pelo Judiciário em tempos de neoconstitucionalismo: os limites do ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais em proteção ao mérito administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 229-245, jul./set. 2018.

NOBRE JR., E. P. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

NOHARA, I. P. *LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: hermenêutica e novos parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Juruá, 2018.

NUNES, M. G. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

PISCITELLI, T. dos S. *Argumentando pelas consequências no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

PONTES, J. A. Direito e Economia: rumo a uma concepção dialético-realista para além do “law and economics”. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 46, p. 3-33, 2015.

POPPER, K. *A lógica da pesquisa científica*. 12. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny S. da Motta. São Paulo: Cultrix, 2012.

POSNER, R. A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2014.

POSNER, R. A. *Problemas de Filosofia do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, R. A. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

RIBEIRO, M. C. P. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, M. C. P.; KLEIN, V. (coord.). *O que é análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALAMA, B. M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, M. L. L. M. P. (coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, E. D. Ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia: a questão das mutações (in)constitucionais na jurisprudência brasileira. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Bogotá, v. 4, n. 4, p. 59-73, 2011.

SALGADO, E. D. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 117, p. 193-217, 2018.

SAVARIS, J. A. Globalización, crisis económica, consecuencialismo y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, v. 15, n. 30, p. 21-44, 2012.

SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

SOARES, J. *O Xangô de Baker Street*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SOLUM, L. B. The interpretation-construction distinction. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 27, p. 95-118, 2010.

STRECK, L. L. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRINGHINI, A. Asistencia virtual automatizada e inclusiva para optimizar la relación de la ciudadanía con la Administración Pública. *International Journal of Digital Law*, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./abr. 2020.

SUNSTEIN, C. R. There is nothing that interpretation just is. *Constitutional Commentary*, Minnesota, v. 30, n. 2, p. 193-212, 2015.

TOULMIN, S. E. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

VERNENGO, R. J. Ética reflexiva y ética da responsabilidade em Max Weber. *Doxa*, Alicante, n. 15-16, p. 561-570, 1994.

ZANIN, C.; MARTINS, V.; VALIM, R. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020.
