



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Agamenon Alcântara Moreno Junior

**O consequencialismo jurídico e a Lei de Introdução às Normas do Direito
Brasileiro: diretrizes para a sua aplicação no direito público**

Rio de Janeiro

2023

Agamenon Alcântara Moreno Junior

**O consequencialismo jurídico e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:
diretrizes para a sua aplicação no direito público**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon

Rio de Janeiro

2023

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

M843

Moreno Júnior, Agamenon Alcântara

O consequencialismo jurídico e a lei de introdução às normas do Direito Brasileiro: diretrizes para a sua aplicação no Direito Público / Agamenon Alcântara Moreno Júnior. – 2023.
123f.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito público - Teses. 2. Brasil. [Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018] – Teses. 3. Decisões – Teses. I. Marrafon, Marco Aurélio. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

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

Assinatura

Data

Agamenon Alcântara Moreno Junior

**O consequencialismo jurídico e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:
diretrizes para a sua aplicação no direito público**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais.

Aprovado em: 18 de abril de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon (Orientador)
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. Sergio Antonio Ferrari Filho
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ

Prof. Dr. André Rufino do Vale
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha família.

À minha esposa, meu ponto de equilíbrio.

Ao meu filho, fonte de inspiração para eu buscar uma melhora constante.

E à minha falecida mãe, que sempre acreditou no meu potencial.

AGRADECIMENTOS

Ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, por oferecer a oportunidade aos magistrados do Estado, através do convênio formalizado, para a tão sonhada capacitação.

Nesse ponto, agradeço diretamente à Desembargadora Maria Erotides Kneip, Diretora da Escola da Magistratura Mato-grossense (ESMAGIS) à época, que concretizou a possibilidade da realização de um mestrado voltado aos magistrados, sonho acalentado por ela e por muitos dos Diretores que a antecederam.

Ao Desembargador Carlos Alberto Alves da Rocha, Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT) à época, que, com seu espírito empreendedor, entendeu a relevância do projeto e encampou o sonho da ESMAGIS e dos magistrados.

Ao professor e colega Antônio Veloso Peleja Júnior, pelo empenho na construção de um Minter com a UERJ, pela máxima dedicação no desenrolar das aulas e por se tornar um ponto de apoio a todos os discentes.

Aos professores doutores Gustavo S. Siqueira e Marco Aurélio Marrafon. Ao professor Gustavo, como coordenador do Minter, pelo apoio incondicional; ao professor Marrafon, meu orientador, que não mediu esforços para que esse aluno aplicado pudesse concluir o trabalho com esmero.

RESUMO

MORENO JUNIOR, Agamenon Alcântara. **O consequencialismo jurídico e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**: diretrizes para a sua aplicação no direito público. 2023. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

A pesquisa tem por objetivo investigar a utilização de argumentos consequencialistas no direito público brasileiro, especialmente com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, que acrescentou os arts. 20 e 21 na LINDB. Utilizando-se do método dedutivo, a pesquisa se dá de forma exploratória e bibliográfica. A partir de estudos que apresentam conceitos filosóficos e jurídicos, busca-se sua comparação com o utilitarismo e o pragmatismo. Firmado o marco teórico, a partir da teoria da argumentação de Neil MacCormick, a investigação avança na análise dos dispositivos, apontando o momento em que a legislação surgiu, e as críticas apresentadas antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018. Diante dessas críticas, analisam-se os arts. 20 e 21 da LINDB, a utilização de argumentos consequencialistas na declaração de constitucionalidade superveniente em razão da mudança fática e da modulação dos efeitos, inclusive identificando decisões do Supremo Tribunal Federal que utilizaram esses argumentos. Por último, ao se analisar os riscos e os desafios envolvidos, são apresentadas as diretrizes para a aplicação dos argumentos consequencialistas no direito público.

Palavras-chave: Consequencialismo. Direito Público. LINDB. Diretrizes.

ABSTRACT

MORENO JUNIOR, Agamenon Alcântara **Legal Consequentialism and the Introduction Act to Brazilian Law Rules: guidelines for its application in public law.** 2023. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

This research aims to investigate the use of consequentialist arguments in Brazilian public law, especially after Law n. 13,655/2018 came into effect which added arts. 20 and 21 on the Introduction Act to Brazilian Law Rules (LINDB). Using the deductive method, the research is exploratory and bibliographic. Based on studies presenting philosophical and legal concepts, those are compared with utilitarianism and pragmatism. Having established the theoretical framework, based on Neil MacCormick's theory of argumentation, the study moves on analyzing the provisions, pointing out the period in which the legislation was enacted, and the criticisms offered to it even before Law n. 13,655/2018 came into force. Given these criticisms, some topics are analyzed: first, art. 20 and 21 of the LINDB; then, the use of consequentialist arguments in the subsequent declaration of constitutionality that followed, due to the factual change and the modulation of the effects. The latter includes pointing out decisions of the Federal Supreme Court that used these arguments. Finally, when analyzing the risks and challenges involved, guidelines for applying consequentialist arguments in public law are proposed.

Keywords: Consequentialism. Public law. LINDB. Guidelines.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –	Respostas mencionadas pelos magistrados	45
Tabela 2 –	Respostas mencionadas pelos magistrados.....	45
Tabela 3 –	Respostas mencionadas pelos magistrados.....	46
Tabela 4 –	Respostas mencionadas pelos juízes de primeiro grau em atividade....	46
Tabela 5 –	Respostas mencionadas pelos juízes de segundo grau, em atividade....	47

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ACO	Ação Civil Originária
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIDS	<i>Acquired immunodeficiency syndrome</i> (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
AMPCON	Associação Nacional do Ministério Público de Contas
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ATRICON	Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil
AUDICON	Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros Substitutos dos Tribunais de Contas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEDAU	Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico
CF/1988	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPGC	Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas
CNTI	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
DF	Distrito Federal
ESMAGIS	Escola da Magistratura Mato-grossense
FGV	Fundação Getulio Vargas
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i> (Vírus da Imunodeficiência Humana)
IBDA	Instituto Brasileiro de Direito Administrativo
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MG	Minas Gerais
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde

PL	Projeto de Lei
PGFN/CAT	Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PUC-Rio	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RE	Recurso Extraordinário
RS	Rio Grande do Sul
SBDP	Sociedade Brasileira de Direito Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UERJ Reg.	Laboratório de Regulação Econômica da Universidade Estadual do Rio de Janeiro
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	CONSEQUENCIALISMO, UTILITARISMO E PRAGMATISMO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS FUNDAMENTOS E DELIMITAÇÃO DAS CATEGORIAS.....	16
1.1	Algumas considerações conceituais acerca do consequencialismo sob o aspecto filosófico e jurídico.....	16
1.1.1	<u>Consequencialismo: uma breve análise da discussão filosófica.....</u>	16
1.1.2	<u>Consequencialismo: uma análise do conceito jurídico.....</u>	20
1.2	Algumas considerações acerca das correntes de pensamento utilitarismo e pragmatismo sob os aspectos filosófico e jurídico.....	23
1.2.1	<u>Utilitarismo: uma análise histórica e filosófica do conceito.....</u>	23
1.2.2	<u>Pragmatismo: uma breve análise do conceito.....</u>	25
1.3	Alguns pontos de convergência e divergência entre as correntes de pensamento.....	29
1.3.1	<u>Distinção entre consequencialismo e utilitarismo</u>	29
1.3.2	<u>Distinção entre consequencialismo e pragmatismo.....</u>	30
1.4	Consequencialismo jurídico na visão de Neil MacCormick.....	31
1.4.1	<u>A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por MacCormick.....</u>	31
1.4.2	<u>O consequencialismo jurídico na obra <i>Argumentação jurídica e teoria do direito</i> de Neil MacCormick.....</u>	35
1.5	O consequencialismo no Brasil	37
1.5.1	<u>Posicionamentos doutrinários: fundamentos e inquietações.....</u>	37
1.5.2	<u>Avaliação da atuação do Conselho Nacional de Justiça na abordagem do consequencialismo</u>	42
1.5.3	<u>Amostragem do posicionamento da magistratura sobre a utilização de argumentos consequencialistas.....</u>	44
2	INOVAÇÃO DA LEI N. 13.655/2018 E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	48
2.1	Considerações iniciais sobre a Lei n. 13.655/2018	48
2.1.1	<u>Momento histórico da sua criação, motivos apresentados e seus objetivos</u>	48

2.1.2	<u>Argumentos das entidades que se mostraram contrárias à sanção do projeto que redundou na Lei n. 13.655/2018.....</u>	53
2.2	Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.146 apresentada pela ANAMATRA	56
2.2.1	<u>Argumentos trazidos pela ANAMATRA para a declaração de inconstitucionalidade.....</u>	56
2.2.2	<u>Informações dos órgãos responsáveis pelo ato na defesa da constitucionalidade da Lei n. 13.655/2018 – Presidência, Senado Federal e Câmara dos Deputados.....</u>	58
2.2.3	<u>Amicus curiae: manifestações em defesa da constitucionalidade da Lei n. 13.655/2018.....</u>	60
2.3	O consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB.....	64
2.3.1	<u>Importância de se analisar o significado dos termos “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas”.....</u>	64
2.3.2	<u>Necessidade da motivação e da análise das possíveis alternativas.....</u>	69
2.4	O sentido/significado do art. 21 da LINDB.....	71
2.4.1	<u>Necessidade de considerar as consequências jurídicas e administrativas.....</u>	71
2.4.2	<u>As consequências da invalidação e a necessidade de sua regularização..</u>	73
2.5	Inconstitucionalidade superveniente.....	78
2.5.1	<u>Inconstitucionalidade superveniente em razão das mudanças fáticas e a LINDB.....</u>	78
2.5.2	<u>Decisões do STF em situações nas quais houve modificação da situação fática.....</u>	82
3	ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS DE SUPERAÇÃO (RISCOS E UTILIDADE).....	86
3.1	Riscos processuais existentes – interpretação conjunta com o art. 489, § 1º, do CPC/2015 – contraditório.....	86
3.1.1	<u>Interpretação conjunta dos arts. 20 e 21 da LINDB com o art. 489, § 1º, do CPC/2015.....</u>	86
3.1.2	<u>Observância do contraditório e prova produzida nos autos.....</u>	89
3.2	Risco na forma pela qual o argumento consequencialista está sendo produzido e decisão integrativa.....	92

3.2.1	<u>Análise das consequências da decisão sem motivação.....</u>	92
3.2.2	<u>Argumentos consequencialistas e necessidade de integração.....</u>	95
3.3	Decisões do STF em que se analisou as consequências com fundamento na LINDB.....	97
3.3.1	<u>O caso da decisão do STJ que, em recurso repetitivo, estendeu a quem detém o benefício da pensão por morte o benefício do art. 45 da Lei n. 8.213/1991 (Agravio Regimental na Petição 8.002/RS).....</u>	97
3.3.2	<u>O caso da cessão de royalties envolvendo o Estado do Paraná e a União (Ação Civil Originária 3.119).....</u>	101
3.3.3	<u>O caso da suspensão das retenções feitas pela União no repasse do FPE ao Estado de Rondônia (Embargos de Declaração na Ação Cautelar 3.637/RO).....</u>	102
3.4	Análise de argumentos consequencialistas quando da modulação dos efeitos.....	103
3.4.1	<u>Aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e 927, § 3º, do CPC/2015.....</u>	103
3.4.2	<u>Análise dos argumentos trazidos no RE 628.075 do STF.....</u>	106
3.5	Consequencialismo e sua utilização no direito público brasileiro....	107
3.5.1	<u>“Consequencialismo à brasileira” e a LINDB.....</u>	107
3.5.2	<u>A utilização dos arts. 20 e 21 da LINDB pode ser benéfica ao direito brasileiro?.....</u>	110
	CONCLUSÃO.....	112
	REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como foco abordar a utilização dos argumentos consequentialistas no sistema jurídico brasileiro, especificamente no direito público, com fundamento teórico na principal obra de Neil MacCormick, na Lei n. 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) e em sentido aplicado, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema.

O consequentialismo, teoria que começa a ser desenvolvida na filosofia política por volta do século XVIII, com o pensamento de Jeremy Bentham, é uma visão segundo a qual as escolhas éticas devem ser tomadas em vista das consequências que produzem. Essa forma de se pensar a ética, a política e outros campos da vida social, passou a influenciar também o direito, de maneira que se começou a refletir sobre um tal “consequentialismo jurídico”.

No caso do Brasil, a discussão surgiu há alguns anos, por meio de diversos institutos jurídicos, por exemplo, a modulação de efeitos em decisões de constitucionalidade. No entanto, foi apenas com a Lei n. 13.655/2018, que alterou a LINDB, especialmente em razão da inclusão dos arts. 20 e 21, que houve uma verdadeira normatização do consequentialismo no ordenamento pátrio, a envolver as esferas administrativa, controladora e judicial.

Em que pese a amplitude da aplicação do consequentialismo no direito brasileiro, esta investigação terá como objeto de análise somente a sua fundamentação e aplicação na esfera judicial, com foco na jurisprudência do STF.

A dissertação parte de uma investigação preliminar, que identificou o uso de argumentos consequentialistas em decisões judiciais, sobretudo, da hipótese inicial de que têm sido utilizados argumentos consequentialistas como razão de decidir, mas sem um padrão para isso, mesmo diante do disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB.

Assim, o estudo pretende responder aos seguintes questionamentos: quais critérios devem ser utilizados quando do emprego de argumentos consequentialistas no direito público, diante da normatização trazida nos dispositivos incluídos na LINDB? É possível fixar diretrizes mínimas a serem observadas pelo julgador?

A partir dessa análise, será possível verificar também se a LINDB impõe restrições à atuação do Poder Judiciário ou, ao contrário, impõe a necessidade de uma argumentação qualificada.

A pesquisa, exploratória e bibliográfica, busca, inicialmente, a partir de uma visão geral do tema, aprofundar conceitos e ideias a ele relacionados, tanto por meio de textos filosóficos, quanto por meio de literatura e de documentos jurídicos. Para isso, utiliza-se o método dedutivo

de investigação, pois, a partir de uma visão geral, aborda-se a questão específica, trazendo-a para a particularidade proposta que se pretende resolver. A leitura da literatura jurídica sobre o tema é fundamental. Pretende-se analisar e indicar a evolução do pensamento que possibilita a argumentação consequencialista, para firmar um posicionamento sobre como a teoria deve ser utilizada.

Em um primeiro momento, são analisados os conceitos filosóficos e jurídicos do consequencialismo, do utilitarismo e do pragmatismo para, em seguida, distingui-los. Quanto ao consequencialismo jurídico, a dissertação se debruça sobre a teoria da argumentação de Neil MacCormick, especificamente no que diz respeito a este ponto.

No primeiro capítulo, define-se consequencialismo jurídico, conceito a ser utilizado na sequência da dissertação, sempre com fundamento em uma revisão bibliográfica. Em seguida, aborda-se a Lei n. 13.655/2018, a qual, em sua ementa, afirma trazer disposições sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público”.

No segundo capítulo, com fundamento em revisão bibliográfica, apresenta-se um histórico que redundou na elaboração da mencionada Lei, explicitando os objetivos os quais ela pretende implementar para, na sequência, enfatizar os dois artigos que tratam do consequencialismo jurídico.

Na oportunidade, são apresentados os argumentos daqueles que se manifestaram contrariamente à sanção do projeto que redundou na Lei n. 13.655/2018, e os fundamentos favoráveis e contrários apontados na ADI 6146 apresentada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA), escolhida em razão de ter sido intentada por representantes do Judiciário sob argumentos que dizem respeito à atuação na esfera judicial, objeto de estudo desta dissertação.

Pretende-se avançar no estudo dos dispositivos e dos conceitos analisados para verificar se são suficientes no intuito de alcançar os objetivos traçados pelo legislador. Neste ponto, são analisadas as consequências das decisões do juiz a partir da inconstitucionalidade superveniente diante da modificação da situação fática.

No terceiro e último capítulo, a pesquisa aponta se os arts. 20 e 21 da LINDB trouxeram dispositivos que garantem a utilização do consequencialismo em situações específicas, evitando-se o uso de experiências próprias ou voluntarismos do magistrado¹ no ato de decidir.

¹ Utilizamos a expressão no sentido descrito por Bianor Arruda Bexerro Neto, em Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo?: “Então, voluntarismo judicial diz respeito à *atitude do magistrado* que, diante de situações de discricionariedade judicial, fraca ou forte, *realiza* ou *finaliza* a construção de sentido dos enunciados factuais e dos enunciados normativos a partir de critérios de sua exclusiva escolha, ou seja, ditados por sua vontade. O *juiz voluntarista*, portanto, é aquele que não se vale de elementos objetivos presentes ou admitidos no

Para essa finalidade, aborda-se a aplicação da LINDB em conjunto com o art. 489, § 1º, do CPC/2015, e a necessidade de se observar a prova produzida em relação ao contraditório.

Para melhor argumentação e desenvolvimento das discussões, utilizam-se as decisões do STF no Agravo Regimental na Petição 8.002/RS, na Ação Civil Originária (ACO) 3.119 e nos Embargos de Declaração na Ação Cautelar 3.637/RO, casos nos quais foram utilizados argumentos consequencialistas com fundamento na LINDB. A escolha dessas decisões se justifica por terem sido firmadas em processos de classes diferentes, o que permite avaliar as diversas possibilidades de utilização dos argumentos consequencialistas. As questões envolvidas nos processos atendem ao objetivo de verificar as possíveis implicações trazidas pela Lei n. 13.655/2018, e permite avaliar se após a edição da lei, seus fundamentos começaram a ser utilizados pelos julgadores.

No mesmo capítulo, analisa-se o uso de argumentos consequencialistas na modulação dos efeitos prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/1999 e art. 927, § 3º, do CPC/2015, trazendo a decisão firmada pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) 628.075. A relevância dessa decisão pode ser constatada quanto ao impacto econômico refletido nas contas dos Estados, e na menção expressa da incidência da LINDB quando da análise da modulação dos efeitos.

Com base em revisão bibliográfica, identifica-se como vem sendo encarado o consequencialismo jurídico no direito público brasileiro após a alteração da LINDB, ou seja, se existem dispositivos que garantem um direcionamento na sua aplicação ou se, na realidade, o que existe é uma espécie de “consequencialismo à brasileira”, isto é, desprovido de parâmetros objetivos para sua aplicação.

Ao final, apura-se se há ou não possibilidade de se traçar diretrizes para a aplicação de argumentos consequencialistas no direito público brasileiro, procurando contribuir para a discussão de um tema bastante relevante ao sistema jurídico.

1 CONSEQUENCIALISMO, UTILITARISMO E PRAGMATISMO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS FUNDAMENTOS E DELIMITAÇÃO DAS CATEGORIAS

1.1 Algumas considerações conceituais acerca do consequencialismo sob o aspecto filosófico e jurídico

1.1.1 Consequencialismo: uma breve análise da discussão filosófica

Neste capítulo, analisa-se a ideia do “consequencialismo” a partir de duas perspectivas: a filosófica e a jurídica. A abordagem pretende explorar como o debate iniciado na filosofia política foi incorporado aos ordenamentos jurídicos, por meio de normas e de decisões judiciais.

Assim, de uma análise teórica (filosófica) passa-se a uma discussão um tanto mais prática (jurídica), qual seja, analisar como a teoria do consequencialismo começou de fato a influenciar a maneira de se elaborar as normas jurídicas e de se decidir processos judiciais, especialmente quando da aplicação dos princípios jurídicos no âmbito do direito público.

O consequencialismo é uma filosofia moral, na qual o valor da conduta se define a partir das suas consequências. Portanto, importante consignar de imediato que o estudo desse tema traz à tona a possibilidade de se adentrar na discussão que ultrapassa o direito para ingressar nos campos da moral, da ética e da filosofia.

Analisar as consequências de uma ação demanda verificar quem avalia ou a situação avaliada. Neste sentido, Lenio Streck² menciona o *dilema de trolley* (dilema do vagão), apresentado por Michael Sandel³, para ilustrar sobre uma hipótese em que não se trata de análise jurídica, mas de discussão de filosofia moral, portanto, não deve ser utilizada em hipóteses jurídicas.

Para melhor visualização, Lenio Streck lembra que o dilema apresenta uma situação hipotética em que um trem, em seu trajeto normal, o levará a atropelar cinco pessoas. Todavia, existe um desvio que, se utilizado, o conduzirá para um caminho que atropelará apenas uma pessoa. O dilema traz o questionamento do que fazer, matar as cinco pessoas ou desviar e matar apenas uma.

² STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas *trolley* ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**. v. 6, n. 3, p. 924-934, set.-dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>. Acesso em: 13 fev. 2023..

³ SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Trad. Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

Lenio Streck aponta neste artigo a necessidade de se ter em vista que o consequencialismo pode ser estudado sob as óticas da filosofia, da moral e da ética, mas que não se pode partir desses exemplos e simplesmente transportá-los para uma análise jurídica.

É por esta razão que, embora neste capítulo o foco seja analisar a discussão filosófica e suas implicações para a discussão jurídica acerca do consequencialismo, a dissertação não tem como escopo principal averiguar textos filosóficos sobre o consequencialismo no sentido moral e ético, mas sua aplicação ao direito e às decisões judiciais.

Em termos filosóficos, que é o foco desta seção, Bruno Aislã Gonçalves dos Santos e Fernanda Belo Gontijo⁴ indicam que o início do consequencialismo se deu na filosofia política de Jeremy Bentham, e o desenvolvimento de suas ideias no âmbito da ética prática.

Para ambos⁵, a teoria do consequencialismo reflete certas intuições do “senso comum”, na medida em que aponta para a necessidade de se considerar nas escolhas éticas a consequências dessas decisões.

Apesar da importância das teorias consequencialistas na filosofia, a conceituação de “consequencialismo”, em termos filosóficos, não se mostra uma tarefa simples, até mesmo porque há diversas divergências a respeito. Para Bruno Aislã Gonçalves dos Santos e Fernanda Belo Gontijo, o que une os pensadores chamados “consequencialistas” é a “ênfase nas consequências”⁶. Neste sentido, as teorias consequencialistas seriam teleológicas, pois estabelecem determinado fim (a consequência) como objeto regulador do estatuto moral das opções em questão, ou seja, a decisão se torna eticamente aceitável, na medida em que sua consequência refletir uma determinada concepção de bem.

Evidentemente, contudo, os consequencialistas divergem sobre as concepções de bem, isto é, sobre o que seria ou não uma consequência boa.

Nesse sentido, Philip Pettit⁷ afirma que “o consequencialismo é a visão segundo a qual, qualquer valor, quer individual ou institucional que o agente adote, a resposta adequada a esses

⁴ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023.

⁵ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023, p. 7.

⁶ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023.

⁷ PETTIT, Philip. **Consequentialism**. In: SINGER, Peter (org.) **A companion to ethics**. Oxford: Blackwell Publishers, 1991, p. 231 *apud* SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guaiaraca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023. No original:

valores é promovê-los”. Para o autor, trata-se de uma teoria moral na medida em que impõe a observância prática dos valores do agente que decide. A promoção do valor em questão deve ser a mais ampla e efetiva possível para um consequencialista, ao passo que para um não consequencialista, honrar um determinado valor não tem relação com as consequências da decisão tomada, mas com a decisão em si.

Em síntese, um consequencialista almeja promover e efetivar o valor, ao passo que um não consequencialista objetiva honrar o valor independentemente das consequências práticas de uma dada atitude⁸.

Como se vê, a despeito das divergências sobre o que seriam “consequências boas”, as teorias consequencialistas parecem convergir no ponto em que a avaliação de uma conduta como ética ou não ética está relacionada às consequências produzidas por dada conduta. Ainda, com o objetivo de entender melhor o consequencialismo, indicam-se alguns pensamentos considerados consequencialistas, a exemplo do consequencialismo de atos e do consequencialismo de regras⁹.

No consequencialismo de atos, o ato deve ser avaliado diretamente. Dessa forma, o agente, diante da decisão, deve ser capaz de avaliar não apenas as demais opções (ações alternativas), mas também de escolher aquela que produz as melhores consequências¹⁰. Para este, a moralidade seria um empreendimento individual, a enfatizar no que cada indivíduo entende e considera correto ou incorreto em termos de consequências.

No consequencialismo de regras, por sua vez, selecionam-se regras que têm por finalidade indicar quais são as melhores consequências. Por esse motivo, é possível determinar aquelas moralmente erradas. Nota-se um padrão de verificação moral, com critérios que definem se o ato é ou não moralmente correto¹¹. Para este, a moralidade, não é um empreendimento individual, mas coletivo, no qual a coletividade é chamada a dizer o que seriam as melhores consequências.

“Consequentialism is the view that whatever values an individual or institutional agent adopts, the proper response to those values is to promote them”.

⁸ Neste sentido: SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6. ed. Trad. Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013, p. 47.

⁹ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023, p. 19.

¹⁰ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023.

¹¹ SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023.

Feita essa distinção, que é trazida nas discussões filosóficas sobre o consequencialismo em termos éticos, convém apresentar, em seguida, uma distinção entre os argumentos consequencialistas e os deontológicos. Para a abordagem deontológica, que possui em Kant¹² o seu principal expoente, a ação é avaliada como justa ou injusta, em si mesma, independentemente de qualquer preocupação com as consequências. Na ética deontológica, o certo está definido claramente em regras. Diz-se que a utilização do consequencialismo surge quando não se é possível invocar, ou quando não são suficientes, as teorias deontológicas.

No âmbito da filosofia moral e da ética, são as consequências que determinam o valor moral de um ato para uma teoria ou pensador “consequencialista”. Vê-se, assim, que as teorias deontológicas e consequencialistas estão em franca oposição.

Em que pese o argumento kantiano – da conduta ser boa ou não em si mesma – não se pode perder de vista que em várias áreas das relações humanas, valoriza-se bastante a capacidade, até a necessidade de se antecipar cenários. Analisar as consequências é vital para determinar o caminho que se deve seguir, não apenas em termos éticos, mas também em se tratando de decisões coletivas, políticas ou jurídicas.

No campo jurídico, diz-se que também é uma exigência quando ainda se está na esfera legislativa, no instante em que antecede a produção de leis. Estudar as hipóteses e eventuais consequências antes da proposição de uma norma parece ser fundamental para a legislação poder refletir uma realidade e regular uma situação.

Assim, o estudo das categorias e os conceitos filosóficos sobre o consequencialismo é bastante útil àquele que almeja refletir sobre a sua utilização no âmbito jurídico (quer na fase legislativa, administrativa ou judicial).

Ao se analisar casos concretos, conforme observa Lenio Streck¹³, é necessário se ter a clareza da distinção quando as consequências tratam especificamente de um campo não jurídico.

Esse ponto, aparentemente, parece fácil de se detectar, mas o estudo que se pretende desenvolver traz exatamente a preocupação de não se misturar esses conceitos e a tentativa de se firmar requisitos mínimos para a utilização dessa teoria cada vez mais mencionada e necessária no âmbito jurídico.

¹² KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Fernando Costa Mattos 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas *trooley* ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**. v. 6, n. 3, p. 924-934, set.-dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>. Acesso em: 13 fev. 2023.

1.1.2 Consequencialismo: uma análise do conceito jurídico

A análise das consequências no âmbito jurídico está longe de ser algo novo. É necessária, inclusive, em várias situações cotidianas e essencial na esfera legislativa. Neste momento da pesquisa, pretende-se abordar o uso do consequencialismo no direito e refletir sobre a sua aplicação especialmente em decisões judiciais.

Independentemente das críticas direcionadas ao seu estudo, nota-se que, cada vez mais, a utilização de argumentos consequencialistas na análise do caso concreto no momento da decisão judicial se revela não apenas admitida, mas, inclusive, desejável.

No dizer de Tercio Sampaio Ferraz Junior, dentre as tarefas postas aos juristas há um quadro equilibrado há aproximadamente trinta anos, o qual retrata a necessidade de se lidar com três problemas centrais: identificar o direito, interpretá-lo e aplicá-lo¹⁴. Ao tratar a questão e trazer importantes elementos sobre o uso da hermenêutica jurídica, o autor reflete sobre a modificação do mundo jurídico com base em Gunther Teubner¹⁵, que apresentou quatro fenômenos atuais, cuja relação entre eles traz em si um grande problema: a dificuldade de a Constituição lidar com paradoxos.

O primeiro fenômeno, explica o autor, é a forte expansão atual dos juízes (conhecida como ativismo judicial); o segundo, um novo retorno ao direito autoral; o terceiro, a mudança nos movimentos populares de protesto, atualmente focados também para a economia e outros sistemas funcionais do mundo privado; o quarto diz respeito à transformação no *status* dos tipos de Constituição, pois as constituições políticas cedem terreno ao papel autônomo da Constituição econômica, da Constituição do trabalho, da previdência e de outros sistemas¹⁶.

A análise jurídica à luz da CF/1988 e fundada no escopo social, cultural e político, é uma realidade muito criticada quando o argumento utilizado na decisão passou a ser exclusivamente esse.

Nesse contexto, Luis Fernando Schuartz define consequencialismo jurídico de maneira bastante ampla:

¹⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 3.402 (*ebook*).

¹⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 3.430 (*ebook*).

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 3.430 (*ebook*).

[...] qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas¹⁷.

Como se vê, a exemplo do mencionado na seção que tratou do consequencialismo na filosofia, os juristas que se dizem “consequencialistas” também parecem ser aqueles mais preocupados com as consequências práticas não apenas das normas jurídicas editadas pelo Legislativo e pelo Executivo, mas também pelas decisões advindas do Judiciário.

Adilson de Abreu Dallari aborda o tema no âmbito do direito administrativo ao afirmar que a ponderação das consequências é inerente à atividade jurídica, com base na teoria tridimensional do direito¹⁸. Para o autor, atualmente, o termo “consequencialismo” passou a designar o método que procura chegar a melhores resultados. Conclui ser um método hermenêutico de tomada de decisão e, para isso, cita conceitos desenvolvidos por Maíra de Carvalho Pereira¹⁹ e Maurício Pirozzi²⁰ que reforçam suas ponderações.

Em semelhante sentido, José Renato Nalini adverte que o juiz não pode ser inconsequente, isto é, deve buscar avaliar a todo instante as consequências da sua decisão sobre as pessoas atingidas²¹.

Luís Roberto Barroso, por sua vez, observa que o juiz contemporâneo não se pauta apenas na subsunção mecânica dos fatos às normas, mas também possui como atribuição analisar e definir princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, a partir de uma ponderação necessária²².

¹⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, n. 248, p. 130-158. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Consequencialismo no âmbito do direito administrativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 3845 (*ebook*).

¹⁹ “O consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações jurídicas e logicamente possíveis, o juiz utiliza como critério determinante para decisão os efeitos que decorrerão da tomada de posição de uma ou outra forma”. DALLARI, Dalmo de Abreu. Consequencialismo no âmbito do direito administrativo. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 3859 (*ebook*).

²⁰ “O consequencialismo [...] é aquele estilo de julgamento do juiz que reflete sobre as consequências metajurídicas, indo além do processo e adentrando no impacto social e econômico de suas decisões. Não é que o juiz possa julgar fora da lei, mas dentro de uma margem de abertura que a própria lei confere. Ao juiz torna-se permitido graduar as determinações, considerando as peculiaridades do caso concreto e os efeitos sociais e econômicos da sentença. PIROZZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial: uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 59, n. 187, out.-dez. 2008. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023, Posição 3859.

²¹ NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 207.

²² BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015. Disponível em:

<https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/3180/pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023, p. 32-33.

E é justamente em razão dessas ponderações que as relações existentes no direito contemporâneo exigem uma tomada de decisão de forma diferenciada daquela clássica do paradigma do positivismo jurídico.

O consequencialismo, ou a utilização de argumentos que visualizem as consequências trazidas pela situação concreta, é uma exigência que não está presente na conduta dos juízes considerados tradicionais²³, constatação que demanda a existência de parâmetros mínimos a serem utilizados para não se ter uma decisão judicial fundada em uma convicção pessoal, sem qualquer fundamentação constitucional.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Junior, o exercício da jurisdição era neutralizado politicamente pela divisão de poderes, mas, atualmente, ganhou contornos políticos de abrangência maior do que a teoria jurídica tradicional, para além de uma decisão fundada exclusivamente na norma, a partir da incidência dos princípios na resolução dos casos concretos²⁴.

A utilização de argumentos consequencialistas é, portanto, uma realidade, diante da constatação de que a legislação ordinária não acompanha a evolução da sociedade na mesma velocidade. Ter ciência de que toda a decisão impõe consequências e de que elas devem, tecnicamente, ser observadas, é fundamental.

Diante disso, afirma-se que o consequencialismo jurídico é uma teoria que propõe verificar, analisar e considerar as consequências práticas das decisões jurídicas quando diante dos casos concretos, utilizando-se princípios constitucionais ou as possibilidades apresentadas pela lei (em sentido amplo), de forma a trazer a melhor solução ao caso sob a perspectiva daquela que apresentar a melhor consequência.

Saber como controlar, se é que é possível, o uso de argumentos consequencialistas no sistema brasileiro é um grande desafio, sobretudo diante da Lei n. 13.655/2018, que modificou a LINDB, ao trazer dois artigos acerca da utilização de argumentos consequencialistas na área de direito público, nas esferas administrativa, judicial e controladora. É o que se busca compreender nas seções seguintes, mas não sem antes analisar teorias do pensamento jusfilosófico das quais o consequencialismo pode se aproximar, embora com elas não deva se confundir.

²³ Aqui utilizamos a expressão “juízes considerados tradicionais” no sentido descrito pelo positivismo jurídico, no qual o papel daquele que decide se restringiria ao processo de subsunção da norma jurídica ao caso concreto.

²⁴ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019 (ebook), p. 3.567.

1.2 Algumas considerações acerca das correntes de pensamento utilitarismo e pragmatismo sob os aspectos filosófico e jurídico

1.2.1 Utilitarismo: uma análise histórica e filosófica do conceito

Nesta seção, são tecidas algumas premissas acerca do utilitarismo e do pragmatismo, sob os aspectos filosófico e jurídico, de forma a propor aproximações e distinções necessárias entre os conceitos e as teorias estudadas, de maneira a garantir a habilidade crítica para se discutir o tema central proposto nesta dissertação.

O utilitarismo surgiu no final do século XVIII, quase no começo do XIX, e teve em Jeremy Bentham²⁵ e John Stuart Mill seus principais expoentes. Uma das características mais marcantes dos utilitaristas é o fato de não se preocuparem apenas com questões abstratas, mas sim, com a necessidade de agir em busca do bem, utilizando tudo o que é útil para maximizar os melhores efeitos. Busca-se o resultado, aquele que possa proporcionar a maior quantidade de prazer com base em contextos práticos – daí ser uma teoria ética consequencialista.

Jeremy Bentham, ao iniciar a sua abordagem, observa que o princípio da utilidade reconhece que a dor e o prazer são os dois senhores que dominam o gênero humano, e coloca essa sujeição como fundamento de um sistema “cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”²⁶.

O autor define o princípio da utilidade como aquele que “aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo”.²⁷ Procura a felicidade, definida em termos de prazer e dor (própria da visão hedonista), tendo em vista que a ação desenvolvida seria avaliada na medida em que ela poderá alcançá-la.

Um ponto importante do seu pensamento é o fato de possuir uma ideia quantitativa do utilitarismo, pois não trabalha com escalas de prazer, deixando clara sua visão igualitária.

Para Luís Alberto Peluso, Jeremy Bentham foi um dos principais representantes do movimento utilitarista, o fundador da escola de pensamento do mundo anglo-americano, cujo propósito era erradicar a miséria e o sofrimento social da Grã-Bretanha, ao imaginar políticas

²⁵ O pensamento de Bentham é considerado ao mesmo tempo “consequencialista” e “utilitarista”.

²⁶ BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos/John Stuart Mill: traduções de João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. **Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 3.

²⁷ BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos/John Stuart Mill: traduções de João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. **Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 4.

que pudessem transformar os pobres em agentes produtivos. Foi nesse sentido que ele defendeu a ideia da busca da felicidade para o maior número de pessoas possível²⁸.

O utilitarista clássico defende, portanto, a busca da felicidade para o maior número de pessoas possível por entender que existe uma coincidência entre o interesse individual e o coletivo. Assim, a felicidade alheia é desejada, pois esse bem-estar da comunidade se transforma numa questão moral.

Nesse ponto, traz-se o conceito de comunidade apresentado por Jeremy Bentham, o de um corpo fictício constituído por membros²⁹. O legislador teria a tarefa de fazer essa interpretação a partir da qual os interesses privados e públicos coincidem.

John Stuart Mill, nascido em Londres, é um destacado filósofo utilitarista clássico, um dos mais influentes filósofos e economistas de língua inglesa e ferrenho defensor do utilitarismo proposto por Jeremy Bentham. Em seu pensamento, reforça que, ao se considerar a utilidade como fundamento da moral, devem ser consideradas ações certas aquelas que promovem a felicidade: “por felicidade entende-se prazer e ausência de dor, por infelicidade, dor e privação de prazer”³⁰.

Vê-se que, para o utilitarismo, as únicas coisas desejáveis como fins são o prazer e a ausência de dor e, para Stuart Mill “alguns tipos de prazeres são mais desejáveis e mais valiosos do que os outros”³¹. Nesse sentido, avalia como ações corretas aquelas que levam à promoção da felicidade, considerando ser essa uma busca que fundamenta a teoria ética normativa.

Para Stuart Mill, é necessário trabalhar a ideia da qualidade dos prazeres, ou seja, a qualidade além do tempo de duração e intensidade, raciocínio pelo qual o prazer mais desejável é aquele no qual se dá preferência por todos ou quase todos³². Aborda, ainda, a diferença qualitativa entre os prazeres, dando mais importância aos intelectuais e morais, em detrimento dos prazeres da mera sensação.

Para se obter a convergência entre os interesses individuais e coletivos, buscando maximizar a felicidade, Stuart Mill argumenta ser necessário, em primeiro lugar, que a legislação e a organização social harmonize os interesses individuais com o coletivo; em

²⁸ PELUSO, Luis Alberto. **Ética & utilitarismo**. Campinas, SP: Alínea, 1998, p. 13.

²⁹ “A comunidade é corpo fictício, composto de pessoas individuais que se consideram como um corpo constituído por membros. Qual é o interesse da comunidade? A soma dos interesses dos diversos membros que integram a referida comunidade. É inútil falar em interesse da comunidade, se não compreender o interesse do indivíduo”. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos/John Stuart Mill: traduções de João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. **Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 27-28.

³⁰ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras (*ebook*), p. 24.

³¹ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras (*ebook*), p. 26.

³² MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras (*ebook*), p. 27.

segundo lugar, que a educação e a opinião possam incutir na mente dos indivíduos que a sua felicidade parte da necessidade do bem comum “de tal modo que um impulso direto para promover o bem geral possa ser em cada indivíduo um dos motivos habituais da ação”³³.

Feitas estas considerações sobre o utilitarismo, e extraída a sua ideia básica, em seguida, apresentam-se eventuais distinções existentes a partir do consequencialismo para auxiliar a construir a discussão sobre o tema. Antes disso, no entanto, convém tecer alguns comentários sobre o pragmatismo, também com a finalidade de se aproximar e distinguir conceitos.

1.2.2 Pragmatismo: uma breve análise do conceito

Preocupado com as consequências práticas de uma decisão, o pensamento envolvendo o pragmatismo surgiu no final do século XIX, na experiência norte-americana, e permanece sendo debatido no sistema estadunidense até os dias atuais.

Charles Sanders Peirce e William James são os fundadores do pragmatismo, termo surgido pela primeira vez na filosofia de Charles Sanders Peirce, em 1878, no artigo *Como tornar claras nossas ideias*³⁴, do qual se extrai que o pensamento para ser desenvolvido necessita apontar a conduta a qual ele está apto a produzir. Para isso, devem ser considerados os efeitos de natureza prática, as sensações aguardadas e as reações a esse movimento.

Para o pragmatismo, as discussões sobre qualquer tema devem ser compreendidas nos termos de seu uso prático e de seu sucesso, evitando-se discussões intermináveis. Reforça-se veementemente a necessidade de se verificar a consequência prática de uma discussão ou de uma disputa filosófica³⁵. Assim, um indivíduo pragmático não se prende, inicialmente, a princípios ideológicos ou fundamentações metafísicas, mas tece suas considerações a partir de um ponto de vista prático.

William James traça o seguinte panorama sobre o entendimento do pragmatismo:

O pragmatismo volta as costas resolutamente e de uma vez por todas a uma série de hábitos inveterados, caros aos filósofos profissionais. Afasta-se da abstração e da insuficiência, das soluções verbais, das más razões *a priori* dos princípios firmados, dos sistemas fechados, com pretensões ao absoluto e às origens. Volta-se para o concreto e o adequado, para os fatos, a ação e o poder. O que significa o reinado do

³³ MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras (*ebook*), p. 36-37.

³⁴ MASSON, Gisele. Neopragmatismo Rortyano e Educação. **Revista Perspectiva**. Florianópolis, v. 31, n. 1, 235-260, jan.-abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/download/2175-795X.2013v31n1p235/25656/104163>. Acesso em: 24 fev. 2023.

³⁵ ARAÚJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JR., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 1.001-1.038. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/59004> Acesso em: 13 fev. 2023.

temperamento empírico e o descrédito sem reboços do temperamento racionalista. O que significa a livre e possibilidades de natureza, em contraposição ao dogma, à artificialidade e à pretensão de finalidade na verdade³⁶.

Segundo William James, o pragmatismo é um novo paradigma para a filosofia, a qual agora deve voltar os olhos não mais para as discussões acerca da “verdade” (em sentido abstrato), mas sim, para o empirismo, teoria que busca obter o conhecimento a partir da experiência prática.

Thamy Pogrebinsch indica três características fundamentais para se definir o pragmatismo: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo³⁷.

O antifundacionalismo consiste em se rejeitar conceitos abstratos, princípios tidos como perpétuos, dogmas, entidades metafísicas. Além disso, recusa a ideia de certeza ao se apresentar como forma de crítica incessante³⁸. O consequencialismo, na visão do pragmatismo, consiste em se avaliar os atos a partir das suas consequências e se pauta em olhar para o futuro, procurando antecipar as consequências para se ter em mente qual a melhor, a mais satisfatória delas³⁹.

Nesse instante, para o pragmatismo, as teorias da significação e da verdade consistem em submeter permanentemente ao teste consequencialista uma proposição, para ser conhecida apenas quando constatada a sua necessidade.

No contextualismo, procura-se observar o contexto no qual se insere o objeto investigado, considera-se a análise das crenças políticas, religiosas, científicas e culturais de uma sociedade, o que é chamado de experiência⁴⁰. A prática se destaca como principal elemento constitutivo da experiência. No centro da ideia da experiência, está inserido o conceito de investigação com ênfase nos fatos, na relevância da concretude, a importância do social, o papel da comunidade, a ideia de adaptação, tudo dentro de um contexto de prática social⁴¹.

Para o pragmatismo, em um processo de conhecimento, há uma vinculação do que o homem faz, ou seja, suas ações e fins são considerados no momento do exercício da atividade interpretativa, devendo, entretanto, influenciar no que se pode ou se pretende fazer. Assim, o

³⁶ JAMES, William. **Pragmatismo**. Trad. Jorge Caetano da Silva São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 47.

³⁷ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25.

³⁸ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 26.

³⁹ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 38.

⁴⁰ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49 e seguintes.

⁴¹ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 49.

pragmatismo deve ser visto como meio de resolver disputas metafísicas e traçar as consequências práticas para essa resolução.

Tal como o utilitarismo, o pragmatismo envolve vários pontos de decisão filosófica, mas, por questões de delimitação do tema, passa-se a se concentrar em seguida no pragmatismo jurídico.

Atualmente, o principal jurista a defender a utilização do pragmatismo é Richard A. Posner, que aborda a questão sob a ótica exclusivamente do direito norte-americano. Ressalta-se a importância desse contexto: a análise de Richard A. Posner acerca do pragmatismo não considera o sistema jurídico internacional, mas, exclusivamente, o sistema jurídico norte-americano.

Essa premissa é fundamental quando se busca aplicar os conceitos por ele desenvolvidos no sistema jurídico brasileiro, tendo em vista a grande diferença presente especialmente no âmbito constitucional. No Brasil, tem-se uma Constituição cidadã, que enfrenta e define várias questões sociais e relacionadas com políticas públicas, o que não é o caso da Constituição norte-americana.

A observação acima é um alerta para se definir o conceito, sobretudo, o cenário no qual transcorre a sua discussão, evitando-se sua utilização desfocada, isto é, “abrasileirando-se” termos sem qualquer critério técnico.

Richard A. Posner procura distinguir o pragmatismo filosófico do pragmatismo jurídico. Ele concorda com o núcleo duro do pragmatismo filosófico, reconhece as noções de antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo, mas aponta que ele seria caracterizado apenas pela sua contrariedade às abstrações, tratando-se, assim, de um discurso acadêmico.

Para melhor compreensão do instituto do pragmatismo jurídico, Richard A. Posner apresenta 12 afirmações genéricas sobre o tema, nas quais expõe o seu pensamento e indica claramente as distinções envolvendo cada uma delas em relação a outros institutos⁴². Dentre

⁴² O pragmatismo legal não é só um termo na moda para adjudicação *ad hoc*; ele envolve a consideração de consequências sistêmicas e não apenas específicas ao caso. 2. Apenas em circunstâncias excepcionais, no entanto, o juiz pragmático dá peso controlador a consequências sistêmicas, como o formalismo legal faz, isto é, apenas raramente o formalismo legal será uma estratégia pragmática. E, às vezes, circunstâncias específicas ao caso dominarão completamente o processo decisório. 3. O critério definitivo da adjudicação pragmática é a racionalidade. 4. Assim sendo, o pragmatismo jurídico não é uma forma de consequencialismo, o conjunto de doutrinas filosóficas (mais proeminentemente utilitarismo) que avalia ações pelo valor das consequências: a melhor ação é aquela que tem as melhores consequências. Estão destinadas a serem bolsões formalistas num sistema de adjudicação pragmático, principalmente decisão por normas e não por padrões. Além disso, por razões tanto práticas quanto jurisdicionais, não se exige e nem mesmo se permite que o juiz leve em conta todas as possíveis consequências de suas decisões. 5. O pragmatismo legal é objetivo em relação à aceitação de decisões passadas como uma necessidade (qualificada) em vez de um dever ético. 6. O pragmatista legal acredita

suas principais afirmações constam a alegação de que o pragmatismo jurídico envolve a necessidade de uma análise sistêmica, e não apenas relacionada ao caso concreto a se decidir.

Sobre esse ponto, Richard A. Posner reforça que, no pragmatismo, se busca a decisão com base numa visão sistêmica, ou seja, o juiz deve estar atento às consequências sistêmicas.

Diego Arguelhes e Fernando Leal, no que se refere às consequências de uma decisão judicial para Richard A. Posner, indicam que o juiz pragmático não deve considerar simplesmente a utilização das melhores consequências para o caso, “sempre que essa postura não implicar as melhores consequências sistêmicas, isto é, para o sistema judicial como um todo no longo prazo”⁴³.

O juiz pragmático deve ser, antes de tudo, razoável. Ao decidir, deve analisar “prós e contras”, optar pela razoabilidade em vez das melhores consequências, embora Richard A. Posner reconheça que o pragmatismo está mais próximo do consequencialismo do que da deontologia⁴⁴.

Não há um compromisso fervoroso com o passado, como ocorre no formalismo. O juiz pragmático olha para o futuro. Em regra, honra os precedentes e as decisões legislativas, mas essa atitude é por reconhecer esse fato como um valor social, não por sentir o dever de assim atuar⁴⁵.

Último ponto relevante diz respeito ao empirismo. Para Richard A. Posner, o pragmatismo legal possui uma orientação empírica, ou seja, não é avesso a toda teoria e nem se trata de rejeitar princípios legais, mas traz em si a recomendação para buscar argumentos que possam ser fundados empiricamente, evitando, assim, julgamentos com base em palpite ou em experiências pessoais⁴⁶.

que nenhum procedimento analítico geral distingue o raciocínio legal do outro raciocínio prático. 7. O pragmatismo legal é empirista; 8. Portanto, não é hostil a toda teoria. De fato, é mais hospitaleiro a algumas formas de teoria do que é o formalismo legal, a saber, teorias que guiam a investigação empírica. O pragmatismo legal é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão judicial. 9. O juiz pragmático tende a privilegiar bases de decisão estreitas em relação a bases amplas nos estágios iniciais da evolução de uma doutrina legal. 10. O pragmatismo legal não é um suplemento ao formalismo e é, pois, distinto, do positivismo de H.L.A. Hart. 11. O pragmatismo legal é simpático à concepção sofista e aristotélica da retórica como modo de raciocínio. 12. É diferente tanto do realismo legal quanto dos estudos jurídicos críticos. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 47.

⁴³ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171-211.

⁴⁴ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50-51.

⁴⁵ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 55.

⁴⁶ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 58-59.

1.3 Alguns pontos de convergência e divergência entre as correntes de pensamento

1.3.1 Distinção entre consequencialismo e utilitarismo

Feitas estas considerações sobre o consequencialismo, o utilitarismo e o pragmatismo, convém analisar alguns pontos de convergência e de divergência entre as mencionadas correntes do pensamento filosófico. É o que será feito em seguida, sem perder de vista que o principal objeto de análise desta dissertação é o consequencialismo jurídico.

Frisa-se que as reflexões trazidas por Jeremy Bentham e John Stuart Mill sobre o utilitarismo, e por Richard A. Posner, sobre o pragmatismo, trazem elementos fundamentais para a análise desenvolvida nos capítulos seguintes desta dissertação. Isto porque, a distinção entre as modalidades é necessária para se identificar claramente quando se está a tratar de argumentos consequencialistas e quando se está a se referir a argumentos de outra natureza.

Importante, nesse ponto, delimitar precisamente os conceitos envolvidos e sua eventual utilização no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista o sério risco de se utilizar institutos de forma incorreta ou imprecisa. Essa, inclusive, é a preocupação de Thiago Cardoso Araújo⁴⁷, que faz o seguinte questionamento, ao constatar a forma pela qual são utilizados os institutos do consequencialismo, do pragmatismo e da análise econômica no direito brasileiro: “será que os institutos recém-importados serão utilizados corretamente?”

Neste primeiro instante, considera-se relevante verificar se é possível apresentar uma diferenciação entre o utilitarismo e o consequencialismo.

Para Richard A. Posner, o utilitarismo é o ramo dominante do consequencialismo⁴⁸. Com fundamento nos conceitos apresentados, trazidos com base nos principais filósofos utilitaristas clássicos, aponta-se que, no utilitarismo, as ações humanas são avaliadas conforme as consequências produzidas pelas decisões práticas e consideradas boas se trouxerem o bem-estar para o maior número de pessoas possível.

No utilitarismo, já se anteveem os resultados pretendidos. Cristiano Carvalho reforça que, no pensamento utilitarista, a conclusão sobre se uma ação é correta ou incorreta passa pela análise do resultado, se houve a satisfação demonstrada pelo maior número de pessoas: “a

⁴⁷ ARAÚJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JR., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. *Revista Quaestio Iuris*, v. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 1.001-1.038. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/59004>. Acesso em: 13 fev. 2023.

⁴⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 51.

redistribuição de utilidade e bem-estar se daria de forma planejada, bastando para isso medir o quão satisfeitas as pessoas estariam. Em seguida, argumenta existir dificuldade em se medir as preferências interpessoais⁴⁹.

Em várias ações utilitaristas, não se consideram as consequências futuras desse ato. Devido à ênfase no término da ação, no resultado, tem-se em vista o resultado imediato, e não necessariamente as consequências trazidas ao longo do tempo.

Diz-se que, no consequencialismo, analisado em sentido amplo, não existe a ideia definida do resultado, tal como a busca feita no utilitarismo. No primeiro, as consequências devem ser consideradas no momento da decisão, dentre as existentes, enquanto no utilitarismo, decisão boa é aquela que maximiza o bem para o maior número de pessoas.

Há, como se vê, uma espécie de consequencialismo especializado no utilitarismo, pois traz em si um critério específico para se avaliar o ato⁵⁰.

1.3.2 Distinção entre consequencialismo e pragmatismo

Com o objetivo de apresentar as principais características do pragmatismo, Richard A. Posner elencou 12 generalizações comuns sobre o tema, uma delas ligada ao consequencialismo⁵¹. Segundo o autor, pragmatismo jurídico não é uma forma de consequencialismo, embora o consequencialismo e o pragmatismo, muitas vezes, sejam tratados como sinônimos.

O consequencialista acredita que um ato deveria obter uma decisão judicial na qual se considere as melhores consequências. Não é o mesmo posicionamento trazido por Richard A. Posner em relação ao pragmatismo, que prefere a razoabilidade a melhores consequências como “padrão para avaliar decisões judiciais de forma pragmática”⁵².

Richard A. Posner, embora afirme não conhecer um pragmatista que se considere consequencialista, observa que tanto Jeremy Bentham como John Stuart Mill o foram, argumentando não haver dúvidas de que “o pragmatismo está mais próximo do

⁴⁹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018, Posição 1120 (*ebook*).

⁵⁰ HAUSMAN, Daniel; McPHERSON, Michael S. **Economic**. Analysis, moral philosophy and public policy. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 99-117.

⁵¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 46-47.

⁵² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 50.

consequencialismo do que da deontologia (ética baseada no dever em contraposição à ética baseada nas consequências)”⁵³.

O pragmatismo considera as consequências, mas, segundo Richard A. Posner, não se vincula a uma norma do consequencialismo. Neste, a decisão judicial é tomada a partir da análise das consequências existentes, enquanto no pragmatismo acrescenta-se a necessidade de que essa decisão seja a mais razoável possível.

Em síntese, o consequencialismo avalia a eticidade da escolha a partir da consequência gerada, ao passo que o pragmatismo exige uma análise constante das questões práticas que envolvem a decisão, de forma a se obter, em um contexto geral, o resultado mais razoável.

Como se vê, para Richard A. Posner, o juiz pragmático haverá de considerar as consequências da decisão, mas não só isso. Ele está aberto a outros tipos de argumentos, dados empíricos e demais informações que possam levar a uma decisão mais razoável, sempre buscando a razoabilidade no sentido prático e geral.

Apresentadas as noções de consequencialismo, utilitarismo e pragmatismo, sobretudo algumas distinções entre eles, convém avançar na análise mais específica do consequencialismo jurídico, o que se faz em seguida, com base na obra de Neil MacCormick.

1.4 Consequencialismo jurídico na visão de Neil MacCormick

1.4.1 A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por MacCormick

Esta seção objetiva analisar o “consequencialismo jurídico” com fundamento teórico na obra de Neil MacCormick *Argumentação jurídica e teoria do direito*, publicada pela primeira vez em 1978, na Inglaterra.

Até agora, foram abordados aspectos importantes do consequencialismo, do utilitarismo e do pragmatismo por meio de conceitos e da demonstração de seus aspectos comuns e divergentes. A partir daqui o foco é o consequencialismo jurídico, pois relevante para o prosseguimento da pesquisa um melhor aprofundamento desse conceito. Para tanto, analisa-se a teoria de Neil MacCormick, estampada em sua obra *Argumentação jurídica e teoria do direito*, um verdadeiro marco em seu trabalho acadêmico por desenvolver uma teoria da argumentação jurídica na qual firma posicionamentos importantes sobre o consequencialismo jurídico.

⁵³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 51.

Na primeira fase da obra de Neil MacCormick, o positivismo jurídico de Hart e a tradição jusfilosófica inglesa e escocesa do *common law* aparecem como pano de fundo, embora o autor busque responder aos questionamentos sobre a argumentação encontrados na obra de Hart, inclusive, se distanciando posteriormente do seu antigo mestre.

Neil MacCormick considera “a argumentação jurídica como uma ramificação da argumentação prática”, a defender o uso da razão no momento da decisão, sendo que é ela que torna possível cumprir o requisito da justificação”⁵⁴.

Para se ter a melhor decisão possível, é necessária uma argumentação que justifique essa decisão, com a aplicação das normas aos casos como pressuposto. Assim, a justificação das decisões tem um papel fundamental para o desenvolvimento de métodos racionais.

Neil MacCormick entende que a função justificadora está presente tanto na argumentação prática como na jurídica, inclusive, quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, “pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso de argumentação jurídica – se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes”.⁵⁵

Neil MacCormick reforça a posição central a ser assumida pela argumentação a partir da norma, mas, ao mesmo tempo, reconhece que essa argumentação pode levar até certo ponto a refletir sobre a natural conclusão de que a norma, com certa frequência, é vaga para um determinado contexto prático.

Nesse sentido, Neil MacCormick considera que as justificações utilizadas são de caráter dedutivo, mas possuem pressupostos e limites. O primeiro deles é o de que as regras do direito válido devem ser aplicadas pelo juiz; o segundo, o fato de que cabe ao juiz identificar quais seriam essas regras válidas.

Na visão de Manuel Atienza, Neil MacCormick informa a possibilidade de se encontrar problemas nas situações envolvendo casos difíceis, ao observar que, nesses casos, os problemas podem envolver a premissa normativa (problemas de interpretação e pertinência) ou a premissa fática (problemas relacionados à prova ou de qualificação)⁵⁶.

Esse ponto do pensamento de Neil MacCormick demonstra que ele não considera existir uma oposição entre princípios e regras, ou entre ponderação e subsunção, pois entende

⁵⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. IX.

⁵⁵ MACCORMICK, Neil *apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 133.

⁵⁶ MACCORMICK, Neil *apud* ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006, p. 139.

necessária a utilização dessas formas de argumentação na análise dos casos difíceis. Na realidade, ele procura harmonizar essas situações.

Para Neil MacCormick, a norma deve ser valorizada e a decisão não poderia contradizer regras estabelecidas validamente, menos ainda princípios jurídicos já firmados⁵⁷. Com base nesse pensamento, traz uma abordagem com base em fenômenos, ao esclarecer que eles são extraídos das decisões judiciais dos tribunais da Inglaterra e da Escócia⁵⁸.

Esse ponto é relevante para se traçar uma análise em confronto com o sistema jurídico brasileiro. Independentemente disso, Neil MacCormick argumenta que sua teoria parte de exemplos específicos que poderiam ser testados caso seja possível apresentar “premissas filosóficas mais gerais”. Isso permite, por exemplo, analisar o valor da sua teoria em outros sistemas, ainda que baseado em decisões dos Tribunais Superiores da Escócia e da Inglaterra, embora não tenha feito um estudo comparativo⁵⁹.

O autor aborda os argumentos consequencialistas utilizados por esses tribunais ao reconhecer que, a partir da sua teoria da argumentação, nem sempre será possível definir qual é a resposta mais racional para uma questão, mas é possível definir aquelas que não o são, portanto, descartáveis.

Outro ponto importante no pensamento de Neil MacCormick é a ideia da universalização das decisões judiciais. Para ele, na construção dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão, o juiz não pode perder de vista que essa decisão, embora relativa a um processo individual, terá repercussão em outras demandas, sobretudo, no sistema.

O fundamento para essa conclusão decorre do fato de que as decisões têm um caráter normativo, pois fixam padrões de comportamento, ordenam as consequências que serão estabelecidas (portanto, que deverão ser seguidas), apresentando um modelo que, embora fixado em processo individual, deva ser trilhado por todos⁶⁰.

Assim, as decisões devem ser tomadas de maneira igual em casos iguais, um princípio que possa ser considerado aceitável e que, portanto, venha a ser aplicado em casos com características idênticas. Trata-se de respeitar a utilização dos precedentes como forma de garantir a certeza e a segurança jurídica.

⁵⁷ MACCORMICK, **Retórica y Estado de Derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Trad. José Àngel Gascón. Salvador. Revisão da tradução: Luis Veja Reñon. Lima: Palestra, 2016 (*ebook*), Posição 3977.

⁵⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 10.

⁶⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 132.

Importante fixar que, dentro da ideia de universalização, o compromisso ao se decidir passa a ir além do caso concreto, ou seja, deve considerar todas as instâncias em que a justificação possa vir a ser aplicável.

Significa dizer que o efeito da decisão deve estar presente para o juiz, no sentido de que ela servirá como uma espécie de regra para todos, como estabelecer um precedente para o caso concreto. O que for decidido deve servir de baliza para outros processos que partam das mesmas premissas, ainda que eventualmente apresentem algumas particularidades.

Neil MacCormick reconhece dois níveis de justificação em um processo decisório. O primeiro deles, denominado justificação de primeira ordem, verifica-se na conclusão lógica (consequência), partindo da análise de uma premissa maior (hipótese legal) e da premissa menor (aquela retratada no fato). No caso do segundo nível, denominado justificação de segunda ordem, ocorre quando a forma indicada na primeira ordem é insuficiente para se justificar a decisão.

Já a justificação de segunda ordem diz respeito ao “que faz sentido no mundo, na medida em que envolve argumentos consequencialistas que são essencialmente de caráter avaliatório e, portanto, em certo sentido, subjetivo”⁶¹. Assim, ao partir da utilização do critério da universalização, ele baliza a teoria na utilização de uma argumentação consequencialista, coesa e coerente⁶².

Diante disso, a ideia básica é ter objetivos valorizados por um sistema coerente e consistente. Por consistência (chamada em algumas traduções de coesão), Neil MacCormick defende que deliberações consequencialistas não podem ser contraditórias com as normas vigentes e válidas. Por coerência, aponta que o conjunto de normas não podem se contradizer, isto é, não podem coexistir casos em que se tenha tratamento diferenciado em situações semelhantes⁶³.

Na visão de Neil MacCormick, não há espaço para a discricionariedade judicial, criando, assim, um distanciamento em relação ao pensamento de Hart. Para o julgamento dos casos difíceis, devem ser utilizados os critérios da universalidade, da consistência, da coerência e da consequência.

⁶¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 134.

⁶² MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 137.

⁶³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 135-136.

Encerrada a apresentação das ideias centrais da teoria da argumentação nesta seção, nas próximas linhas, especificam-se os argumentos consequencialistas desenvolvidos por Neil MacCormick no sentido jurídico do termo.

1.4.2 O consequencialismo jurídico na obra *Argumentação jurídica e teoria do direito de Neil MacCormick*

A teoria da argumentação desenvolvida por Neil MacCormick em obra específica, conforme trazida na seção anterior, permite traçar apontamentos sobre como deve ser utilizado o consequencialismo jurídico com fundamento na obra estudada.

Nesse sentido, Basile Christopoulos⁶⁴ alerta que, analisar o direito na visão de Neil MacCormick não tem relação com a análise das consequências não jurídicas, mas sim, com a assertiva de que as consequências devem ser investigadas em relação ao direito. A sua teoria está adequada ao positivismo, mas não despreza as consequências que devem ser estudadas quando o julgador se encontrar diante do caso concreto.

Para o autor, no processo interpretativo e justificador da norma, deve-se sempre buscar uma abordagem considerando os argumentos consequencialistas. Alerta, ainda, que ao se proceder dessa forma, será possível, inclusive, o magistrado ter uma visão mais ampla das questões envolvidas, e procurar outras normas, princípios ou regras. Diante disso, pondera que os argumentos consequencialistas não podem ser utilizados apenas nos casos difíceis ou quando houver lacunas⁶⁵.

Para Neil MacCormick, não seria responsável ignorar os riscos ao se proferir uma decisão judicial, por isso, alerta sobre a relevância de se analisar tipos e conjuntos de consequências. Não se pode perder de vista também o caráter universal da decisão, pois, quando se fala em decisões firmadas por tribunais, ainda que não exista a obrigatoriedade formal de ser seguida, passa a ter essa conotação, reforçando, assim, a necessidade de uma análise mais ampla⁶⁶.

Essa universalidade está ainda mais presente no direito público, uma vez que neste ramo do direito as decisões judiciais tendem a ser um caminho seguido pela União, pelos Estados e

⁶⁴ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁶⁵ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁶⁶ MACCORMICK. **Retórica y Estado de Derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Trad. José Àngel Gascón. Salvador. Revisão da tradução: Luis Veja Reñon. Lima: Palestra, 2016 (*ebook*).

Municípios, além das pessoas, de maneira geral, portanto, em regra, possui maior abrangência e amplitude.

Para Basile Christopoulos, Neil MacCormick enfatiza o senso comum, a justiça, a adequação aos princípios jurídicos e políticas públicas como argumentos relacionados ao consequencialismo. Indica, também, o argumento baseado na segurança jurídica, cada vez mais reconhecida como necessária, tanto que a alteração da LINDB, com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, trouxe como objetivo implementar a segurança jurídica⁶⁷.

A distinção de argumentos consequencialistas extraída da teoria de Neil MacCormick aponta para a existência de argumentos jurídicos (aqueles previstos na legislação) e extrajurídicos (econômicos e sociais). Evidentemente, surgem críticas quanto à utilização dos argumentos extrajurídicos, mas não se pode ignorar que estão bastante presentes em decisões na área do direito público, a exemplo de questões relacionadas à saúde coletiva, à segurança pública, à seguridade social, à tributação, ao orçamento, à política e à economia.

Como apontam Gabriel Rubinger-Betti e Cláudia Roesler⁶⁸, MacCormick aduz que a argumentação consequencialistas deve se pautar pelas consequências jurídicas, devendo ser feita a escolha de qual é a mais adequada no caso concreto.

Na visão de Neil MacCormick, toda decisão bem fundamentada deve conter coerência, consistência e análise das consequências, portanto, não se deve jamais descartar o caráter universal da decisão judicial. Daí a importância de o profissional do direito se atentar para a necessidade de qualificar sua justificação quando utilizar argumento consequencialista.

A partir desta breve análise inicial da obra de Neil MacCormick, na próxima seção, objetiva-se refletir sobre a utilização dos argumentos consequencialistas no Brasil, o que se revela importante no intuito de sedimentar o caminho para a abordagem, nos capítulos seguintes, do objeto desta pesquisa.

⁶⁷ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 103.

⁶⁸ RUBINGER-BETTI, Gabriel. ROESLER, Claudia. **As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica**. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 18, n. 1, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2017, P. 133-164. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/878/326>. Acesso em: 13 fev. 2023.

1.5 O consequencialismo no Brasil

1.5.1 Posicionamentos doutrinários: fundamentos e inquietações

Conforme evidenciado, o consequencialismo é uma teoria filosófica que tem encontrado cada vez mais espaço no âmbito jurídico. Dessa forma, superadas algumas discussões mais teóricas, objetiva-se, a partir de agora, refletir um pouco sobre o consequencialismo no ordenamento jurídico, com base em discussões que se iniciaram na literatura jurídica, migraram para a legislação e culminaram na aplicação de diversas decisões judiciais.

Até esse instante, foi possível verificar como vem sendo construída e entendida a utilização de argumentos consequencialistas, quer na filosofia ética, quer no direito, inclusive apresentando-se uma visão geral da teoria consequencialista a partir de conceitos firmados por autores brasileiros.

A teoria da argumentação desenvolvida por Neil MacCormick, que trouxe sua visão sobre o consequencialismo jurídico, também é fundamental para se delimitar a área deste estudo e possibilitar uma abordagem bem específica sobre o cenário no sistema nacional.

Muitos dos debates envolvendo a aplicabilidade e o alcance da utilização dos argumentos consequencialistas trazem a inquietação de como deveriam ser utilizados ou a necessidade de se firmar diretrizes básicas para sua aplicação no caso concreto. Assim, a necessidade de se considerar as consequências no momento da argumentação não é mais deixada de lado, tendo em vista que as normas não conseguem delimitar todas as relações jurídicas existentes entre os indivíduos e aquelas que ainda estão por vir.

Essa constatação se tornou mais presente após a Segunda Guerra Mundial, quando se passou a abandonar a escola positivista, dando ensejo ao pós-positivismo, momento em que a Constituição adquiriu força normativa. Assim, a complexidade da realidade social e a indeterminação encontrada nas normas fez aflorar a possibilidade de uma ampliação decisória dos juízes no Brasil, migrando para o Poder Judiciário a discricionariedade⁶⁹.

Em artigo produzido em 2015, Luís Roberto Barroso ponderou sobre a força normativa da Constituição e do papel do STF como seu intérprete. O Ministro do STF parte do relato de um cenário de superação de concepções do pensamento jurídico clássico, afirmando a existência de três transformações que, em geral, sobretudo no Brasil, afetam o direito contemporâneo: a superação do formalismo jurídico, o advento de uma cultura jurídica pós-

⁶⁹ ABBoud, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequência em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais online*. v.1009, São Paulo, nov. 2019, p. 377.

positivistas e a ascensão do direito público⁷⁰. Prossegue afirmando que a Constituição deve ser interpretada direta e indiretamente, a exigir do juiz uma construção lógica e argumentativa, principalmente se considerada a necessidade de julgar os casos difíceis, aqueles cujas soluções não são facilmente encontradas legislações.

Sobre esse ponto, Herbert Hart e Ronald Dworkin já travavam debates sobre como decidir os casos difíceis. Para Herbert Hart, quando a norma não apresentar a solução, será necessário utilizar a discricionariedade; já Ronald Dworkin, ao questionar a solução de Herbert Hart, desenvolveu a ideia de integridade, com a consolidação dos precedentes fundados em princípios⁷¹.

Há, no entanto, divergências a serem exploradas em seguida, principalmente para investigar se os argumentos consequencialistas devem ser utilizados apenas nos casos difíceis ou se também devem ser aplicados nos demais casos, nos quais existe previsão para se aplicar uma norma específica.

Nesse momento, questionam-se os eventuais riscos de se deixar em aberto a forma pela qual podem ser utilizados esses argumentos, pois, o temor é o de se decidir sem amparo técnico, em razão de convicções pessoais, com fundamento em conceitos abstratos não esclarecidos ou explicitados adequadamente.

Nesta seção, são trazidos os posicionamentos de alguns autores brasileiros que se debruçaram estudando aspectos da utilização dos argumentos consequencialistas, considerando as particularidades do sistema jurídico brasileiro e a necessidade ou a possibilidade de se delimitar bases para a identificação de mecanismos acerca de quando e de como poderiam ser utilizados esses tipos de argumentos.

Diego Werneck Arguelhes⁷² alerta para o uso de argumentos consequencialistas pelo STF ao informar que, um dos primeiros que se dedicaram a analisar o peso dos argumentos consequencialistas no ordenamento jurídico brasileiro foi Humberto Ávila⁷³, em trabalho voltado para analisar a argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Segundo

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/3180/pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Revisão da tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 167-264.

⁷² ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e estado de direito**: subsídios para uma compatibilização. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

⁷³ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, 2001. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71526>. Acesso em: 24 fev. 2023.

Humberto Ávila, para se aferir a força da utilização dos argumentos na decisão judicial, é necessário verificar sua recondução ou não ao ordenamento jurídico.

O autor ainda ressaltou vários outros pontos importantes, pois partiu do estudo de um caso concreto, no qual analisa a possibilidade de o livro eletrônico ter a mesma imunidade tributária do livro comum/físico. Inicialmente, divide seus argumentos em institucionais e não institucionais⁷⁴.

Os argumentos institucionais são os oriundos de atos normativos, cujo ponto de referência é o ordenamento jurídico, enquanto os não institucionais decorrem do apelo de justiça.

Percebe-se, assim, que os magistrados em questão de fato utilizaram argumentos que não são necessariamente encontrados nas normas vigentes no país (argumentos extrajurídicos). Reconhece-se, ainda, que o mundo contemporâneo traz situações muitas vezes não previstas pelo legislador ordinário, dando ensejo à utilização de argumentos decorrentes dos princípios gerais do direito. Fundamental, portanto, na visão de alguns, se criar mecanismos para a observância de critérios mínimos ao se utilizar esses argumentos. Deve-se ter o cuidado de não se utilizar, sem qualquer tipo de análise mais aprofundada, conceitos vindos de regimes nem sempre identificados com o sistema jurídico brasileiro.

Humberto Ávila defende ser essencial, num Estado Democrático de Direito, que a fundamentação proporcione a todos a possibilidade de se acessar as razões determinantes utilizadas na interpretação, preocupação existente há tempos. Nesse contexto, a contribuição de Humberto Ávila foi, principalmente, apresentar o que seriam regras *prima facie* de interpretação. A primeira delas, é a necessidade de que os argumentos institucionais devam prevalecer sobre os não institucionais. Em seguida, que os argumentos imanentes ao sistema jurídico também têm prevalência sobre aqueles a ele transcendentais. A terceira, e última, quando da utilização dos argumentos imanentes, o uso do “significado mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes à norma interpretada”⁷⁵.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, 2001. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71526>. Acesso em: 24 fev. 2023.

⁷⁵ ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, 2001. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71526>. Acesso em: 24 fev. 2023, p. 177.

Em sentido semelhante ao afirmado por Humberto Ávila, Luis Fernando Schuartz reconhece o uso de argumentos consequencialistas no Brasil ao demonstrar preocupação quanto à forma em que ele é utilizado⁷⁶.

Em artigo escrito em 2008, Luis Fernando Schuartz⁷⁷ apresenta reflexões e críticas sobre como os argumentos consequencialistas estão sendo utilizados ao afirmar a existência de um “consequencialismo à brasileira”, o qual se divide em três tipos distintos: o festivo, o militante e o malandro.

Muito embora utilize uma forma pejorativa para se referir ao conceito, alega não ter intenção de trazer uma carga valorativa negativa, mas, definitivamente, apresentar críticas à forma pela qual os argumentos são utilizados. Na sua visão, o uso desses argumentos entra em cena a partir da análise do caso concreto, quando as regras existentes levarem a resultados diferentes dos desejados por aquele que está decidindo.

Segundo Luis Fernando Schuartz, no “consequencialismo festivo” há um certo desdém quanto à solução dos problemas jurídicos pelo modo convencional, ao se apropriar de forma superficial e seletiva da literatura norte-americana da análise econômica do direito.

O “militante” também não se detém às regras do direito positivo, mas está pautado à tradição, ancorando seus posicionamentos na aplicação direta de princípios constitucionais. Já o “malandro” seria a forma mais sofisticada de consequencialismo jurídico requerer um amplo conhecimento do direito e da dogmática jurídica. Trata-se de importante canal de produção de inovações no direito, uma vez que para atender aos seus interesses, o argumento acaba por criar, redesenhar e, por vezes, aperfeiçoar a dogmática jurídica.

Luis Fernando Schuartz⁷⁸ pondera que deve-se exigir restrição ao uso de argumentos consequencialistas, recomendando a existência de extremo autocontrole e parcimônia no seu manuseio.

Importante registrar que os artigos de Humberto Ávila (2001) e Luis Fernando Schuartz (2008) foram produzidos há algum tempo, demonstrando, assim, que as discussões a respeito da utilização de argumentos consequencialistas nas decisões judiciais já não é uma preocupação tão nova, isto é, antecede as mudanças recentes envolvendo a legislação pátria.

⁷⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, p. 130-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023.

⁷⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, p. 130-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023.

⁷⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, p. 130-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023.

Luis Fernando Schuartz, ao se manifestar sobre as decisões baseadas em princípios constitucionais, aponta não haver uma reação dos juristas buscando conter esse movimento expansionista através da dogmática jurídica. Sobre esse ponto, traz-se um questionamento a ser respondido ao longo desta pesquisa: A Lei n. 13.655/2018, especificamente os arts. 20 e 21 da LINDB, trouxe dispositivos com o objetivo de promover essa contenção?

Neste momento, analisa-se o consequencialismo no Brasil sem considerar a modificação legislativa trazida pela Lei n. 13.655/2018. Os questionamentos propostos pelos autores citados prevalecem em artigos mais recentes, nos quais não se nega a necessidade de se decidir com fundamento nas consequências, mas se defende que essa decisão deve obedecer a alguns parâmetros, dentre eles, a observância do contraditório e da ampla defesa.

Basile Christopoulos, ao estudar a utilização de argumentos consequencialistas, pondera que seus os argumentos podem ser utilizados em qualquer decisão, e não somente nos casos difíceis. Ao referenciar Neil MacCormick, avalia que as consequências jurídicas devem ser sempre avaliadas, e sublinha que toda decisão deve conter três requisitos indicadores de uma boa fundamentação: coerência, consistência e consequências⁷⁹.

Neil MacCormick, como visto, também indica os fundamentos acima referidos, sobretudo para reforçar o caráter universal da decisão. Esses são aspectos de grande importância para a continuidade deste estudo, muito bem abordados por Basile Christopoulos, que vislumbra a possibilidade de serem utilizados em qualquer situação, independentemente de serem casos difíceis ou fáceis.

Importa também verificar se serão utilizados argumentos jurídicos. Sobre esse ponto, Basile Christopoulos⁸⁰ observa a dificuldade de se definir entre a utilização do argumento consequencialista jurídico e o baseado em aspectos econômicos e sociais. No entanto, indica a possibilidade de ir além da proposta de Neil MacCormick ao afirmar que podem ser classificadas como consequências jurídicas as consequências econômicas e sociais protegidas por normas jurídicas.

O uso de argumentos consequencialistas, nesse contexto, inclusive com a utilização de princípios constitucionais, traz o receio do surgimento de um “consequencialismo à brasileira”,

⁷⁹ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸⁰ CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade**: argumentação consequencialista nas decisões do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

no qual se utilizam termos como dignidade da pessoa humana e interesse público de forma retórica⁸¹ sem, no entanto, existir na prática um fato a indicar a existência dessas situações.

Nesse cenário convém antecipar um exemplo desta realidade (consequencialismo) no Brasil: a Lei n. 9.868/1999, que dispõe sobre o processamento e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. Em seu art. 27, a norma permite a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões de segurança jurídica ou de interesse social.

Esse dispositivo, embora não admitido expressamente, trouxe a possibilidade de se utilizar argumentos que considerem as consequências dos efeitos da decisão em nome de conceitos abstratos que, no caso, deveriam estar explicitados nos autos.

Na área do direito público – aspecto estudado nesta dissertação – a Lei n. 13.655/2018 é um marco fundamental, pois dispõe normativamente sobre o uso de argumentos consequentialistas no Brasil. O tema deixa de ser meramente doutrinário para galgar um espaço de prestígio na legislação e, posteriormente, obter grande aceitação também no âmbito judicial.

1.5.2 Avaliação da atuação do Conselho Nacional de Justiça na abordagem do consequentialismo

Ao tratar do consequentialismo no contexto judicial, importa analisar o tema no âmbito do CNJ, órgão administrativo do Poder Judiciário pátrio.

Em 24-05-2009, o então conselheiro do CNJ Joaquim Falcão, em artigo publicado no jornal *Folha de S. Paulo* intitulado *Empatias e consequentialismo*, para ilustrar a relevância do tema, reproduziu um embate entre os Ministros da Corte Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes no plenário do STF.

Na oportunidade, Joaquim Barbosa, em meio ao acalorado debate, afirmou: “eu estou atento às consequências das minhas decisões”, instante em que o Ministro Gilmar Mendes respondeu: “todos nós estamos”⁸².

A clareza e a necessidade de se ampliar o debate sobre as consequências das decisões judiciais não ficaram alheias ao CNJ, que demonstra por meio de atos administrativos a sua

⁸¹ Segundo o Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano (1ª edição, coordenada e revista por Alfredo Bosi, com revisão e tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, págs. 856 e 857) retórica é “a arte de persuadir com o uso de instrumentos linguísticos. A R. foi a grande invenção dos sofistas, e Geórgias de Leontinos foi um de seus fundadores (séc. V a.C)”. No entanto, a expressão será utilizada na dissertação em seu sentido pejorativo, entendido como uso de mecanismos para ludibriar com um discurso enfadonho e vazio.

⁸² FALCÃO, Joaquim. **Empatias e consequentialismos**. 26 maio 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/empatias-e-consequentialismos/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

pretensão de conscientizar os magistrados brasileiros a respeito, alertando-os sobre a análise do caso concreto e a repercussão das suas decisões.

Um ato do CNJ demonstrando sua preocupação com a necessidade de se analisar as consequências no momento de decidir foi a edição do Código de Ética para a Magistratura Nacional (Resolução n. 60, de 19-09-2008 do CNJ). Em seu art. 25, o Código dispõe que o magistrado deve estar atento às consequências que podem ser produzidas por suas decisões. Para o CNJ, analisar as consequências é um dever ético do magistrado brasileiro⁸³.

Não se trata de norma cogente, mas deve-se considerar a relevância do CNJ como parte integrante do Poder Judiciário brasileiro e da normativa que alçou como ato atentatório à ética não se analisar as consequências de sua decisão.

A demonstração de que há uma busca cada vez maior de se produzir decisões considerando suas consequências também foi retratada na Resolução n. 423/2021 do CNJ, que trata da regulamentação dos concursos públicos para ingresso na magistratura. Em um de seus considerandos, registra “a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) e as alterações insculpidas na Lei n. 13.655/2018, consagrando o pragmatismo e seus alicerces: contextualismo e consequencialismo”.

Assim, o CNJ dispõe como matérias a serem abordadas nos concursos os temas do pragmatismo, do consequencialismo e da análise econômica do direito, esclarecendo o perfil que se pretende com as futuras gerações de magistrados, além de reforçar a necessidade cada vez mais presente de se aprofundar a discussão sobre o tema.

Os atos baixados pelo CNJ por meio do Código de Ética e da Resolução que o implementou trazem as matérias a serem perquiridas aos futuros magistrados e indicam a preocupação desse órgão administrativo do Poder Judiciário em demonstrar aos magistrados brasileiros a importância de se considerar as consequências das decisões judiciais.

Joaquim Falcão analisa os diferentes impactos produzidos por uma decisão do STF nos segmentos sociais para concluir que “avaliar as consequências de suas decisões é mais do que uma inevitabilidade para o juiz. É fator de responsabilidade e legitimação do próprio tribunal”⁸⁴.

Como se vê, longe de ser mera uma questão de retórica normativa, cada vez mais o CNJ, como órgão administrativo do Poder Judiciário, tem valorizado e cobrado dos magistrados a

⁸³ BRASIL. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo n. 200820000007337. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 24 mar. 2023. “Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”.

⁸⁴ FALCÃO, Joaquim. **Empatias e consequencialismos**. 26 maio 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/empatias-e-consequencialismos/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

observância às consequências de suas decisões, demonstrando, assim, o espaço galgado pela teoria do “consequencialismo jurídico” no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito do Poder Judiciário.

1.5.3 Amostragem do posicionamento da magistratura sobre a utilização de argumentos consequencialistas

Em 2005, a Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) – que abarca magistrados de primeiro e de segundo grau – elaborou uma pesquisa aplicada, capitaneada por Maria Tereza Sadek⁸⁵, que procurou traçar um perfil do juiz brasileiro ao abordar questões, dentre outras, relacionadas ao uso ou análise das consequências no momento de se proferir uma decisão judicial.

Ao responderem à pergunta “do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para as suas consequências econômicas ou ter compromisso com suas consequências sociais?”, 87% dos magistrados afirmaram que os parâmetros legais continuam sendo decisivos na tomada de decisão judicial. O compromisso com as consequências sociais obteve a resposta positiva de 80,3% dos juízes de 1º grau e de 73,1% dos de 2º grau. O compromisso com as consequências econômicas obteve o seguinte resultado: 37,3% do primeiro grau e 34,1% do segundo grau.

A pesquisa, que utilizou como metodologia a aplicação de questionários enviados por email, obteve respostas de 3.258 magistrados – ou melhor, de 28,9% dos associados da AMB (11.286 à época).

Os números podem indicar que os magistrados não consideraram circunstâncias excludentes analisar, em uma mesma decisão, os parâmetros legais e as consequências sociais, diante da flagrante proximidade entre os percentuais apurados. A pesquisa não avança no sentido de procurar esclarecer se os magistrados entendem que as consequências sociais devem ser analisadas dentre as hipóteses previstas na legislação.

A pesquisa foi reeditada em 2015⁸⁶, oportunidade em que se apresentou mais de um questionamento sobre o consequencialismo. Inicialmente, perguntou-se: “O (A) Sr. (a)

⁸⁵ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa**. Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões. Maria Tereza Sadek (coord.). Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2005-Magistrados-Brasileiros-Characterizacoes-e-opinioes-AMB.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

⁸⁶ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa 2015**. Resultados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

considera que a maioria das decisões judiciais do 1º grau, no 2º grau e nos Tribunais Superiores levam em conta a repercussão econômica?” Eis o resultado:

Tabela 1: Respostas mencionadas pelos magistrados

	Não leva em conta		leva pouco em conta		leva adequadamente em conta		leva muito em conta	
	N.	%	N.	%	N.	%	N.	%
1º Grau	802	23,5	1.274	37,3	1.126	32,9	218	6,4
2º Grau	363	10,9	1.032	31,1	1.269	38,2	655	19,8
3º Grau	245	7,6	505	15,7	806	25,0	1.688	51,7

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa 2015**. Resultados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

A pesquisa apontou que a repercussão econômica está mais presente quanto mais se sobe na hierarquia entre as instâncias, o que fica mais evidente na opção “leva muito em conta” (6,4% no 1º grau, cresce para 19,8% no 2º grau e chega a 51,7% nos tribunais superiores).

A outra pergunta: “O (A) Sr. (a) considera que a maioria das decisões judiciais do 1º grau, no 2º grau e nos Tribunais Superiores levam em conta a repercussão social?” Eis o resultado:

Tabela 2 – Respostas mencionadas pelos magistrados

	não leva em conta		leva pouco em conta		leva adequadamente em conta		leva muito em conta	
	N.	%	N.	%	N.	%	N.	%
1º grau	354	10,1	924	26,5	1.611	45,9	616	17,5
2º grau	237	6,9	1.047	30,4	1.616	46,9	548	15,9
3º grau	292	8,7	827	24,7	1.223	36,5	1.010	30,1

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa 2015**. Resultados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

A resposta a essa hipótese demonstra proximidade entre os resultados apurados no 1º e 2º graus, havendo um distanciamento entre os tribunais superiores, o que pode ser constatado na resposta à alternativa “leva muito em conta”.

Nessa nova pesquisa, foram colhidas respostas de 3.663 magistrados filiados à entidade (30% dos associados à AMB), também sob a coordenação de Maria Tereza Sadek, com o auxílio de Fernão Dias de Lima.

Dentre os resultados, merece destaque o quadro comparativo traçado entre as respostas obtidas em 2005 e 2015.

Tabela 3 – Respostas mencionadas pelos magistrados

	2005		2015	
	1º grau	2º grau	1º grau	2º grau
repercussão econômica	37,3	34,1	39,3	58,0
repercussão social	80,3	73,1	63,4	62,8

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa 2015**. Resultados. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

Nota-se que não houve uma alteração relevante nos números quando comparadas as pesquisas realizadas em 2005 e 2015.

Um outro levantamento, elaborado em 2018⁸⁷, cujos questionários foram enviados a magistrados de todo o país, além dos Ministros dos Tribunais Superiores e do STF, foi realizado pela AMB, com o apoio da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), e teve à frente Luiz Werneck Viana, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos.

Sobre a análise das consequências das decisões dos juízes, submeteu-se uma afirmação para apurar, em seguida, se os magistrados concordavam ou não com ela: “No caso limite de temas sensíveis para a sociedade, sobre os quais não se constitui uma maioria parlamentar, os magistrados podem interpretar criativamente as leis, desde que levem em conta as consequências de suas decisões, de acordo com o ideal de bem comum”. Eis o resultado:

Tabela 4 – Respostas mencionadas pelos juízes de primeiro grau em atividade

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	382 17,3%	43 24,9%	16 13,3%	4 26,7%	445 17,7%
Discorda pouco	328 14,8%	41 23,7%	18 15,0%	0 0,0%	387 15,4%
Concorda pouco	755 34,1%	53 30,6%	44 36,7%	4 26,7%	856 34,0%
Concorda muito	746 33,7%	36 20,8%	42 35,0%	7 46,7%	831 33,0%
Total	2211 100,0%	173 100,0%	120 100,0%	15 100,0%	2519 100,0%

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos** – a magistratura que queremos. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de.; BURGOS, Marcelo Baumann (coord.), nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

⁸⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos** – a magistratura que queremos. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de.; BURGOS, Marcelo Baumann (coord.), nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

Tabela 5 – Respostas mencionadas pelos juízes de segundo grau, em atividade

Opções	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
Discorda muito	36 13,7%	4 28,6%	4 12,9%	2 33,3%	46 14,7%
Discorda pouco	33 12,6%	2 14,3%	2 6,5%	0 0,0%	37 11,8%
Concorda pouco	91 34,7%	6 42,9%	13 41,9%	2 33,3%	112 35,8%
Concorda muito	102 38,9%	2 14,3%	12 38,7%	2 33,3%	118 37,7%
Total	262 100,0%	14 100,0%	31 100,0%	6 100,0%	313 100,0%

Fonte: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos** – a magistratura que queremos. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de.; BURGOS, Marcelo Baumann (coord.), nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

Os parâmetros utilizados na pesquisa de 2018 divergem daqueles eleitos para a pesquisa aplicada em 2005 e 2015. No primeiro grau, a maioria dos magistrados em atividade concordam pouco ou muito com a afirmação trazida, resultado semelhante aos apurados entre os magistrados de segundo grau em atividade. Os percentuais aumentam um pouco quando a pesquisa traz o posicionamento dos Ministros de Tribunais Superiores. Percebe-se, também, maior semelhança entre os números dos magistrados estaduais e do trabalho, em relação aos federais.

Diante disso, nota-se que a magistratura não está alheia ao movimento de utilização dos argumentos consequencialistas, mas que há receios quanto à forma de utilização desses argumentos pelos julgadores na análise do caso concreto.

No próximo capítulo, traça-se um estudo dos arts. 20 e 21 da LINDB, a partir da ideia já sedimentada de se trazer uma fundamentação embasada na teoria da argumentação de Neil MacCormick, a qual aponta a necessidade de se visualizar as consequências das decisões, mas com coerência, coesão, e fundada em aspectos jurídicos e não filosóficos, morais e éticos.

2 INOVAÇÃO DA LEI N.13.655/2018 E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Considerações iniciais sobre a Lei n. 13.655/2018

2.1.1 Momento histórico da sua criação, motivos apresentados e seus objetivos

Neste capítulo investiga-se a Lei n. 13.655/2018, que alterou a LINDB, mais especificamente seus arts. 20 e 21, que normatizaram a necessidade de se analisar as consequências da decisão judicial na área do direito público.

Como visto, a discussão sobre o consequencialismo não é nova, inclusive considerando sua efetiva aplicação no sistema jurídico brasileiro. Com fundamento nas teorias investigadas até o momento neste estudo, é possível avançar e aprofundar a análise da Lei n. 13.655/2018, promulgada com o objetivo de trazer segurança jurídica nas esferas administrativas, controladora e judicial, conforme explicitado em sua ementa, mas que apresenta alguns dispositivos bastante controvertidos, dignos de questionamento antes mesmo da sanção presencial.

Nesta seção, expõe-se o contexto histórico no qual o Projeto de Lei fora apresentado e os questionamentos trazidos por relevantes entidades no cenário nacional que, de imediato, fizeram forte oposição à sanção da Lei.

Como relatado, a aplicação da Lei n. 13.655/2018 deve ocorrer nas esferas administrativa, controladora e judicial, no entanto, neste estudo, indica-se que a motivação para a sua criação se deu basicamente em razão do hipercontrole das decisões administrativas, realizada sobretudo pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário.

Todavia, antes de se tratar da Lei n. 13.655/2018 propriamente dita, registra-se que a Lei n. 12.376/2010 alterou a ementa da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Como justificativa do projeto que redundou na Lei n. 12.376/2010, consta o reconhecimento da literatura jurídica e da jurisprudência de que a LICC era mais ampla do que indicava a sua ementa, por consequência, era necessário aperfeiçoar a legislação para adequar suas diretrizes⁸⁸.

⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificativa do PL n. 6.303/2005**. Deputado Celso Russomanno. Projeto de Lei n., de 2005. (Do Sr. Celso Russomanno). Altera a ementa do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=360783&filename=PL%206303/2005. Acesso em: 23 jan. 2023.

A LINDB, por sua vez, é um diploma que disciplina a aplicação das leis em geral e, por esse motivo, uma das mais importantes do sistema normativo. Como não existiam dispositivos específicos referentes a questões de direito público, a Lei n. 13.655/2018 veio para tratar do tema, ampliando a abrangência da LINDB vista, pela sua origem, como norma que cuidava do direito civil.

O objetivo de inserir a nova legislação na LINDB é claro: apresentar uma norma com caráter nacional, permitindo a sua aplicação nas esferas Federal, Estadual e Municipal. Esse ponto é importante, uma vez que na área do direito administrativo, tanto o Estado como o Município têm competência de legislar na sua esfera de atuação, em razão da ideia da autonomia dos Estados da Federação⁸⁹. A partir dessa premissa, identificou-se a necessidade de se inserir dispositivos em uma lei nacional, nascendo aí o ponto de partida para a análise da Lei n. 13.655/2018.

A Lei n. 13.655/2018 é fruto de um projeto elaborado por Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques inspirado no diagnóstico e nas reflexões suscitadas pelos estudos e pesquisas empíricas desenvolvidas na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), na Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito SP e na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), que investigavam três problemas básicos: “a construção do interesse público, o tratamento da autoridade pública e os papéis dos Poderes do estado e dos órgãos constitucionais autônomos”⁹⁰.

Juliana Bonacorsi Palma menciona algumas pesquisas empíricas que apresentaram distorções nos atos de controle da administração pública, produzidos tanto pelo Judiciário quanto pelos órgãos de controle. Os resultados desses estudos revelam a necessidade de reflexões, uma vez que demonstram como era a argumentação utilizada na resolução de questões relevantes. Para essa finalidade, foram escolhidos dois casos específicos por implicarem na análise de decisões judiciais, objeto de investigação desta dissertação⁹¹.

O primeiro trabalho, de Daniel Wei Liang Wang, examinou a escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF⁹². Quanto à metodologia

⁸⁹ FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. **O município na federação brasileira**: limites e possibilidades de uma organização assimétrica. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Disponível em: <https://www.bdtd.uerj.br:8443/bitstream/1/9241/1/Sergio%20Antonio%20Ferrari%20Filho%20-%20versao%20final.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 39.

⁹¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209-249, 2020.

⁹² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 8, p. 539-568, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>. Acesso em: 29 dez. 2022.

aplicada, o autor dividiu a pesquisa nos seguintes temas: direito à saúde, direito à educação e pagamento de precatórios. O objetivo era responder se o STF enfrenta a limitação de recursos e os custos dos direitos. Se positiva a resposta, se propôs a procurar como o tema é analisado quando do uso da argumentação e, por último, a averiguar se há coerência do STF ao analisar esses temas. Como conclusão, afirma que as decisões judiciais do STF tratam as questões de forma simplificada nos casos relativos ao direito à saúde e à educação, mas de forma diferenciada quando aborda a intervenção federal por não pagamento dos precatórios. Significa dizer que não há uma diretriz única no enfrentamento das matérias, ainda que diante da mesma questão.

O segundo estudo, realizado coletivamente sobre a revisão judicial das decisões do Cade⁹³, foi promovido pela SBDP, em parceria com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), e aplicado sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), o STJ e o STF, cujo objeto foram as decisões administrativas firmadas pelo CADE.

Essa pesquisa foi fruto de um convênio firmado em 30-10-2009. Nesse contexto, as decisões administrativas analisadas pelos Tribunais foram proferidas na vigência da Lei n. 8.884/1994, revogada em 30-11-2011 pela Lei n. 12.529, cuja ementa aduz que a lei traz a “estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”.

Neste estudo, analisou-se tanto as decisões dos tribunais já transitadas em julgado, como aquelas ainda pendentes de recursos pelos Tribunais Superiores, num total de 52 recursos, correspondentes a 41 processos judiciais distribuídos entre TRFs, STJ e STF, e referentes a 39 casos administrativos distintos (decisões do CADE).

Como resultado, apurou-se a inexistência da imposição de diretrizes, limites ou restrições sobre o cabimento do controle judicial das decisões do CADE, “rejeitando a ideia de que o mérito dessas decisões não estaria sujeito à revisão por parte do Poder Judiciário”.

Ambos os estudos foram produzidos empiricamente, demonstrando a preocupação dos pesquisadores em identificar o funcionamento do controle dos atos da administração pública, exercidos tanto pelos órgãos controladores como pelo Judiciário.

⁹³ SBDP. Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) Pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF). **Sumário Executivo** – Divulgação de Resultados – Pesquisa. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/06-revisao-judicial-das-decisoes-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-miolo-para-distribuicao.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023.

Nas duas pesquisas, as decisões judiciais não seguiam uma diretriz única, assim como não havia qualquer limitação para o controle judicial nas diversas áreas, situação que deu oportunidade para o melhor atendimento dispensado pelo Poder Judiciário em importantes questões na área do direito público.

Numa nova abordagem, Juliana Bonacorsi Palma identificou na produção acadêmica (dissertações e teses elaboradas antes da remessa do projeto de lei), estudos que constataram os três impasses os quais a Lei n. 13.655/2018 visa atacar: 1. O órgão de controle tem se valido da utilização de princípios ou conceitos indeterminados para validar ou invalidar uma decisão administrativa; 2. Não se consideram as consequências concretas da decisão quando da motivação; 3. As decisões administrativas passam a ser provisórias, uma vez que ficam sujeitas ao aval do controlador⁹⁴.

Novamente se verifica a preocupação em se identificar questões envolvendo as decisões administrativas e como os órgãos de controle atuavam. O cenário indicado pelas pesquisas apontou como resultado a necessidade de se oferecer maior segurança jurídica no âmbito do direito público.

Nesse contexto, Juliana Bonacorsi Palma alerta para a necessidade de se valorizar as decisões administrativas, partindo do pressuposto de que o administrador é quem primeiro interpreta o direito, logo, é quem responde pela análise das situações postas. Essa abordagem procura admitir a relevância da decisão administrativa, que passa por um período de maturação e pela análise de setores capacitados, por isso, não poderia ser substituída sem aprofundamento. Registra-se que a decisão dos órgãos controladores e do Poder Judiciário não precisa apresentar uma motivação qualificada.

Em 2013, sob a organização de Carlos Ari Sunfeld, foi publicada a obra *Contratações públicas e seu controle*, que, no capítulo 12 (*Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*), de autoria de Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques, apresenta a proposta que redundou no projeto de alteração da LINDB.

O diagnóstico explicitado na obra revela a precarização da segurança jurídica, a imprevisibilidade e a incerteza diante do aumento de processos e de controles⁹⁵. Sob essa ótica, não se questiona se é ou não é bom ter a possibilidade de acionar o Judiciário e outros mecanismos de controle para proteger direitos, mas a necessidade de existir uma norma que

⁹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 216-217, 2020.

⁹⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle**. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: LTr, 2013, p. 278.

viabilize um controle maior sobre os argumentos da decisão, enfatizando a análise das consequências. A segurança jurídica, na visão dos autores do projeto, passou a ser o objetivo maior diminuindo “os incentivos aos arbítrios criativos do Legislativo, dos Governos, do Judiciário e dos controladores”⁹⁶.

Fábio Martins de Andrade, ao analisar os motivos que deram ensejo à apresentação do anteprojeto, corroborando o dito até aqui, indica que autores e parlamentares que abraçaram a ideia tinham como objetivo coibir decisões genéricas proferidas administrativamente, pelos órgãos controladores e pelo Poder Judiciário, e evitar decisões fundamentadas abstratamente, sem uma motivação aprofundada⁹⁷.

O cenário encontrado à época da proposição é retratado como um momento no qual preponderava certa insegurança aos administradores sujeitos à interpretação firmada pelos órgãos de controle.

Apresentada ao Senado por Antônio Anastasia, a proposta deu origem ao Projeto de Lei n. 349/2015, cujo processo legislativo teve início em 09-06-2015. Em 19-11-2015, ocorreu a audiência pública na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado, que levou à sua aprovação em 29-03-2017. Na sequência, em 19-04-2017, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde foi renumerado para Projeto de Lei n. 7.448/2017.

Uma vez aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto seguiu para sanção presidencial em 05-04-2018, por meio da Mensagem 10/2018. Ao final, foi sancionado pelo Presidente Michel Temer com vetos pontuais, e publicado em 25-04-2018, entrando em vigor na mesma data – exceto o art. 29 que teve *vacatio legis* em 180 dias.

Antes da sanção presidencial, houve significativos questionamentos contrários ao projeto de Lei n. 13.655/2018, sob o argumento de que havia clara intenção de enfraquecer o sistema de controle, além de não ter sido dada oportunidade de se discutir o tema com maior profundidade.

Diante da relevância dos argumentos trazidos, passa-se a analisá-los, a partir das instituições que promoveram os apontamentos mais oportunos.

⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 40.

⁹⁷ ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei 13.655/2018: proposta de sistematização e interpretação** conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 109.

2.1.2 Argumentos das entidades que se mostraram contrárias à sanção do projeto que redundou na Lei n. 13.655/2018

Como mencionado, algumas entidades enviaram à Presidência da República documentos com arrazoados contrários à sanção do projeto que redundaria na Lei n. 13.655/2018. Analisar os argumentos levantados nesses documentos é importante para se entender exatamente o momento em que a lei estava surgindo e visualizar de imediato os pontos que merecem melhor investigação mais adiante nesta pesquisa.

Inicialmente, relacionam-se as entidades que formalmente se opuseram à aprovação da lei: Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAT)⁹⁸; nota técnica conjunta do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas e a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (CNPGC-AMPCON)⁹⁹; Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil e a Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas (ATRICON/AUDICON)¹⁰⁰; Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA)¹⁰¹; Colégio Nacional de Presidentes dos Tribunais de Contas do Brasil e Ministério Público Federal¹⁰².

Percebe-se, assim, uma grande movimentação contrária promovida pelos órgãos de controle, com destaque para os Tribunais de Contas e o Ministério Público Federal. Nesse contexto, há questionamentos gerais e específicos nominando os artigos e os motivos que levariam à necessidade do veto. A investigação ora desenvolvida se além aos argumentos gerais e aos que tratam especificamente dos arts. 20 e 21 da Lei n. 13.655/2018, objeto de estudo da dissertação aqui desenvolvida.

⁹⁸ PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAT)**. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/file/d2b2b5c1-5709-3d90-ab31-9b62758a1867/PARECER-PGFN-CAT-42-2018.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

⁹⁹ CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DE CONTAS E A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS (CNPGC-AMPCON). **Nota Técnica Conjunta CNPGC-AMPCON n. 01/2018**. 10 abr. 2018. Disponível em: <https://cnpgc.org.br/nota-tecnica-conjunta-cnpgc-ampcon-no-012018/>. Acesso em: 30 dez. 2022.

¹⁰⁰ ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL E ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MINISTROS E CONSELHEIROS-SUBSTITUTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS (ATRICON/AUDICON). Disponível em: <https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

¹⁰¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS TRABALHISTAS (ANAMATRA). Disponível em: https://www.conamp.org.br/images/bkp/notas_publicas/2018/Ofi%CC%81cio_veto_PL%207448_2017.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

¹⁰² COLÉGIO NACIONAL DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

Os órgãos de controle criticaram o fato de não ter sido oferecida maior oportunidade de discussão do projeto na fase de tramitação. Sobre esse ponto, ainda no Senado Federal, houve audiência pública em 19-11-2015, com participação exclusiva do ex-Consultor-Geral da União e do Procurador da Fazenda Nacional, do consultor da Confederação Nacional dos Municípios e do assessor da Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda¹⁰³.

A audiência pública foi realizada atendendo ao requerimento da Senadora Simone Tebet, que se fundamentava no art. 58, § 2º, II, da CF/1988, combinado com o art. 93, I, do Regimento Interno do Senado Federal¹⁰⁴.

A realização de apenas uma audiência pode levar à conclusão de que, na prática, não houve maiores discussões. Não foram realizadas audiências públicas nem convidados integrantes da magistratura e dos órgãos de controle, por exemplo, medida importante considerando que a lei atingiria diretamente as decisões por eles proferidas.

Por outro lado, o art. 93, § 1º, do Regimento Interno do Senado Federal permite a entidade da sociedade civil solicitar audiência pública. Todavia, ao se analisar a tramitação no Senado Federal, verifica-se que não houve essa demanda por parte de qualquer entidade¹⁰⁵.

A ausência de solicitação pode ser um indicativo de que faltou melhor acompanhamento na tramitação do projeto, inviabilizando discussões mais aprofundadas nessa fase. Por outro lado, na Câmara dos Deputados, de fato não se privilegiou o debate, tanto que houve a dispensa de deliberação da matéria em plenário¹⁰⁶.

Evidentemente, não é possível antever se as discussões poderiam redundar em modificação do projeto, mas daria oportunidade de se colher posicionamentos divergentes, reforçando a importância do Congresso Nacional em fomentar o debate democrático. No caso do projeto, de fato, o debate foi mínimo: uma audiência pública no Senado Federal, com convite restrito, e ausência de debate na Câmara dos Deputados.

¹⁰³ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015**. Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG). Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 02 jan. 2023.

¹⁰⁴ BRASIL. Senado Federal. Gabinete Simone Tebet. **Requerimento n. 35 de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407672&ts=1630433024804&disposition=inline>. Acesso em: 02 jan. 2023.

¹⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. Gabinete Simone Tebet. **Requerimento n. 35 de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407672&ts=1630433024804&disposition=inline>. Acesso em: 02 jan. 2023.

¹⁰⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7.448/2017**. Situação: Transformada na Lei Ordinária 13655/2018. Senado Federal Antonio Anastasia (PSDB/MG). Apresentação 19/04/2017. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 02 jan. 2023.

Outro argumento contido nos documentos endereçados é o de que o projeto de lei tinha como objetivo enfraquecer o sistema de controle. Ao tratar da motivação do ato judicial, o projeto de lei estaria, então, atacando o princípio da motivação racional. Pontuou-se que haveria uma fragilização do direito. Diversamente do consignado na ementa, que sinaliza a busca da segurança jurídica, o projeto traria uma insegurança jurídica em razão dos termos abstratos nele contidos, premiando a ineficiência dos gestores públicos com uma sobrecarga ao Judiciário e aos Tribunais de Contas quanto à motivação de suas decisões.

Esses argumentos constam nas manifestações do Ministério Público Federal, na nota conjunta do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Contas e Associação Nacional do MPE de Contas, na nota técnica da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil e Associação Nacional dos Ministros e Conselheiros-Substitutos dos Tribunais de Contas.

Nessa mesma linha, o ofício encaminhado pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, assinado conjuntamente pela Associação dos Juizes Federais, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, Associação Nacional dos Procuradores da República, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e pelo Sindicato dos Auditores Fiscais do Trabalho, conclui que a lei pode se tornar uma lei de impunidade, “com artifícios para isentar de responsabilidade o agente público”¹⁰⁷.

Esses argumentos, no entanto, não foram suficientes para redundar no veto total do projeto pelo Presidente da República. A preocupação de que a aprovação traria um enfraquecimento no enfrentamento da impunidade no país mereceria uma investigação mais apurada, com análise empírica das decisões firmadas pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário antes e após a aprovação da Lei.

Atualmente, a Lei está em vigor, aplicada plenamente em todas as esferas, inexistindo dados concretos e empíricos que apontem para o enfraquecimento indicado no momento em que se tentava impedir a sua sanção.

Nesse primeiro instante, não se pode afirmar que a Lei veio para restringir a atuação dos órgãos de controle e do Poder Judiciário, afinal, a exigência de uma motivação mais qualificada não tem, por si só, o condão de imprimir um ônus inalcançável.

¹⁰⁷ ANAMATRA. **Ofício 219/2018**. Sugestão de Veto ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 10 abr. 2018. Disponível em: https://www.conamp.org.br/images/bkp/notas_publicas/2018/Ofi%CC%81cio_veto_PL%207448_2017.pdf. Acesso em: 02 jan. 2023.

O estudo aqui proposto desenvolve ainda os riscos e as implicações da aplicação dos arts. 20 e 21 da LINDB, visando trazer uma resposta a esses questionamentos levantados antes mesmo da sanção presidencial.

As entidades afirmaram também que o uso de termos genéricos traria uma consequência diferente da pretendida pelo legislador, isto é, em vez da segurança jurídica, ocorreria a insegurança.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6146 apresentada pela ANAMATRA

2.2.1 Argumentos trazidos pela ANAMATRA para a declaração de inconstitucionalidade

Com a sanção presidencial e a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, a ANAMATRA distribuiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6146 questionando a constitucionalidade dos arts. 20 a 23 da Lei.

Na seção anterior, foram trazidas as ponderações de algumas entidades questionando, praticamente, todos os artigos da Lei n. 13.655/2018. No caso da ADI 6146, a ANAMATRA questionou quatro artigos acima nominados, reforçando alguns argumentos apresentados à Presidência. Todavia, em seu pedido final, inicialmente, apresentou pedido de interpretação conforme a Constituição e, como pedido alternativo, a declaração de inconstitucionalidade.

As ponderações trazidas pela ANAMATRA reforçam a insatisfação com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018. Daí a relevância do seu estudo nesta dissertação, pois traz argumentos relativos exclusivamente à decisão judicial objeto de estudo desta pesquisa.

A ADI 6146 foi apresentada pela ANAMATRA em 22-05-2019, antes mesmo da edição do Decreto n. 9.830/2019, que traz em sua ementa regulamentar os dispositivos inseridos na LINDB. Trata-se de questão relevante pois, em algumas das manifestações de resposta, informou-se que o Decreto teria delimitado a abrangência dos artigos.

Feitas essas colocações iniciais, verifica-se que, no pedido, a ANAMATRA argumenta sua aplicação sob a justificativa de que acarreta prejuízo para a regular atuação da Justiça Trabalhista, requerendo ser julgado procedente o pedido de interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados ou, excepcionalmente, “com redução de texto – caso essa Corte compreenda impossível a subsistência dos dispositivos”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em:

Nesse ponto, não trouxe aos autos documentos ou estudos empíricos indicando os prejuízos eventualmente trazidos a regular atuação da Justiça Trabalhista, lembrando que a Lei n. 13.655/2018, ou seja, a ação foi intentada praticamente onze meses depois.

A ADI teve como relator originário o Ministro Celso de Melo, que, em seu despacho inicial, conferiu o procedimento abreviado previsto no art. 12 da Lei n. 9.868/1999 e, por consequência, determinou a intimação dos órgãos responsáveis pelos preceitos normativos impugnados. Após a aposentadoria do Ministro Celso de Melo, assumiu a relatoria o Ministro Nunes Marques.

Na petição inicial, a ANAMATRA defende possuir legitimidade ativa para impugnar a norma sob os seguintes argumentos: 1 – o Poder Judiciário não pode exercer atividade de consultoria às partes; 2 – violação aos princípios da separação dos poderes, do devido processo legal, da inércia de jurisdição e da proporcionalidade.

No primeiro ponto, a petição inicial apresenta decisões reforçando a assertiva de que o Poder Judiciário não é órgão consultivo. Alerta, também, para o fato de que a legislação impôs aos julgadores o exercício de atividade consultiva, pois ao ordenar a análise das consequências práticas da decisão (art. 20), estaria exigindo do juiz um juízo de futurologia, ou seja, deixar a função de julgador para transformar-se em consultor ou parecerista. Isto porque, ainda no parágrafo único do art. 20, demanda a necessidade de se indicar as possíveis alternativas, impondo ao magistrado projetar as hipóteses eventualmente existentes, mas que não teriam sido adotadas no momento da decisão administrativa.

Igualmente se vê no art. 21 ao determinar que a decisão judicial deverá indicar as consequências jurídicas e administrativas quando decretar a “invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”. No parágrafo único do art. 21, segundo as ponderações trazidas na inicial, haveria uma clara imposição de consultoria ao Poder Judiciário, com afronta ao princípio da separação de poderes, quando o texto traz a exigência de informar as condições ao Poder Executivo para se regularizar a invalidação decretada.

A ANAMATRA também trata dos vícios os quais entende existir em relação aos arts. 22 e 23 da LINDB, matéria que não é objeto do presente estudo.

As justificativas constantes na ADI buscam uma definição do STF para se promover uma interpretação conforme o princípio constitucional do contraditório, com a fixação de que “as partes poderão ou deverão enumerar e quantificar as consequências possíveis, para serem objeto de consideração pelo juiz”.

Segundo os argumentos levantados na inicial, a Lei impõe a análise das consequências e possíveis alternativas, mas não menciona que a motivação deveria considerar a prova produzida nos autos a partir da observância do contraditório.

Registra-se desde já que a investigação proposta nesta dissertação leva à conclusão da necessidade de se utilizar os dispositivos da LINDB em sintonia com os dispositivos constitucionais do contraditório e ampla defesa, o que acarreta um ônus argumentativo na motivação das decisões e às partes.

Além de os órgãos responsáveis pela elaboração do ato se manifestarem nos autos, algumas entidades pediram participação como *amicus curiae*: o Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Laboratório de Regulação Econômica da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ Reg.).

A petição inicial trouxe pontos convergentes com as ponderações apresentadas à Presidência da República. Na sequência deste trabalho, verificam-se, então, as manifestações apresentadas pelos órgãos responsáveis pela elaboração do ato, e os pedidos de participação como *amicus curiae* do CEDAU, da OAB e do UERJ Reg.

2.2.2 Informações dos órgãos responsáveis pelo ato na defesa da constitucionalidade da Lei n. 13.655/2018 – Presidência, Senado Federal e Câmara dos Deputados

A Presidência da República, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados foram intimados para se manifestar por serem os responsáveis pela edição da Lei. A Câmara dos Deputados se limitou a informar que o Projeto de Lei n. 7.448/2017, que deu origem à Lei n. 13.655/2018, foi processado dentro dos parâmetros constitucionais e regimentais¹⁰⁹. Por outro lado, tanto as informações apresentadas pela Presidência quanto pelo Senado Federal trouxeram, além da menção ao trâmite legislativo, argumentos para fundamentar a constitucionalidade dos artigos questionados.

O primeiro aspecto processual levantado foi o da ilegitimidade ativa da ANAMATRA, trazida tanto pelo Senado como pela Presidência. Embora se reconheça que esse argumento possa, eventualmente, ser acolhido pelo STF, não é objeto desse trabalho abordar o tema, mas discutir o mérito referente aos arts. 20 e 21 da Lei 13.655/2018.

¹⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

Já o Senado, antes de rebater especificamente as alegações referentes ao dispositivo, argumentou ponderando o enorme relevo institucional da lei e o fato dela buscar “mitigar os efeitos do fenômeno que se tornou conhecido por “apagão das canetas”, causado pelo medo dos eventuais excessos na atuação de órgãos de controle sobre a Administração Pública”¹¹⁰.

Nesse aspecto, o Senado afirmou que um dos argumentos fundamentais para a elaboração da lei foram os excessos na atuação dos órgãos de controle da Administração. Nesse ponto, vale lembrar que não foram chamados representantes dos órgãos para participarem das audiências públicas, o que inviabilizou a ciência e a publicidade sobre suas ponderações ainda na fase prévia.

Os estudos empíricos que serviram como base para a elaboração do Projeto foram essenciais para a conclusão que levou à sua apresentação, no entanto, houve uma deficiência no processo legislativo ao não chamar para a audiência pública os representantes acima indicados.

Na análise das impugnações aos arts. 20 a 23 da Lei n. 13.655/2018, o Senado argumenta que a petição inicial tem um ponto comum baseado em premissas falsas: a alegação de que os magistrados deveriam realizar exercício de “futurologia”, pela impossibilidade de prever consequências práticas, e que o magistrado seria transformado em agente consultivo administrativo.

Em resposta a essa argumentação, o Senado pondera que a lei não exige previsões além da constante nos autos e que ela deve ser interpretada, diante do seu caráter abstrato, conforme as limitações de cada esfera. Realça, ainda, que deve ser aplicada de forma simultânea nos âmbitos administrativo e judicial e que exige a observância da fundamentação e da proporcionalidade (ao demandar a indicação das razões da escolha e da aplicação dos princípios no caso concreto), sem destoar do art. 489, § 1º, I a IV, e § 2º do CPC/2015.

No que se refere ao art. 21 da Lei, o Senado afirma que fixar consequências decorre da própria declaração da invalidação do ato ou contrato. Assim, deve-se observar o contraditório e a vedação de decisão-surpresa, tendo em vista que o STF já procede dessa forma no julgamento do controle concentrado. Quanto à necessidade de se analisar as dificuldades reais do gestor, o Senado argumenta não se tratar de dificuldades futuras e incertas, mas daquelas relatadas nos autos.

¹¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

Ao analisar o mérito, a Advocacia Geral de União seguiu na mesma direção, alertando para o fato de que o art. 20 visa reduzir o subjetivismo “elevando o grau de pragmatismo e de contextualização na interpretação e na aplicação do Direito, mediante a imposição do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto”¹¹¹.

A AGU ainda argumenta que o art. 20 está alinhado com o princípio da motivação das decisões judiciais ao exigir uma motivação qualificada e instituir o requisito da consideração das consequências práticas quando baseada a decisão em valores jurídicos abstratos. Assim, a clareza do dispositivo afasta a necessidade de se aplicar a interpretação conforme a Constituição, tal como requerida pela ANAMATRA.

Em relação ao art. 21 da Lei, a AGU argumenta haver um reforço quanto à necessidade de que as decisões, em todos os âmbitos, devam ser efetivadas de forma qualificada, com observância ao consequencialismo, refutando, assim, os argumentos já trazidos.

Percebe-se, então, uma sintonia entre as manifestações da Presidência e do Senado Federal ao trazerem questões importantes a serem debatidas nesta pesquisa oportunamente. Todavia, de imediato, registra-se o embate em relação à abordagem das consequências práticas e às análises de possíveis alternativas. Integra o núcleo da defesa o argumento da necessidade de se analisar a Lei segundo a CF/1988, pois este deve ser o direcionamento para se aplicar a LINDB.

2.2.3 Amicus curiae: manifestações em defesa da constitucionalidade da Lei n. 13.655/2018

Como mencionado, apresentaram pedidos de participação como *amicus curiae* o CEDAU, a OAB e o UERJ Reg.

O CEDAU fez o pedido, mas não trouxe os argumentos que entende necessários para o caso. A OAB¹¹² e o UERJ Reg.¹¹³, no entanto, apresentaram importantes pontos a serem relatados. Processualmente, a OAB arguiu a ilegitimidade da ANAMATRA para figurar no

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

¹¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de constitucionalidade. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

polo ativo, nos moldes apresentados pelo Senado e pela Presidência da República. No mérito, a OAB rememora os argumentos trazidos pelos autores do projeto, Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques no momento em que foram apresentados, justificando a apresentação dos dispositivos na LINDB por se tratar de um regramento geral.

A OAB sublinha o cenário de transformações vivido pelo direito público desde o século XX, a partir da expansão da atuação estatal, exteriorizadas no reforço da autonomia executiva. Por outro lado, diante de um Estado social e do Estado Democrático de Direito, há uma modificação na produção legislativa, a partir da presença de conceitos jurídicos indeterminados e princípios que passaram a servir de fundamentação nas decisões, fato que, segundo os autores do Projeto e da OAB, trouxe mais insegurança jurídica.

As alterações da LINDB, inserindo dispositivos voltados ao direito público, teria vindo para propiciar mais segurança jurídica e oferecer coerência sistêmica entre os ramos do direito público, a partir da necessidade de se proferir uma decisão pautada em consequências práticas. Nesse contexto, a OAB alerta para o fato de que o acolhimento do pleito permitirá a continuidade da atuação do sistema de justiça de forma perniciosa, sem padrões e imbuída de excessiva arbitrariedade.

Ao se referir especificamente ao art. 20 da LINDB, a OAB afirma que o dispositivo acolheu o “princípio da motivação concreta”, conforme consta do Parecer n. 22, de 2017, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, produzido pela relatora e senadora Simone Tebet, com fundamento no art. 93, IX e X, da CF/1988.

Os parâmetros trazidos pelo artigo não transformam o Poder Judiciário em órgão consultivo, mas colocam a necessidade de uma motivação qualificada, com identificação e avaliação das consequências da decisão, de possíveis alternativas às medidas determinadas e das dificuldades enfrentadas pelo gestor.

Há uma argumentação na peça da OAB de que a nova Lei não representa uma intervenção indevida do Judiciário na análise das políticas públicas, mas, ao contrário, quando as decisões se baseiam em juízos abstratos e imprecisos é que existe verdadeira substituição dos gestores pelos controladores, ou até mesmo pelo Poder Judiciário.

Em relação à necessidade de se analisar as consequências práticas na decisão, a OAB pondera não se tratar de um exercício de futurologia, indicando o art. 3º, § 2º, do Decreto n.

9.830/2019, segundo o qual o juiz deve considerar as consequências com base nas evidências apresentadas¹¹⁴.

Ao concluir sua fundamentação, a OAB reforça que as diretrizes trazidas pela Lei n. 3.655/2018 buscam conferir maior “densidade normativa aos preceitos do devido processo legal e da exigência de motivação das decisões judiciais”. Exige, portanto, um maior ônus argumentativo.

O UERJ Reg. começa pontuando que não apresentará questionamentos de índole processual, mas apenas sobre a constitucionalidade material da Lei n. 13.655/2018. Sua fundamentação está embasada em elementos que indicam o panorama no qual se deu a edição da Lei n. 13.655/2018; a análise do redesenho da noção de separação das funções estatais; da incorporação do consequencialismo na ordem jurídica brasileira e, por último, com base nessas premissas, a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 da Lei.

No que se refere ao panorama da edição da Lei, o UERJ Reg. reforça os argumentos já trazidos pelos outros órgãos ao mencionar expressamente que o objetivo da norma editada foi combater os excessos do controle público e, por consequência, o receio dos administradores de tomar as decisões, situação conhecida como “apagação das canetas”.

Há um reconhecimento na Lei de que as decisões produzem consequências, indicando que as razões para se indeferir o pedido contido na ADI passa pela análise do redesenho da noção de separação das funções estatais e da incorporação do consequencialismo na ordem jurídica brasileira.

O UERJ Reg. pontua, ainda, que a Lei não fere a independência dos poderes, ao contrário, reafirma a repercussão dos atos de um poder nos demais e, por isso, nenhum dos poderes pode agir sem considerar as consequências de suas ações. No caso, os dispositivos acrescidos trazem claramente não ser possível aos órgãos controladores se desconectarem da realidade. Não se trata, portanto, de transformar o controlador ou o Poder Judiciário em consultor, mas de exigir que a decisão tenha conexão com a realidade, pois produz efeitos concretos na comunidade em que irá incidir.

Em relação ao consequencialismo, o UERJ Reg. observa que o conceito, no direito público, não foi introduzido pela LINDB, além de reforçar que toda decisão gera consequências e que isso não pode ser desconsiderado, mesmo aquelas pautadas na literalidade da norma. Assim, afirma que é preciso considerar as consequências que advieram da tomada de decisão.

¹¹⁴ BRASIL. Decreto n. 9.830/2019. “Art. 3º, § 2º. Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua ação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos”.

O UERJ Reg. ainda reflete sobre a utilização de consequências jurídicas ao expor que alguns instrumentos jurídicos dão margem para o uso de argumentos não jurídicos, com fundamento nas decisões. Traz, como exemplo, o debate sobre o controle da Administração Pública, no qual a invalidação do ato administrativo com fundamento no “desvio de finalidade” e por “violação à confiança legítima”, leva em conta as circunstâncias do caso concreto, dando margem à consideração das suas consequências mesmo se tratando de debate envolvendo um “formalismo textual da legalidade”.

Com base nesse cenário, o UERJ Reg. enfrenta diretamente a arguição de inconstitucionalidade dos arts. 20 e 21 da Lei n. 13.655/2018, reforçando que, na realidade, a norma veio a consagrar o consequentialismo como técnica de decisão no direito público brasileiro.

Não se trata de exercício de futurologia, até por força do art. 3º, § 2º, do Decreto n. 9.830/2019 que, como dito, regulamentou os dispositivos da LINDB. Relembra-se que a ADI 6146 foi apresentada quando ainda não havia sido editado o decreto regulamentador. Assim, as consequências práticas devem ser analisadas com fundamento nos elementos à disposição do julgador, considerando o seu dever de fundamentar a sentença previsto no art. 489 do CPC/2015, decorrente do art. 93, IX, da CF/1988.

O UERJ Reg. pondera que necessidade de se indicar as consequências jurídicas de uma decisão judicial deve estar mais presente exatamente nas situações elencadas no art. 21 da LINDB, pois se trata de invalidar atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas que vinham produzindo regular efeito antes de serem retirados.

Assim, embora o julgamento da ADI 6146 ainda não tenha sido concluído, já é possível traçar algumas ponderações que servirão de elementos ao se avançar a discussão. A primeira delas é o fato de a ADI ter sido apresentada antes da entrada em vigor do Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou os dispositivos da Lei n. 13.655/2018.

Os arts. 2º a 4º do Decreto procuraram regulamentar os arts. 20 e 21 da LINDB, trazendo elementos não abordados no momento da sua interposição, ou seja, não era possível identificar se os questionamentos persistiriam conforme expostos após a entrada em vigor do Decreto.

Nas manifestações favoráveis à constitucionalidade da Lei, fez-se menção aos dispositivos do Decreto, mas não se ponderou que sua entrada em vigor poderia ou não estancar definitivamente os argumentos trazidos na inicial. Trata-se, portanto, de ponto importante para afirmar que o Decreto, ao regulamentar o dispositivo, trouxe indicativos para a atuação do julgador, mas deixou aberta a necessidade de se firmar uma diretriz sobre o que consiste “no exercício diligente de sua atuação” (art. 2º, § 2º, do Decreto n. 9.830/2019).

Uma questão importante, muitas vezes distante do campo de investigação, e desconsiderada quando da interposição da ADI, é o fato de que a Lei n. 13.655/2018 não está voltada exclusivamente para a esfera controladora e judicial, mas também para a esfera administrativa, ou seja, exige uma fundamentação qualificada do administrador, situação que estaria reportada nos autos.

Questiona-se, diante disso, até que ponto, de fato, seria possível falar em invasão de um poder, exercício de futurologia, e em quais situações devem ser analisadas as consequências práticas, jurídicas e administrativas. São todas questões a serem analisadas adiante.

2.3 O consequencialismo previsto no art. 20 da LINDB

2.3.1 Importância de analisar o significado dos termos “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas”

O art. 20 da LINDB trouxe expressamente a exigência de se considerar as consequências práticas da decisão quando a fundamentação tiver como base valores jurídicos abstratos.

A inovação normativa teve como objetivo dar maior segurança jurídica e demonstrar eficiência no direito público, conforme se vê da ementa da Lei n. 13.655/2018. A entrada em vigor da Lei veio acompanhada de críticas, algumas delas exteriorizadas nas manifestações endereçadas à Presidência da República, antes da sanção, e outra com a ADI 6146.

Dentre essas críticas estão o uso do termo “valores jurídicos abstratos”, as consequências práticas das decisões e a necessidade de se analisar possíveis alternativas. A partir desse momento, enfrenta-se diretamente esses questionamentos, trazendo elementos que auxiliem na fixação das diretrizes a servirem como base na utilização dos argumentos consequencialistas no direito público.

O estudo efetivado até o momento esclarece que cada vez mais se analisam as consequências no momento de se proferir uma decisão judicial e que a norma produzida não tem condições de abarcar todas as situações existentes.

Quando da elaboração do Projeto que redundou na Lei n. 13.655/2018, os autores questionaram a utilização de argumentos abstratos que, muitas vezes, servem como fundamento para prevenir consequências, mas sem de fato haver uma demonstração das consequências práticas decorrentes dessa decisão. Daí um primeiro ponto a ser ponderado, antes mesmo da análise específica do dispositivo.

Os argumentos favoráveis à implementação do art. 20 trazem como fundamento o fato de os órgãos controladores e o Poder Judiciário aplicarem princípios e termos vagos sem a motivação que indique limpidamente a necessidade de sua utilização no caso concreto e as consequências práticas desse ato. Para os autores que adotam esse raciocínio, a ausência de critérios abre a possibilidade de se firmar um verdadeiro campo de criação com base nas impressões pessoais sobre qual seria o melhor caminho, sem demonstração ou individualização ao caso concreto.

Na outra ponta, os que se insurgem contra os dispositivos alegam que a legislação, como posta, exigiria de quem decide um verdadeiro exercício de futurologia, impedindo um controle mais efetivo, diante da impossibilidade de visualizar todas as hipóteses existentes na análise do caso concreto. Esse foi o argumento apresentado formalmente pela ANAMATRA perante a Presidência da República, para evitar a sanção do projeto, e igualmente reproduzido na ADI 6146.

O questionamento à norma se fundamenta no argumento que, na visão dos seus idealizadores, serve para implementá-la, isto é, inicialmente, identifica-se o risco da utilização de argumentos sem amparo na legislação ou provas produzidas no caso concreto, tanto para os defensores da LINDB como pelos que criticam a sua utilização. A insegurança jurídica tem os dias contados para os que defendem a alteração da LINDB, mas ocorrerá para quem critica a sua aplicação.

O segundo ponto merecedor de destaque é o fato de o art. 20 impor a necessidade de se considerar as consequências práticas da decisão, quando tiver como base valores jurídicos abstratos. Portanto, não há exigência de sempre se indicar suas consequências práticas, mas somente quando a decisão se pautar em valores jurídicos abstratos, nos termos do art. 20 da Lei.

A legislação não tratou, portanto, no caso do art. 20, das consequências das decisões judiciais de maneira geral, mas se preocupou apenas com as hipóteses nas quais a decisão utiliza argumentos vagos na fundamentação, impondo que, nessa situação específica, deve haver ponderação sobre as consequências práticas identificadas.

O tema é extremamente relevante, pois o fato de existir essa imposição não impede que, no momento da decisão, se considere suas consequências, ainda que a decisão não se valha de uma fundamentação baseada em valores abstratos. Significa dizer que as consequências devem ser sempre consideradas, nos moldes delimitados pela teoria da argumentação de Neil MacCormick.

Nessa hipótese, ainda que não se esteja aplicando diretamente a LINDB, o que se pretende atestar é que a Lei trouxe diretrizes importantes, que demandam uma motivação

qualificada às decisões judiciais. Assim, o uso de argumentos consequencialistas deve ocorrer em observância aos preceitos objeto deste estudo, sob pena de se identificar uma deficiência na sua fundamentação.

A Lei n. 13.655/2018 trouxe a necessidade de analisar as consequências nas decisões envolvendo direito público, normatizando especificamente a hipótese em que ao decidir considerando os valores jurídicos abstratos, exige-se uma argumentação qualificada e a exposição das consequências práticas dessa decisão.

Essa é a primeira conclusão a ser extraída com fundamento na teoria da argumentação de Neil MacCormick. Trata-se da necessidade de se analisar as consequências e o fato da normatização trazida não excluir ou delimitar essa hipótese, apenas disciplinar e exigir quando a fundamentação se der com base em valores jurídicos abstratos.

Avançando no estudo, é necessário delimitar, isto é, especificar como devem ser aplicados os conceitos “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão”. Para essa finalidade, convém partir do texto literal do artigo e da ideia que deu origem a sua criação:

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

A expressão “valores jurídicos abstratos” redundou em questionamentos, pois se estaria buscando com a nova legislação uma segurança jurídica utilizando-se, para isso, de conceitos vagos. Diante disso, a redação do artigo recebe críticas sob o ponto de vista hermenêutico, uma vez que, sob essa ótica, a decisão sempre será concreta, não havendo que se falar em aplicação de valor abstrato, pois a interpretação se dá sobre um valor concreto¹¹⁵.

Fredie Souza Didier Júnior e Rafael Alexandria Oliveira observam que o art. 20 trouxe para o ordenamento jurídico um postulado hermenêutico, com diretriz interpretativa ao julgador ao impor a necessidade de se considerar as consequências práticas de suas decisões¹¹⁶.

Buscado definir a expressão “valores jurídicos abstratos”, a Lei n. 13.655/2018 foi regulamentada pelo Decreto n. 9.830/2019 que, em seu art. 3º, § 1º, rege: “consideram-se

¹¹⁵ MOTTA, Fabrício. LINDB no direito público: Lei 13.655/2018. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **Coleção Soluções de direito administrativo**: leis comentadas. Série I: administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (ebook), p. 29.

¹¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 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.

valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração”.

Em 2019, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) promoveu seminário em Tiradentes-MG no qual debateu “os impactos da Lei n. 13.655/2018 no direito administrativo”, oportunidade em que foram firmados enunciados sobre os temas¹¹⁷. O enunciado n. 6, por exemplo, tratou da expressão “valores jurídicos abstratos”: “A referência a ‘valores jurídicos abstratos’ na LINDB não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados”.

Marçal Justin Filho elenca outros desses conceitos indeterminados, como “justiça”, “bem comum”, “liberdade”, “interesse público”, “dignidade humana”, para esclarecer que não há como impedir a decisão se fundar em valores abstratos, motivo pelo qual o art. 20 traz um processo para sua concretização, considerando as consequências práticas da decisão¹¹⁸.

Seguindo esse posicionamento, Marçal Justen Filho afirma que o uso de formas gerais e abstratas de retórica é que deve ser combatido, pois, se utilizada, representará uma decisão pessoal ou até arbitrária da autoridade.

Pelo que se extrai desse primeiro ponto, valores jurídicos abstratos são aqueles baseados em conceitos indeterminados que, quando utilizados, a lei exige analisar as consequências práticas dessas decisões. Assim, a interpretação mais adequada seria considerar que a justificativa da decisão não pode se basear em fundamentos genéricos, desconsiderando as consequências práticas, para se obter uma decisão mais equilibrada e ajustada¹¹⁹.

André Rufino do Vale, ao tratar da argumentação constitucional, pondera que na análise dos casos difíceis, é necessário intensificar o ônus da justificação das decisões judiciais, visto que, hoje, o maior problema é justamente justificar racionalmente essas demandas que necessitam de respostas jurídicas a casos complexos¹²⁰.

¹¹⁷ FREIRE, André; NOHARA, Irene; FERRAZ, Luciano; VALLE, Vanice (coord.). **Seminário “Impactos da Lei n. 13.655/18 no Direito Administrativo”**, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2023.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, FGV, 2018, p. 13-41. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 24 mar. 2023.

¹¹⁹ MOTTA, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **Coleção soluções de direito administrativo: Leis comentadas. Série I: administração pública**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (ebook), p. 31.

¹²⁰ VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019 (ebook).

Diante de um caso concreto, o julgador deve analisar se há subsunção à norma posta que tenha um comando determinado. Em caso negativo, se utilizados valores jurídicos abstratos, exige-se a indicação das consequências práticas da sua decisão.

A análise dos argumentos desenvolvidos referentes à forma e ao momento da utilização do art. 20 da LINDB reforça a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick.

Nesse ponto, vale retornar ao posicionamento do autor e sua teoria da argumentação, que reconhece a importância da norma posta como justificativa de primeira ordem. O art. 20 da LINDB dispõe expressamente que a utilização das consequências práticas deve ser efetivada apenas na hipótese de utilização de valores jurídicos abstratos, evidenciando, assim, que a norma não pode ser descartada.

Ao analisar possíveis alternativas, Neil MacCormick já indicava essa necessidade quando da utilização da justificativa de segunda ordem, ao reconhecer que a decisão tem como critério a universalização. Além disso, deve-se utilizar uma argumentação consequencialista, coesa e coerente.

Neil MacCormick sublinha que falar em coerência e coesão importa em dizer que não pode existir contradição entre o conjunto de normas e nem conceder tratamento diferenciado a situações semelhantes. Por outro lado, a análise das consequências não pode redundar em deliberações contrárias às normas vigentes e válidas, logo, não há espaço para a discricionariedade judicial¹²¹.

Esses parâmetros devem ser adotados na aplicação do art. 20 da LINDB, que não pode ser invocado sem fundamento na prova produzida e uma integração com o sistema existente.

Diante disso, a teoria da argumentação de Neil MacCormick está mais próxima do que dispõe o art. 20 da LINDB, pois o dispositivo prevê a necessidade de se fixar as consequências práticas quando o julgador se basear em valores jurídicos abstratos.

Na análise do caso, avalia-se a aplicação da norma ao caso concreto. Superado esse momento, se o fundamento da decisão estiver amparado em valores abstratos ou conceitos indeterminados, o art. 20 exige, então, a análise das consequências práticas dessa decisão¹²².

¹²¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 135-136.

¹²² ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, n. 278, v. 3, p. 113-144, Centro Universitário de Brasília, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80832>. Acesso em: 24 mar. 2023.

2.3.2 Necessidade da motivação e análise das possíveis alternativas

Em relação às consequências práticas da decisão judicial e à análise de possíveis alternativas, questiona-se se o julgador terá à disposição todas as possibilidades que um caso possa apresentar, e se haverá condições técnicas para um julgamento que traga mais segurança jurídica.

O parágrafo único exige considerar as possíveis alternativas, mas também deixou claro que elas devem passar por uma decisão motivada na qual será demonstrada a sua necessidade e adequação. A exigência da motivação está expressa, podendo sua ausência ou deficiência gerar os efeitos previstos no art. 489, § 1º, do CPC/2015, com a declaração de nulidade do ato decisório.

A LINDB trouxe a preocupação com a motivação das decisões, reforçando a necessidade de uma argumentação qualificada que a justifique. Independentemente da esfera de atuação, exige-se uma motivação que contextualize os fatos, com indicação das normas aplicáveis, levantando as hipóteses existentes dentro da sua esfera de atuação.

A necessidade da motivação nas decisões envolvendo o direito público, no entanto, não é tema novo. Na esfera administrativa, o art. 93, X, da CF/1988 consigna que as decisões devem ser motivadas. A Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, disciplinou no seu art. 2º a motivação como princípio da administração pública e, no art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/1999, regeu que a motivação deve ser “explícita, clara e congruente”.

O art. 93, IX, da CF/1988 traz a obrigatoriedade de se fundamentar as decisões judiciais, ou seja, a motivação de uma decisão judicial servirá para comprovar essa garantia. A LINDB, por sua vez, dispõe que deve ser aplicada a motivação nas esferas administrativa, controladora e judicial, e orienta que na decisão deve ser demonstrada a necessidade e a adequação da medida, ampliando o disposto na Lei n. 9.784/1999 que exigia apenas a justificativa do fato e sua fundamentação jurídica.

O art. 2º do Decreto n. 9.830/1999, que regulamentou as alterações da LINDB, dispõe que “a decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos”. Em três parágrafos, o artigo ainda especifica como deve ocorrer a motivação, referindo-se à necessidade de congruência entre as normas e os fatos que a embasaram (§ 1º). Deve indicar normas, interpretação jurídica, jurisprudência e doutrina (§ 2º), e “poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederem a decisão” (§ 3º).

O disposto no art. 2º, § 3º, do Decreto n. 9.830/1999 já estava previsto no art. 50, § 1º, da Lei n. 9.784/1999, que também admitia como motivada a decisão que consistia em declaração de concordância “com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas” que se tornariam partes integrantes do ato.

Não se pode esquecer de que o Decreto, assim como a LINDB, se aplica às três esferas (administrativa, controladora e judicial). Nesse ponto, a decisão judicial pode se pautar nos termos do § 3º, no entanto, não basta declarar concordância, mas é necessário trazer uma fundamentação que demonstre a motivação para se acolher uma das hipóteses elencadas como razão de decidir.

No que refere à esfera judicial, em especial, quanto à motivação (no ponto da exigência de se demonstrar a necessidade e a adequação da medida em face das possíveis alternativas), evidentemente não há como exigir que o julgador possa ter à disposição esse conhecimento ou técnicos que lhe apontem todas as situações possíveis. O que se pretende e espera é que, ao se demonstrar a motivação, esclareça-se a conclusão não ter se dado por mero palpite do julgador, mas atestada com base na prova produzida nos autos¹²³. A motivação exigida deve considerar, portanto, as provas produzidas e a correta aplicação do ordenamento jurídico.

Por outro lado, na esfera administrativa, cabe ao administrador formalizar o procedimento por meio da análise de todos os questionamentos e situações possíveis, inclusive por meio do exercício do contraditório, possibilitando, assim, que os interessados apresentem essas alternativas para a análise do administrador, dentro da sua esfera de atuação.

O administrador, ao decidir pela aplicação de uma política pública, deve esclarecer o motivo da sua escolha em detrimento de outra. Ao analisar um requerimento administrativo, se houver alternativas a serem consideradas, sua decisão deve se ater à demonstração dos autos. A discricionariedade não prevalecerá diante da ausência de demonstração e motivação no caso concreto.

Na esfera judicial, o julgador pode analisar a construção dos fundamentos da decisão proferida na esfera administrativa que, por sua vez, deve constar nos autos do processo. Isso permite ao julgar, antes de decidir, conhecer o caminho desenvolvido e a possibilidade de se acessar novas provas ou estudos empíricos que possam embasar sua decisão.

Não há como analisar as consequências de uma decisão sem demonstrar essa possibilidade por meio das provas produzidas nos autos. Na eventualidade de o julgador

¹²³ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 99-120. São Paulo, nov. 2019.

identificar, com base em dados oficiais, elementos para fundamentá-la, é necessário indicar em qual deles se pautou.

Estudos empíricos também devem constar nos autos, inclusive, explicitando a metodologia utilizada e abrindo a possibilidade do contraditório. Importa registrar que o uso de estudos empíricos já vem ocorrendo pelo STF a despeito de críticas voltadas ao fato de não se permitir acesso prévio ao seu conteúdo¹²⁴.

A análise das consequências práticas não pode dar ensejo a não aplicação da norma em vigor. Se a conduta estiver descrita na norma, não há que se falar em prevalência das consequências como único fundamento, deixando de reconhecer e aplicar uma sanção que o caso exige.

Esse contexto é fundamental para evitar que a norma aprovada para implementar maior segurança no campo do direito público não seja plenamente aplicável e, pior, passe a ser apenas citada sem que, de fato, tenha havido necessária motivação para a sua aplicação.

2.4 O sentido/significado do art. 21 da LINDB

2.4.1 Necessidade de considerar as consequências jurídicas e administrativas

O artigo 21 da LINDB traz outra hipótese formal em que devem ser consideradas as consequências da decisão. No caso do art. 20, as consequências devem ser consideradas como razão de decidir, enquanto no art. 21 as consequências deverão ser identificadas em virtude da decisão tomada. Trata-se de momentos distintos, mas igualmente importantes, em especial, quando envolve questões de direito público.

A inovação do dispositivo está presente também em seu parágrafo único, que impõe a necessidade de indicar quais são as condições para se regularizar a invalidação decretada. O legislador procurou reforçar a necessidade de uma fundamentação qualificada, pela qual se manifeste real preocupação com as consequências decorrentes do ato.

A Lei n. 13.655/2018 surgiu em um momento em que se identificava um fortalecimento exacerbado dos órgãos de controle e do Judiciário que, ao proferirem suas decisões, segundo os idealizadores, se baseavam em normas com conceitos indeterminados ou princípios e não se atentavam para as consequências práticas de suas decisões.

¹²⁴ BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71771/42003>. Acesso em: 24 fev. 2023, p. 831-858.

Se os dispositivos trazidos pela Lei n. 13.655/2018 redundaram em uma diminuição ou enfraquecimento do controle, como procurou prever as instituições em suas notas técnicas apresentadas à Presidência da República, esse fato só poderá ser detectado por meio de um estudo empírico que analise as mudanças decorrentes da entrada em vigor da Lei. No entanto, atesta-se que a legislação permite maior transparência ao mencionar a especificação dos fundamentos das consequências do ato de invalidação, viabilizando, assim, eventuais questionamentos por parte dos interessados.

Não se pode perder de vista que o art. 21 da LINDB trata das situações em que há invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, ao exigir que se aponte as consequências jurídicas e administrativas decorrentes da decisão.

Um primeiro questionamento possível diz respeito à necessidade de se produzir uma norma que determine ao julgador explicitar as consequências jurídicas e administrativas da sua decisão, uma vez que a decisão de invalidar ato, necessariamente, gera esse efeito.

Carlos Ari Sundfeld realça a importância do artigo, pois a obrigatoriedade de se registrar as consequências e de indicar como se dará a regularização deixa claro que a norma em abstrato não tem condições de, por si, apresentar as respostas referentes à invalidação¹²⁵. A ausência dessa obrigatoriedade gera também ausência de padronização que permite, em casos semelhantes, a publicação de decisões com ou sem a especificação das suas consequências, o que resulta em inseguranças e em conclusões diferentes para questões semelhantes.

Não há dúvida de que a decretação de invalidação gera consequências. Impor às autoridades da esfera administrativa, controladora e judicial a necessidade de identificar e, nos moldes do parágrafo único, indicar a forma de regularização, pode evitar maiores tergiversações e o surgimento de novas demandas.

Por outro lado, a aplicação do art. 21 pode servir de fundamento para os que são contrários ao dispositivo apontarem que se exige um exercício de futurologia ou até que se estaria transferindo ao julgador o ônus e as responsabilidades do gestor. Esses foram basicamente os argumentos apresentados pelas instituições que se opuseram à sanção do então Projeto de Lei.

Quando do exame do art. 20, não há como exigir do julgador a análise de todas as consequências possíveis, mas apenas daquelas que estiverem à disposição quando do julgamento ou que possa ser inferida da situação. O Decreto n. 9.830/2019, que regulamentou a Lei n. 13.655/2018, em seu art. 4º, § 1º, dispõe que existe uma limitação do estudo dessas

¹²⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo**: o novo olhar da LINDB. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 46.

consequências “aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação”. Assim, não se espera um exercício de “futurologia” nem o esgotamento de todas as possibilidades, mas que se possa trazer as consequências mais relevantes previstas nas normas existentes dentro do contexto apresentado.

Na esfera judicial, assim como ponderado quando da análise do art. 20, o campo de atuação do magistrado deve se valer da legislação existente e das provas produzidas, inclusive as empíricas, que devem ser submetidas ao contraditório. Para melhor entendimento, necessário esclarecer o que são consequências jurídicas e administrativas previstas no art. 21.

José Vicente Santos de Mendonça procura identificá-las argumentando, inicialmente, que consequências jurídicas são “estados futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito”. A consequência jurídica diz ao direito enquanto que a administrativa é aquilo que decorre materialmente dessa interpretação¹²⁶. E prossegue detectando quatro pontos necessários para se concluir pela presença das consequências jurídicas e administrativas.

O *primeiro* deles é que essas consequências se referem a situações exequíveis, decorrentes de estados de fato e de direito admissíveis pela Constituição. Não se pode admitir a invalidação quando se está diante de uma invalidação que acarrete estados jurídicos inconstitucionais ou inexecuíveis. Nesse ponto, o autor admite que a decisão de invalidar pode não ser dada se as consequências delas decorrentes forem inexecuíveis. Essa situação pode, ainda, ser temperada por uma execução que busque regularizar a invalidação da decisão de forma proporcional ou equânime, nos moldes do art. 21, parágrafo único. José Vicente Santos de Mendonça traz um exemplo no qual se decretaria a invalidação de um decreto relativo à administração prisional. Sua desativação implicaria na liberação dos presos, situação que poderia ser melhor analisada não a partir da sua invalidação, mas a partir da determinação de que a decisão possa ser cumprida de outra forma, por exemplo, com a transferência dos presos para outra unidade, desativação parcial da unidade ou outra medida similar¹²⁷.

Quanto ao *segundo* ponto, o autor argumenta que as consequências das decisões devem ser certas e prováveis. Distingue entre as certas e prováveis, com as que são apenas plausíveis, e alerta para o fato de que essas últimas até podem ser identificadas, mas não devem ser consideradas, pois não há a certeza necessária de que venha a ser adotada pelos envolvidos.

¹²⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

¹²⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

Como *terceiro* ponto, José Vicente Santos de Mendonça menciona a teoria da causalidade (art. 403 do CC/2002 aplicado para a responsabilidade civil), ponderando que as consequências são estados imediatos e imediatamente futuros, logo, não podem ser assim entendidos aqueles remotos no tempo. Como a causa produz o resultado, a consequência é identificada de imediato.

O último ponto diz respeito às consequências previstas no art. 21 da LINDB, que não podem ser um palpite, mas decorrência jurídica, lógica ou fática da decisão. Se for o caso de decorrência fática, necessária a existência de alguma evidência empírica, ou sua demonstração por meio de provas já produzidas:

Consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis pela nossa Constituição¹²⁸.

O que se pode dizer da interpretação do art. 21 da LINDB é que o dispositivo, por si só, não tem o condão de inibir a atuação dos órgãos de controle ou do Poder Judiciário. Exige-se, sim, uma fundamentação mais sólida, inclusive com uma motivação que deverá “demonstrar a necessidade e adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade (art. 4º, § 2º, do Decreto n. 9.830/2019).

A decisão deve explicitar as consequências, exigência expressamente prevista, inclusive fundamentar na hipótese de não existir consequência jurídica ou administrativa no caso concreto.

O controle sobre a decisão do julgador deve consistir em se verificar se as consequências foram ou não indicadas e a justificativa para eventual ausência. No que se refere ao mérito propriamente dito, não é possível fixar como regra a observância de um prognóstico exato, mas que atenda às possibilidades existentes no momento em que o ato foi efetivado.

Por último, José Vicente Santos de Mendonça alerta que um controle intenso sobre as consequências poderia piorar ainda mais a situação dos administradores: “o hipercontrole não se quebraria, mas poderia se tornar ainda mais irracional”¹²⁹.

¹²⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

¹²⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

2.4.2 As consequências da invalidação e a necessidade de sua regularização

Fixada a necessidade de se fundamentar a invalidação com as consequências jurídicas e administrativas dela decorrentes, o parágrafo único do art. 21 da LINDB delimita que deve ocorrer a regularização da situação originada pela decisão de forma proporcional e equânime, sem a imposição de ônus ou perdas anormais. Essa necessidade surge da identificação das consequências jurídicas e administrativas, por isso, relevante o seu estudo, até para se perceber a real intenção do legislador que procurou delimitar todas as hipóteses surgidas com a invalidação.

Registra-se que a regularização ou a modulação dos efeitos da declaração de validade já era matéria debatida pela literatura jurídica, com desdobramentos que consideravam a anulação como de efeitos *ex tunc* e a revogação com efeitos *ex nunc*. Também com fundamento na segurança jurídica, a depender do grau do vício encontrado, orientava-se manter alguns dos seus efeitos para evitar eventual enriquecimento ilícito¹³⁰.

No que se refere especificamente à legislação que antecede a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, destaca-se o art. 27 da Lei n. 9.868/1999, que trata da preservação dos efeitos produzidos, ou que ainda vão produzir, por lei ou ato normativo declarado inconstitucional, e o disposto nos arts. 54 e 55 da Lei n. 9.784/1999, que prevê a estabilização dos atos ilegais pela caducidade e a convalidação dos atos que apresentarem defeitos sanáveis na hipótese de não ser acarretada lesão ao interesse público e inexistência de prejuízo a terceiros.

Em relação à Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o art. 2º, parágrafo único, XIII, disciplina que a interpretação da norma deve atender o fim público a que se dirige, com vedação expressa à aplicação retroativa em caso de nova interpretação, dando o ensejo de que a invalidade reconhecida deverá produzir efeitos para o futuro.

A Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações), em seu art. 147, indica que a declaração de nulidade do contrato dependerá de se constatar a existência de interesse público. Nela, constam os aspectos que devem ser observados, com a possibilidade de se optar pela continuidade do contrato, conforme previsto no parágrafo único.

¹³⁰ MOTTA, Fabrício. LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **Coleção soluções de direito administrativo**: Leis comentadas. Série I: administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (*ebook*), p. 50.

A LINDB explicitou a exigência de se indicar a regularização. O dispositivo traz mais tranquilidade aos administradores, que podem utilizá-lo considerando as pontuações especificadas no art. 4º, §§ 3º, 4º e 5º, do Decreto n. 9.830/2019¹³¹.

Os parágrafos em questão indicam que haverá a modulação dos efeitos da decisão, para se atingir o objetivo insculpido na LINDB de uma regularização proporcional e equânime. Corroborando esses textos, o encontro do IBDA realizado em Tiradentes, Minas Gerais, em 2019, emitiu o enunciado n. 7, no qual fixou o dever de convalidar, converter ou modular os efeitos, como mecanismos para se implantar o art. 21 da LINDB¹³².

Assim, o julgador deverá indicar, de forma proporcional e equânime, as formas pelas quais ocorrerá essa regularização, evitando, assim, prejuízo “aos interesses gerais” e em impor aos interessados ônus ou perdas “anormais ou excessivas”.

O dispositivo trouxe normas abertas que dão margem a decisões que, em tese, levaram à apresentação do projeto de lei. Na prática, pode ensejar a discricionariedade do julgador ao lhe permitir utilizar critérios ou fórmulas não identificadas no procedimento levado a juízo. A hipótese trazida tem fundamento sobretudo se a sua aplicação desconsiderar uma análise integrativa. Assim, deve-se considerar os dispositivos constitucionais que garantem o contraditório e a ampla defesa, além do entendimento doutrinário e jurisprudencial já produzido envolvendo o caso. Por outro lado, a possibilidade de se fixar de imediato as condições de regularização pode evitar a abertura de novas demandas para dirimir os efeitos da decisão.

Fixar parâmetros a partir das ponderações trazidas nos dispositivos e baseada em uma integração com normas e decisões jurisprudenciais pode ser relevante para a pacificação, no entanto, se promovida de forma discricionária, acabará trazendo mais insegurança.

Ao decretar a nulidade, o julgador deverá identificar os efeitos pós-invalidação, por exemplo, se serão preservados alguns dos efeitos e para quem, e como se admite construir

¹³¹ BRASIL. Decreto n. 9.830/2019. [...] “§ 3º. Quando cabível, a decisão a que se refere o *caput* indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais. § 4º. Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado: I – restringir os efeitos da declaração; ou II – decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido. § 5º. A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

¹³² 7. Na expressão “regularização” constante do art. 21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos administrativos eivados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação.

condições para a validade do ato após a decisão firmada, inclusive fixando períodos de transição quando necessário¹³³.

Esclarece-se que o parágrafo único permite ao julgador, quando decidir pela invalidação, temperar a sua execução, criando mecanismos de transição que não tragam prejuízos excessivos aos sujeitos atingidos. A maior dificuldade é, justamente, definir concretamente quais seriam esses prejuízos.

Verifica-se que a implementação da regularização prevista no parágrafo único do art. 21 da LINDB deve considerar situações já consolidadas ao longo do tempo, portanto, que já estejam produzindo efeitos. Como exemplo, a execução de um contrato por longo período no qual se identificou um vício logo no início, ou por descumprimento de alguma cláusula, ou no processo de licitação. Ao se reconhecer a necessidade de se declarar sua invalidação, deve-se identificar as consequências jurídicas e administrativas desse ato e, conseqüentemente, regularizar a situação.

São várias as hipóteses nas quais pode haver necessidade de se invalidar atos envolvendo casos concretos. Assim, impor uma regularização, nessas hipóteses, evita que o julgador trate do tema apenas em casos específicos – o que era uma mera possibilidade passou a ser obrigatoriedade.

Não se nega que, consignar a obrigatoriedade dessa análise é benéfica também sob o pálio da transparência, a partir da oportunidade de se questionar as partes, uma vez que não fica a critério do executor da decisão a forma pela qual será cumprida. A obrigatoriedade permite, ainda, um controle judicial sobre o teor da decisão do julgador, uma vez que a lei indica critérios para sua fixação: proporcionalidade, equanimidade, inexistência de prejuízos aos interesses gerais, a não imposição de ônus ou perdas anormais ou excessivas aos atingidos.

A especificação dos critérios que fundamentam a decisão acompanhada da exigência de aplicá-los impõe ao julgador a responsabilidade pela situação atual e pela reestruturação em razão da invalidade declarada, pois será possível estudar como essa decisão foi construída¹³⁴. Assim, analisar os argumentos referentes à forma e ao momento da utilização do art. 21 da LINDB reforça, também, a aplicação da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick.

¹³³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

¹³⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

O art. 21 não afasta a aplicação da norma quando analisa sua validade. Além disso, as consequências dessa aplicação são verificadas a partir da decisão tomada. Neil MacCormick ressalta que deve ser considerada na análise das alternativas postas uma integração com os precedentes e as normas existentes, uma vez que essa decisão deve ser enxergada por meio de um critério de universalidade.

Não é possível tratar situações semelhantes e se chegar a conclusões diversas no momento da sua regularização, pois prevalece o estudo do caso com fundamento na coerência e na coesão. Daí afirmar-se que a aplicação do art. 21 demanda uma análise nos moldes fixados na teoria da argumentação de Neil MacCormick.

2.5 Inconstitucionalidade superveniente

2.5.1 Inconstitucionalidade superveniente em razão das mudanças fáticas e a LINDB

O STF não admite, em regra, a análise da constitucionalidade de lei que entrou em vigor após a vigência da CF/1988. No caso de norma anterior à Constituição, o posicionamento é o de que existe uma incompatibilidade, tratando-se, na realidade, de revogação da norma anterior diante do princípio da contemporaneidade.

É o que se extrai do julgado da ADI 2, de relatoria do Ministro Paulo Brossard:

A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária¹³⁵.

A inconstitucionalidade superveniente também não se caracteriza quando se reconhece uma modificação do entendimento jurisprudencial. Nessa hipótese, não se estaria trazendo mudança fática referente a um novo posicionamento científico, cultural ou político, mas uma interpretação diferente da norma posta¹³⁶.

No entanto, a modificação da situação fática em relação a uma norma que nasceu constitucional, e posteriormente possa ter revista sua constitucionalidade, vem sendo admitida. É o que se pretende verificar nesta seção ao se enfatizar as consequências de uma decisão.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2. Plenário. Rel. Min. Paulo Brossard, j. 6-2-92, DJ 21-11-1997.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina), p. 2.060 (ebook).

Ao se apresentar em capítulo anterior os conceitos de utilitarismo, consequencialismo e pragmatismo, expôs-se o posicionamento de Thamy Pogrebinsch, que destacou três características fundamentais para definir o pragmatismo: antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo¹³⁷.

Ao desenvolver seu raciocínio, Thamy Pogrebinsch fixou como ponto fundamental que toda decisão não pode deixar de lado o contexto no qual está inserido o tema analisado. Deve-se considerar crenças políticas, religiosas, científicas e culturais de uma sociedade. Assim, a análise das consequências de uma decisão não pode se dissociar do contexto na qual ela existe.

O grande questionamento é saber se uma decisão firmada com fundamento nesse contexto pode ser reavaliada se um novo cenário factual apontar em sentido diverso, tudo em razão dos efeitos e das consequências produzidas à época em que foi firmada, mas que não mais atinge o objetivo pretendido ou imaginado.

Tendo em vista o que foi investigado até o momento, da exigência de se apontar as consequências práticas, possíveis alternativas, consequências jurídicas e administrativas e a indicação de como a invalidade deve ser regularizada, é possível inserir essa discussão no contexto da LINDB.

Voltando ao posicionamento de Neil MacCormick, que aponta o caráter universal da decisão, considera-se fundamental apresentar estudos e eventuais encaminhamentos que têm se apresentado sobre a questão, principalmente quando avaliada sob a ótica da constitucionalidade.

Gilmar Mendes aborda o assunto na esfera constitucional ao analisar a possibilidade de se configurar inconstitucionalidade e a mudança nas relações fáticas e jurídicas¹³⁸.

Ao se afirmar que a literatura jurídica admite reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei quando presente significativa modificação da situação de fato, indica-se ser possível que uma norma possa ser considerada constitucional no momento da sua edição, mas, com a mudança das relações fáticas, venha a ser passível de novo questionamento e, com isso, se tenha a declaração de inconstitucionalidade¹³⁹.

Ao tratar da inconstitucionalidade em razão da modificação de ordem fática, Gilmar Mendes apresenta como exemplo o julgamento da ADI 5543/DF. Neste caso, questionavam-se o art. 64, IV, da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, “d”, da

¹³⁷ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 25.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina) (*ebook*), p. 2.058.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina) (*ebook*).

Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tornavam inaptos por 12 meses para a doação de sangue os indivíduos de sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros homens¹⁴⁰.

Os atos normativos derivavam da época da crise da epidemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Firmou-se como medida de segurança proibir doação de sangue desses grupos mundo afora, uma vez que os estudos sobre o tema demonstravam maior incidência da AIDS entre os homens que se relacionavam com outros homens.

Com o tempo, a ciência constatou que a transmissão do Vírus da Imunodeficiência humana (HIV) dizia mais respeito à prática sexual mantida sem preservativo, sem qualquer relação com a orientação sexual da pessoa.

Essa nova realidade foi considerada no julgamento da ADI 5543/DF, oportunidade em que o STF conheceu o pedido e reconheceu a inconstitucionalidade dos artigos mencionados. Registre-se um dos argumentos da ementa:

2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim.

A LINDB, mais especificamente o parágrafo único do art. 21, trouxe a necessidade de se indicar as condições para regularizar a invalidação reconhecida em ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Essa invalidação é reconhecida diante de um contexto que, muitas vezes, pode ser divergente da realidade da norma quando editada e, por isso, necessária a apreciação do Poder Judiciário, mas, principalmente, de obrigatoriamente lidar com as consequências dessa declaração.

Essas consequências devem ser contextualizadas considerando sobretudo o momento da declaração, buscando evitar impor “aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21, parágrafo único da Lei n. 13.655/2018).

As esferas administrativas, controladora e judicial, devem ter em mente o contexto fático no qual o ato está sendo aplicado. No entanto, para se analisar uma invalidação, também é necessário dedicar atenção ao novo contexto, para se entender que, por exemplo, conceitos

¹⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina) (*ebook*), p. 2.058.

científicos que embasaram uma norma impondo determinada conduta, podem ser refeitos quando novos resultados e/ou conclusões são apresentadas.

Nessa conjuntura, é possível desenvolver o mesmo raciocínio em relação à análise da declaração de invalidação (art. 21 da LINDB), ou no instante em que se for analisar as consequências práticas (art. 20 da LINDB) de uma decisão. Isto porque, o contexto factual pode se modificar e deve ser considerado naquele instante. Essa invalidação, no entanto, não poderá gerar efeito negativo ao administrador se constatado que ele agiu, à época em que o ato foi editado, conforme todas as hipóteses colocadas à disposição.

A tarefa reforça a necessidade de uma constante interpretação que leve a uma motivação qualificada para se enfrentar questões diversas. O grande desafio é saber se há preparação técnica para tanto nas esferas e as implicações em caso de não observância a essas condições.

O caso trazido pelo Ministro Gilmar Mendes (ADI 5543/DF) demonstra como um conceito científico assume um papel relevante e passa a ser fundamento de uma decisão judicial.

É difícil para o julgador adentrar no contexto técnico do trabalho científico, mas, no momento de ele decidir, podem ser analisados todos os demais aspectos envolvidos, colhendo-se, inclusive, mais de um posicionamento, uma vez que os apresentados pelas partes podem ter o direcionamento que desejarem para o caso e, ainda sim, ficarem sujeitos a uma modificação posterior em razão da alteração fática.

Emerson Gabardo e Pablo Ademir de Souza, ao analisarem argumentos consequencialistas com base na cientificidade, defendem que mesmo aqueles realizados com o mais alto rigor científico, não passam de probabilidade quanto à ocorrência ou não dos eventos. Não se pode descartar as dificuldades operacionais existentes na produção da prova técnica, ademais, mesmo produzida, o julgador não pode descartar as probabilidades no contexto geral¹⁴¹.

Parte-se, então, da premissa de que o estudo científico não é certeza de que algo seja definitivo. Novos estudos e abordagens são uma constante e devem ser considerados pelos julgadores no momento da decisão, assim como no instante em que a nova realidade fática se apresentar.

Vale frisar que o STF tem decidido no sentido de autoconter o avanço da jurisdição constitucional face a evidências científicas e estudos empíricos, conforme se verifica no julgamento da ADI 42/DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Neste caso, o STF entendeu pela

¹⁴¹ GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul.-set. 2020.

existência de uma limitação na capacidade institucional dos juízes, principalmente no âmbito das políticas públicas, impondo uma autocontenção do Judiciário que não pode substituir a atividade legislativa¹⁴².

As questões fáticas devem ser consideradas e as consequências das decisões dos magistrados merecem uma análise acurada, importando, inclusive a declaração de inconstitucionalidade superveniente quando da sua incidência.

Para melhor compreender o estudo das consequências na análise da constitucionalidade, apresentam-se duas decisões do STF nas quais essas condições fáticas foram consideradas.

2.5.2 Decisões do STF em situações nas quais houve modificação da situação fática

O primeiro caso diz respeito à ADI 3937/SP, que questiona a constitucionalidade da Lei n. 12.684/2007-SP, cujo conteúdo proíbe o uso no Estado de São Paulo de qualquer tipo de amianto ou asbesto. O fundamento da ação se pauta no fato de que a Lei Estadual extrapola a competência prevista na CF/1988 de que compete à União editar normas gerais e aos Estados suplementá-las.

A Lei Federal n. 9.055/1995, art. 2º, autorizou a extração, a industrialização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco) conforme definido em lei. Significa dizer que lei estadual não poderia contrariar ou substituir o disposto na lei federal.

A ADI foi apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), teve como relator o Ministro Marco Aurélio e como redator do acórdão, o Ministro Dias Toffoli. Durante a instrução da ADI, ocorreu a audiência pública¹⁴³, no qual houve depoimento de vários especialistas que deveriam esclarecer sobre a segurança da utilização do amianto da espécie crisotila, além de indicar os impactos econômicos da decisão, tendo em vista as opções existentes.

¹⁴² “17 ... cabendo ao Judiciário a análise racional do escrutínio, consoante se colhe do julgado da Suprema Corte Americana FCC v. Beach Communications, Inc. 508 U.S. 307 (1993), em que se consignou que a escolha do legislador não está sujeita ao escrutínio empírico dos Tribunais e pode se basear em especulações racionais não embasadas em provas ou dados empíricos” (“*Legislative choice is not subject to courtroom factfinding and may be based on rational speculation unsupported by evidence or empirical data*”).¹⁸ A capacidade institucional, ausente em um cenário de incerteza, impõe auto-contenção do Judiciário, que não pode substituir as escolhas dos demais órgãos do Estado por suas próprias escolhas (VERMEULE, Adrian. *Law’s Abnegation*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 130, 134-135)”. (ADI 42/DF).

¹⁴³ O objetivo da audiência pública foi “analisar, do ponto de vista científico, a possibilidade de uso seguro do amianto da espécie crisotila e os riscos à saúde pública que o referido material pode trazer, bem como verificar se as fibras alternativas ao amianto crisotila são viáveis à substituição do mencionado material, considerados igualmente, os eventuais prejuízos à higidez física e mental da coletividade. Por fim, deverão os especialistas apontar os impactos econômicos decorrentes de ambas as opções” (Voto Rel. Min. Marco Aurélio na ADI).

Nesse ponto, identifica-se claramente o uso de argumentos consequencialistas, uma vez que o relator buscou trazer estudos científicos e a informação acerca dos impactos das possibilidades trazidas pelas partes.

O STF decidiu pela necessidade de se revisar a legislação sempre que o progresso científico assim o demandar, o que está prevista como princípio na Convenção n. 162 da OIT de 1986. Diante de novas pesquisas realizadas sobre o amianto que demonstraram o seu caráter altamente nocivo, o STF declarou a inconstitucionalidade superveniente da Lei n. 9.055/1995.

No julgamento proferido em agosto de 2017, foram consideradas as consequências da utilização do amianto, e apontada como fundamento a nova realidade fática demonstrada pelos mais recentes estudos científicos, que refletiam os posicionamentos oficiais dos órgãos nacionais e internacionais ao indicarem não ser seguro a sua utilização. Eis parte do fundamento da ADI 3937/SP:

3. O art. 1º da Lei Federal n. 9.055/1995 proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila. Em seu art. 2º, a lei autorizou a extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco) na forma definida na lei. Assim, se a lei federal admite, de modo restrito, o uso do amianto, em tese, a lei estadual não poderia proibi-lo totalmente, pois, desse modo, atuaria de forma contrária à prescrição da norma geral federal. Nesse caso, não há norma complementar, mas norma contrária/substitutiva à lei geral, em detrimento da competência legislativa da União.

4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal n. 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador.

[...] 9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito *erga omnes* e vinculante.

Neste caso, foram utilizados argumentos consequencialistas, inclusive, já mencionados antes mesmo de a Lei n. 13.655/2018 entrar em vigor, além da possibilidade de uma nova abordagem da sua constitucionalidade, tendo em vista a modificação de ordem fática e a apresentação de novos estudos científicos.

Em outra decisão proferida pelo STF na ADI 6.148/DF, com julgamento concluído em 5-05-2022, a Corte reconheceu a constitucionalidade da Resolução n. 491 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que dispõe sobre a qualidade do ar, mas declarou

que estava em vias de se tornar inconstitucional, além de conceder o prazo de 24 meses para a edição de nova resolução em razão da realidade fática.

Na ADI intentada pela Procuradoria Geral da República, questionou-se o conteúdo da Resolução por não proteger suficientemente o meio ambiente ecologicamente equilibrado, afrontando, assim, o art. 5º, XIV, e os arts. 196 e 225 da CF/1988. No julgamento, o STF deliberou não caber ao Judiciário adentrar ou substituir a administração, quando fundada a fixação da política pública em estudo técnico, menos ainda o permanente e incidente escrutínio do Poder Judiciário sobre o administrador. A partir dessas premissas, o STF reconheceu a necessidade de um novo estudo, apontando a necessidade de diretrizes que devem se valer das orientações da OMS.

Na ementa, consignou-se que a norma estava em vias de se tornar inconstitucional, diante da necessidade de se adequar às diretrizes fixadas pela OMS, e reconheceu-se o avanço trazido pela Resolução CONAMA n. 491. O STF, todavia, esclareceu que as medidas administrativas devem se atentar para a situação fática, e que o Poder Judiciário deve ter cautela com esse aspecto. Isto porque, os fatos e os estudos científicos devem trazer uma nova interpretação jurídica e, por consequência, novas consequências fáticas devem sempre ser consideradas, conforme se vê da ementa abaixo:

5. Em se tratando de tema de complexa e controvertida natureza técnico-científica, cabe ao Poder Judiciário atuar com ainda maior deferência em relação às decisões de natureza técnica tomadas pelos órgãos públicos com maior capacidade institucional para o tratamento e solução da questão.

6. Eventual atuação desta Suprema Corte no sentido de rever os critérios que redundaram na opção empreendida pelo CONAMA dependeria de manifesta falta de razoabilidade, de ausência de justificação ou de evidente abusividade na escolha empreendida pelo Administrador, não sendo este o caso dos autos.

7. A Organização Mundial da Saúde (OMS) indica que as diretrizes por ela traçadas não devem ser aplicadas automática e indistintamente, devendo cada país levar em conta os riscos à saúde, sua viabilidade tecnológica, questões econômicas e fatores políticos e sociais peculiares, além do nível de desenvolvimento e da capacidade de cada ente competente para atuar na gestão da qualidade do ar.

8. Sob a ótica do desenvolvimento sustentável, é necessário que sejam consideradas, pelo órgão regulador, o estágio mais atual da realidade nacional, das peculiaridades locais, bem como as possibilidades momentâneas de melhor aplicação dos primados da livre iniciativa, do desenvolvimento social, da redução da pobreza e da promoção da saúde pública, como elementos de indispensável consideração para a construção e progressiva evolução da norma, de forma a otimizar a proteção ambiental, dentro da lógica da maior medida possível.

As decisões mencionadas reforçam a importância do contexto, que poderá levar à constitucionalização superveniente em razão da modificação fática. Por isso, o julgador deve ser cuidadoso ao analisar estudos científicos, uma vez que, embora eles se apresentem como

algo indubitável, podem ser modificados em razão de novas e mais recentes investigações científicas.

Diante disso, as decisões do STF demonstraram a força da prova científica, mas, ao mesmo tempo, constataram que ela não pode ser definitiva. Eis um dos grandes pontos aqui levantados: é necessário analisar as consequências práticas, mas, ao mesmo tempo, ter ciência de que elas refletem o contexto de uma época, e que podem ser alteradas se os fatos se modificarem.

3 ANÁLISE CRÍTICA E PERSPECTIVAS DE SUPERAÇÃO (RISCOS E UTILIDADE)

3.1 Riscos processuais existentes – interpretação conjunta com o art. 489, § 1º, do CPC/2015 – contraditório

3.1.1 Interpretação conjunta dos arts. 20 e 21 da LINDB com o art. 489, § 1º, do CPC/2015

Neste capítulo, o objetivo é identificar os riscos presentes na utilização dos arts. 20 e 21 da LINDB, como superar cada um deles, além de avaliar se os dispositivos podem ser considerados um avanço e se a sua aplicação é benéfica para o direito brasileiro.

O primeiro ponto aborda a incidência dos arts. 20 e 21 da LINDB conjuntamente com o art. 489, § 1º, do CPC/2015, pelo qual se pretende avaliar se a Lei tem ou não efetividade e quais são os instrumentos processuais disponíveis para assegurá-la.

No capítulo anterior, apresentou-se o momento histórico do surgimento da Lei 13.655/2018, e os principais questionamentos relacionados aos seus arts. 20 e 21, que exigem a delimitação das consequências da decisão nas esferas administrativa, controladora e judicial.

O Judiciário analisa o processo com base nas provas produzidas e, nesse ponto, no direito público, ao decidir sobre uma questão já apreciada pelo administrador, parte do pressuposto de que os termos traçados pelos arts. 20 e 21 já foram verificados no âmbito da área administrativa e controladora.

Conforme explanado, a motivação para se elaborar o Projeto de Lei que redundou na Lei n. 13.655/2018 foi o controle excessivo que, nos dias de hoje, acarreta um temor do administrador em decidir com receio de ser processado em razão de eventual erro perpetrado. É o que Rodrigo Valgas Santos denomina *Direito Administrativo do Medo*¹⁴⁴.

No entanto, a Lei n. 13.655/2018 fixou a obrigatoriedade também de o administrador decidir analisando as consequências práticas quando se pautar em valores jurídicos abstratos, além das consequências jurídicas e administrativas quando da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Nesse sentido, considera-se que, na fase judicial, o processo já virá, ou deveria vir, com análises e ponderações do administrador, todas feitas no instante em que deliberou sobre o

¹⁴⁴ “Por *Direito Administrativo do Medo* queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-5.3 (*ebook*).

melhor caminho a tomar, considerando os dados coletados ou que deveria ter coletado à época da decisão.

O administrador tem o ônus argumentativo de, diante das alternativas existentes à época, demonstrar todas as circunstâncias consideradas e a motivação que o levou a decidir daquela forma, sob pena de a decisão ser considerada ilegal. Os órgãos de controle e o Judiciário, ao revisarem um ato administrativo apurando responsabilidade do administrador, precisam se atentar para o momento em que fora proferido, o cenário no qual as consequências foram analisadas, e se existia ou não a possibilidade de uma previsão ampla. Por essa razão, a motivação é imprescindível, pois trará toda a fundamentação necessária à análise do caso¹⁴⁵.

Na definição de qual política pública deve ser adotada, por exemplo, deve constar no processo administrativo as situações encontradas, os possíveis caminhos existentes e as fases percorridas pelo administrador, identificando no caso concreto suas consequências práticas (art. 20 da LINDB) ou jurídicas e administrativas (art. 21 da LINDB).

Edison Vitorelli, ao tratar do impacto da LINDB na decisão administrativa e seus atos discricionários, exemplifica descrevendo situação em que o Município deva decidir entre a construção de um pórtico e uma creche. Primeiramente, qualquer possibilidade não importaria em ilegalidade, mas diante da análise das consequências práticas, não há como negar a dificuldade de se superar a conveniência e a oportunidade da construção de uma creche. Nessa circunstância, é possível dizer que haveria uma ilegalidade na escolha do pórtico diante do art. 20 da LINDB¹⁴⁶.

O art. 15 do CPC/2015 já apontava para a possibilidade de utilização supletiva e subsidiária das disposições do CPC/2015 no processo administrativo, ou seja, a utilização supletiva do art. 489 do CPC/2015 já exigia uma decisão motivada na esfera administrativa, evitando o uso de conceitos indeterminados sem a justificativa correspondente para sua aplicação no caso concreto.

No entanto, a disposição dos arts. 20 e 21 da LINDB não permite mais qualquer questionamento quanto à exigência no processo administrativo de se firmar as consequências práticas da decisão fundamentada em valores jurídicos abstratos. Essa disposição se reflete diretamente na esfera judicial, uma vez que ao analisar a decisão administrativa, esse é o

¹⁴⁵ VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio-ago. 2020.

¹⁴⁶ VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio-ago. 2020.

primeiro aspecto a ser considerado. O fundamento da decisão judicial pode ser exatamente a ausência da motivação demonstrada pela esfera administrativa ou controladora.

Apresentado esse primeiro aspecto, com mais fundamento é necessário, na esfera judicial, proceder a interpretação conjunta dos arts. 20 e 21 da LINDB com o art. 489, § 1º, do CPC/2015.

A previsão trazida no CPC/2015 decorre do preceito constitucional contido no art. 93, IX, qual seja, que os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ter decisões fundamentadas sob pena de nulidade. Já o art. 489, § 1º, do CPC/2015 trouxe um verdadeiro roteiro sobre como proceder na elaboração da decisão judicial, fixando no inciso II que a decisão não será considerada fundamentada “quando empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Fredie Souza Didier Júnior e Rafael Alexandria Oliveira observam que o art. 20 “funciona como mais um parágrafo ao art. 489 do CPC”, uma vez que estabelece um postulado normativo, além de fixar que a ausência da sua observância no momento da decisão pode caracterizar uma fundamentação deficiente¹⁴⁷. Defendem, ainda, que a ausência da motivação prevista no parágrafo único do art. 20 pode dar ensejo, inclusive, à distribuição dos embargos de declaração.

Segundo os autores, o art. 20 acrescenta que o julgador deve considerar cada um dos sentidos possíveis e presentes nos autos, além de demonstrar que avaliou essas consequências proporcionalmente¹⁴⁸. Registra-se, por oportuno, que a fundamentação das consequências é uma exigência da LINDB, ou seja, sua ausência impacta diretamente na nulidade da sentença em razão dessa deficiência, nos moldes do CPC/2015 e da CF/1988.

Como dito, o art. 489, II, do CPC/2015 delimita que não será considerada fundamentada a decisão que empregar conceitos jurídicos indeterminados. A expressão “valores jurídicos abstratos” prevista no art. 20 da LINDB que, como se viu, traz normas ou princípios de conceitos indeterminados, converge com o termo “conceitos jurídicos indeterminados”, previsto no inciso II do CPC/2015. Nas duas hipóteses normativas, exige-se verificar sua incidência no caso concreto.

¹⁴⁷ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 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. 143-160.

¹⁴⁸ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 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. 143-160.

Diante disso, fica clara a intenção de se evitar decisões abstratas e genéricas, “impondo ao órgão jurisdicional o dever de levar em consideração as circunstâncias do caso concreto”¹⁴⁹, quando diante de valores abstratos, conceitos jurídicos indeterminados.

Por fim, não se nega que, no momento da decisão, a motivação é necessária, sob pena de nulidade. Essa circunstância leva ao surgimento de algumas dificuldades importantes a serem consideradas visando evitar a utilização desmedida da norma com base em questões não discutidas nos autos.

3.1.2 Observância do contraditório e prova produzida nos autos

Os questionamentos trazidos pelas instituições quando da tentativa de evitar a sanção do projeto que redundou na Lei n. 13.655/2018 indicavam o receio de que a Lei imporia um ônus exacerbado ao magistrado, uma vez que deveria ponderar sobre as consequências práticas, indicar possíveis alternativas e as condições para se regularizar a invalidade declarada considerando as peculiaridades do caso.

As dificuldades para se aplicar integralmente os arts. 20 e 21, se colocados fora de um sistema constitucional, são muito grandes, uma vez que as condições técnicas para isso podem acarretar a aplicação discricionária e sem a fundamentação baseada na prova produzida nos autos.

Georges Abboud propõe uma hermenêutica integrativa para se entender a utilização do consequentialismo previsto na LINDB como “elementos normativos do sistema aptos a proporcionar mecanismos de controle e calibragem da decisão judicial”¹⁵⁰. Essa hermenêutica integrativa afastaria a possibilidade de discricionariedade. Para o autor, uma das premissas para sistematizar a LINDB é entender que os arts. 20 e 21 trouxeram a necessidade de uma melhor argumentação das partes. A partir dela, deve-se expor na inicial ou na contestação, os fundamentos dos seus pleitos, trazer os motivos pelo qual a medida defendida é melhor dentre as possibilidades existentes, e requerer a produção de provas que permitam aplicar os arts. 20 e 21 da LINDB¹⁵¹.

¹⁴⁹ PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 99-120. São Paulo, nov. 2019.

¹⁵⁰ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 394.

¹⁵¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 395.

Antônio Veloso Peleja Júnior, ao tratar da atividade criativa judicial, afirma que a discricionariedade na decisão deve ser regrada, não podendo o juiz atuar de forma livre, pois há limites processuais e substanciais para essa atuação¹⁵².

Partindo da premissa de que são necessários argumentos mais densos a serem produzidos pelas partes, o que se afirma é que as provas devem estar nos autos, ou já especificadas na decisão administrativa que se pretende rever, ou apresentadas na inicial ou contestação.

Não se pode exigir análise de questão que não foi produzida. A decisão deve refletir o ambiente dialógico do processo e a motivação deve percorrer um caminho a demonstrar os fundamentos que lhe serviram de base, evitando-se, assim, a discricionariedade do julgador. Significa dizer, por exemplo, que não basta afirmar na decisão a existência do interesse público com base no impacto orçamentário causado ao Estado. Há que se demonstrar nos autos, com base nas provas produzidas, todas as hipóteses existentes e justificar o motivo de se tomar a decisão na escolha de uma delas.

Nos termos previstos no CPC/2015, admite-se toda modalidade de provas para demonstrar as consequências existentes. A documental pode ser trazida por meio de notas técnicas produzidas pelo órgão ou instituição especializada, relatórios orçamentário e financeiro, pareceres referentes a temas específicos, dentre outras.

As provas testemunhal e pericial também podem ser relevantes. A pericial, inclusive, necessária em muitas demandas, utilizada especificamente para demonstrar eventuais consequências e trazer as hipóteses existentes.

A produção dessas provas em juízo, em regra, já vem acompanhada do contraditório e ampla defesa, com previsão expressa de manifestação da parte contrária quando da juntada da prova documental e o efetivo acompanhamento na produção da prova testemunhal e pericial.

Convém, agora, tratar especialmente do uso de estudos empíricos como meio de prova. A apresentação daqueles estudos que abordem as consequências de uma decisão a ser tomada deve ser considerada benéfica, pois não há como exigir que o julgador tenha domínio científico ou possua todos os dados técnicos sobre assuntos geralmente relativos a outras áreas de conhecimento.

No entanto, é necessário demonstrar a metodologia empregada, principalmente, disponibilizar o estudo para a manifestação das partes, aplicando efetivamente a garantia constitucional do contraditório.

¹⁵² PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Sentenças aditivas & jurisdição constitucional**: a performance diferenciada do juiz constitucional. Curitiba: Juruá, 2017.

Nesse contexto, Rodrigo Brandão e André Farah analisam três casos decididos pelo STF nos quais investigações empíricas foram utilizadas para fundamentar a decisão, sem, no entanto, ser dado conhecimento prévio às partes no processo: 1) o caso do início da execução da pena a partir da decisão condenatória de segundo grau de jurisdição; 2) o caso do indulto presidencial (governo Michel Temer) e 3) o caso do ensino domiciliar¹⁵³.

Para fins dessa dissertação, que tem como objetivo versar sobre a aplicação das consequências no direito público, convém trazer alguns elementos citados pelos autores no caso do ensino domiciliar (Recurso Extraordinário n. 888.815/RS, no qual se discutiu a possibilidade do ensino domiciliar). O recurso decorre de um Mandado de Segurança oriundo da comarca de Canela/RS, no qual a Secretaria Municipal de Educação do Município impediu a educação domiciliar recomendando a matrícula do aluno na rede regular de ensino.

Na decisão, não houve menção expressa à LINDB, mas foram analisadas as consequências com fundamento em dados empíricos. Nesse particular, os Ministros Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio apresentaram estudos e dados concretos. Os expostos pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio indicaram os autores, mas não a metodologia ou as conclusões. Nas três decisões, Rodrigo Brandão e André Farah afirmam não se ter notícia de que houve ciência e oportunidade às partes para estudo prévio dos dados apresentados. Na mesma situação, apontaram que o empirismo é relevante na análise das consequências, pois necessário em determinadas situações um estudo do caso concreto para se evitar o fundamento baseado em um desejo ou estado de espírito do julgador. Todavia, defendem a necessidade de se assegurar o contraditório e preservar a segurança jurídica, enfatizando que o valor fundamental da não surpresa tem raiz constitucional¹⁵⁴.

De fato, a postura, ainda que baseada em investigação empírica, pode trazer à tona apenas um lado do caso em juízo. É justamente aí que as partes podem contribuir, impugnando e trazendo um novo estudo ou uma nova visão sobre o apresentado. Mas, para isso, é preciso garantir o seu direito ao contraditório.

Pondere-se que, caso as partes não tragam as provas ou se insuficientes, o juiz poderá delimitá-las para comprovar as consequências expostas (art. 357, II e III, do CPC/2015).

¹⁵³ BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71771/42003>. Acesso em: 24 fev. 2023.

¹⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71771/42003>. Acesso em: 24 fev. 2023.

O caminho mencionado inibe a decisão sem abrir o contraditório, momento oportuno para o diálogo, evitando-se a surpresa e permitindo, desta forma, um controle mais amplo pelas partes.

3.2 Risco na forma pela qual o argumento consequencialista está sendo produzido e decisão integrativa

3.2.1 Análise das consequências da decisão sem motivação

Quando se analisa o risco de se utilizar argumentos consequencialistas, observa-se que a omissão pode levar à nulidade de uma decisão em razão da deficiência de fundamento (art. 489, § 1º, do CPC/2015). A legislação impôs a necessidade de se apresentar uma fundamentação qualificada, a demonstrar, para todas as esferas (administrativa, controladora e judicial), como ela foi construída, conforme as provas nos autos submetidas ao contraditório. Ainda assim, há o risco de o dispositivo não produzir o efeito desejado.

A norma trazida no art. 20 da LINDB veio evitar a utilização do fundamento “valores jurídicos abstratos”, sem considerar as consequências práticas dessa decisão, procurando dar uma densidade maior à fundamentação e inibir o uso de termos vagos dissociados do caso concreto, ou que não tivessem sua existência demonstrada nos autos. Não se trata de impedir a utilização de argumentos com valores jurídicos abstratos, até pelo fato de existirem na legislação brasileira normas com conceitos vagos e indeterminados, mas, sim, de obrigar a se analisar as consequências práticas dessa conduta.

Tereza Arruda Alvim entende que essa indeterminação presente na legislação brasileira é uma técnica legislativa que abarca situações nas quais não existe concretude no momento da decisão, ou seja, é mais recomendável do que se utilizar conceitos certos e determinados¹⁵⁵.

Como mencionado, impossível ao legislador disciplinar todas as relações humanas, por isso, os conceitos vagos possibilitam uma interpretação mais atual, que não pode ser entendida como carta branca para a sua interpretação discricionária.

Ocorre que, se não forem percorridos todos os caminhos mencionados nesta pesquisa, o consequencialismo poderá ser utilizado indevidamente, deslocando-se a abstração para o momento da delimitação da consequência prática. A necessidade da motivação, destacada no

¹⁵⁵ Tereza Arruda Alvim *apud* ABBOD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 396.

parágrafo único do art. 20, é essencial para se afastar a discricionariedade ou a criatividade do julgador.

A LINDB foi pensada visando trazer mais segurança jurídica, com mecanismos para evitar a utilização indiscriminada de valores jurídicos abstratos. Essa utilização, no entanto, deve ser criteriosa, feita por meio de diretrizes, sob pena de transferir a abstração para o momento de se analisar as consequências.

José Vicente Santos de Mendonça apresenta como ganho a aplicação do art. 21 da LINDB, ainda que decorrente da alteração do estilo da decisão, ou seja, ainda que não se tenha uma decisão com uma fundamentação melhor elaborada, por entender que “a retórica das consequências é melhor do que a retórica dos princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser verificada/falseada”¹⁵⁶.

Independentemente do entendimento de José Vicente Santos de Mendonça, a utilização dos arts. 20 e 21 da LINDB só se justifica se advinda com a observância de critérios, amparados na CF/1988, não se prestando também a ser usada “como subterfúgio para o julgador adaptar a legislação ao que ele considera juridicamente mais adequado”¹⁵⁷.

Nesse ponto, vale lembrar o conceito de “consequencialismo à brasileira” trazida por Luis Fernando Schuartz, que o classificou como algo festivo, militante e malandro. O autor demonstra preocupação em se utilizar de forma superficial e seletiva a literatura norte-americana, por exemplo, a análise econômica do direito (festivo), ou ancorando posicionamentos pessoais em princípios constitucionais (militante) e, como terceira modalidade, criando ou redesenhando uma norma jurídica (malandro)¹⁵⁸.

A Lei n. 13.655/2018, que alterou a LINDB, veio impedir que o consequencialismo seja utilizado nas formas mencionadas por Luis Fernando Schuartz, evitando, assim, a discricionariedade do julgador, a reforçar que a aproximação do julgamento com o caso concreto, nos termos da LINDB, diminui o risco de uma argumentação discricionária.

José Vicente Santos de Mendonça escreveu sobre qual poderia ser o futuro do projeto de lei que redundou na alteração da LINDB. Analisou, ainda, o art. 20 e trouxe possíveis cenários os quais denominou de “dois futuros (e meio)” do projeto¹⁵⁹.

¹⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

¹⁵⁷ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 380.

¹⁵⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, p. 130-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023, p. 130-158.

¹⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. *In:*

No primeiro deles, imagina que o art. 20 transformaria a atuação administrativa e judicial, que as autoridades decidiriam “vinculados à consideração e à medição das consequências práticas de suas decisões”. Com a aplicação do artigo, imagina um cenário menos ativista. No entanto, não se mostra otimista pelos seguintes motivos: o fato de se retirar poderes da autoridade por meio de interpretação de lei (aponta que essa foi justamente a hipótese que levou ao estado de coisas); a lei pode ajudar ou atrapalhar, mas a cultura do empoderamento verificada, por exemplo, no Ministério Público, não se muda apenas com a modificação legislativa; por fim, dificuldades técnicas em se definir o que é uma consequência prática, como podem ser comparadas ou medidas com critérios de orientação.

O segundo futuro imaginado pelo autor diz respeito à retórica das consequências. O autor acredita que esse seja o modelo mais provável, pelo qual o art. 20 traria a obrigação de se decidir medindo as consequências práticas como necessidade de se incorporar à gramática alguma cogitação sobre consequências práticas (não necessariamente o dever real de se medir as consequências). Esse é um futuro no qual acredita, pois mantém o poder junto às autoridades, sem a necessidade de superar as dificuldades técnicas de uma motivação que enfrente um consequencialismo efetivo.

Por último, apresenta o que denominou de meio futuro, no qual ocorreriam inclinações pragmáticas e mudanças de cultura. Nesse aspecto, reafirma não crer no primeiro futuro, mas o juiz, ao se deparar com a obrigação de buscar as consequências práticas, estaria sendo “educado e constrangido por uma nova gramática”¹⁶⁰. A mudança da gramática pode levar à mudança da cultura, indicando novos caminhos que obriguem a todas as esferas a pensar e decidir sobre as consequências de suas decisões.

As ponderações trazidas por José Vicente Santos de Mendonça estão muito presentes em algumas decisões judiciais, a exemplo das proferidas pelo STF, que demonstram o uso indevido das consequências práticas. O esforço de se buscar argumentos mais densos e de se verificar se esses argumentos estão sendo de fato aplicados poderá ser medido com o transcorrer dos anos, analisando-se as decisões proferidas nas três esferas (administrativa, controladora e judicial).

MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34.

¹⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 31-34.

Nesse momento, alertar sobre uma possível má utilização das consequências como argumento decisório é relevante para se avançar no propósito de se identificar as diretrizes para a incidência adequada dos arts. 20 e 21 da LINDB no caso concreto.

3.2.2 Argumentos consequencialistas e necessidade de integração

Ao se analisar o art. 20 da LINDB, observa-se a presença da teoria da argumentação de Neil MacCormick, uma vez que ela parte da necessidade de aplicar a norma vigente, para, em seguida, diante do caráter universal da decisão, aplicar os requisitos de uma argumentação que deve considerar as consequências dessa decisão, com coerência e coesão.

No momento da fundamentação, é necessário se preocupar com as decisões tomadas no passado, mantendo-se a coerência, mas olhar para o futuro, para que a sua decisão possa ser utilizada em casos semelhantes.

A teoria proposta por Neil MacCormick se adequa perfeitamente à busca de uma utilização correta dos arts. 20 e 21 da LINDB, pois está em consonância com a exigência de uma aplicação que deve considerar a integração com todo o sistema.

Com base no raciocínio apresentado por Neil MacCormick, Georges Abboud retoma o conceito de hermenêutica integrativa para reforçar a necessidade de uma fundamentação que abarque o disposto no CPC/2015, ou seja, que apresente argumentos e provas produzidas nos autos e, a partir delas, indique as consequências da decisão proferida, evitando, assim, a discricionariedade.

Georges Abboud afirma que a hermenêutica integrativa traz como norte a utilização de argumentos consequencialistas para calibrar a atuação decisória:

A hermenêutica integrativa cumpre essencialmente o papel de reunir e interpretar da maneira, constitucionalmente adequada os elementos dispersos pelo ordenamento jurídico brasileiro que permitam uma melhor calibragem da atuação decisória, partindo de um bloco de legalidade que consideramos essencial, composto pelo CPC 489, § 1º e pela LINDB 20/30¹⁶¹.

Trilhando caminho semelhante, Marco Aurélio Marraffon afirma que a legitimidade pragmática deve considerar a compreensão da norma, além de analisar os fatos “a partir das

¹⁶¹ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 390.

provas produzidas, dos argumentos que sustentam as pretensões das partes e dos argumentos acerca dos efeitos sociais e influência política da decisão”¹⁶².

Marco Aurélio Marrafon menciona a importância de não se trazer fórmulas prontas para aplicação ao caso concreto, mas de se ter um processo argumentativo, uma racionalidade própria denominada hermenêutico-argumentativa ou hermenêutico-dialética. O julgador deve analisar o caso concreto com humildade, oferecer às partes a possibilidade de apresentar argumentos e provas que entenderem pertinentes. Marco Aurélio Marrafon alerta que a construção da verdade processual passa por esse caminho, não se podendo valer do que conceituou como “modernas pretensões universalizantes”, que servem para encobrir a discricionariedade ou a arbitrariedade¹⁶³.

Quando se trata de argumentos consequencialistas firmados na decisão, há o risco desses argumentos serem postos como forma de validar as concepções políticas ou sociais do julgador utilizando-se de princípios fundamentais, daí a necessidade de uma hermenêutica-argumentativa¹⁶⁴.

Os posicionamentos acima reforçam a premissa de que o julgador não está livre para construir uma decisão de acordo com sua conveniência. A integridade e a coerência apontadas acima, dispostas no art. 926 do CPC/2015, indicam que o julgador deve buscar a solução dentro do direito, não podendo atribuir sentido a um conceito indeterminado fora do que já se definiu sobre o assunto. Independentemente disso, existe uma dificuldade prática se considerados fatores referentes à crescente judicialização das relações sociais, especialmente no que tange às políticas públicas.

Como visto, o medo do administrador em proferir sua decisão, ou mesmo condicioná-la ao que já vem sendo decidido pelos órgãos de controle, leva pleitos a serem negados pelo administrador ou sequer analisados. A alteração trazida pela LINDB ainda não foi medida de forma a se identificar o seu impacto na administração pública.

Em um país continental, seria importante a elaboração de um estudo que apresentasse dados considerando a situação dos Municípios de diferentes portes, pois Municípios menores

¹⁶² MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 185.

¹⁶³ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 192

¹⁶⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

podem não ter as mesmas condições técnicas que permitam uma resposta ou uma análise apurada do que se pretendeu trazer com os arts. 20 e 21 da LINDB.

Esse é um desafio que chega ao Poder Judiciário quando os autos retratam esse déficit argumentativo já na fase administrativa. Evidentemente, não é possível ao legislador, em uma lei nacional, elencar as situações existentes e suas inúmeras variações, portanto, a consequência prática deve ser analisada em um contexto específico, com apuração dos dispositivos normativos existentes, inclusive e principalmente no Município, que pode levar a caminhos diferentes exatamente diante das particularidades da comunidade em que está inserida.

É o que Marco Aurélio Marrafon argumenta, isto é, não se pode criar uma fórmula pronta que possa ser aplicada em todos os casos, mas é necessário esmiuçar o caso a partir de argumentos que demonstrem como se chegou à decisão administrativa. No caso do Judiciário, essa situação também ganha relevância, sob pena de trazer mais insegurança no direito público.

A proposta trazida por Neil MacCormick pode ser identificada na mitigação dos riscos já elencados nesta pesquisa, além de contribuir para justificar os raciocínios trazidos por Georges Abboud e Marco Aurélio Marrafon.

A hermenêutica integrativa (Georges Abboud) ou a hermenêutica-argumentativa (Marco Aurélio Marrafon) podem ser acomodadas no pensamento de Neil MacCormick, uma vez que, ao se referir à coesão, Neil MacCormick alerta não ser possível admitir que ao se tomar uma decisão exista uma contradição com normas já estabelecidas. Ao tratar da coerência, identifica ser necessário investigar se os fatos trazidos têm algum sentido quando analisados conjuntamente. Necessário averiguar as normas e os princípios que possam ser aplicados, no contexto de um sistema jurídico, de forma a possibilitar a utilização de critérios apropriados.

As consequências devem ser firmadas nesse contexto, buscando-se evitar criar decisões com fundamento em percepções pessoais, sem fundamento na prova dos autos ou no sistema jurídico existente.

3.3 Decisões do STF em que se analisou as consequências com fundamento na LINDB

3.3.1 O caso da decisão do STJ que, em recurso repetitivo, estendeu a quem detém o benefício da pensão por morte o benefício do art. 45 da Lei n. 8.213/1991 (Agravado regimental na Petição 8.002/RS)

Trazer o entendimento do STF quanto à análise e aplicação de argumentos consequencialistas é relevante, pois, suas decisões irradiam e consolidam entendimento em todas as áreas do sistema de justiça. Ressalta-se que as decisões eleitas para discussão neste

trabalho têm a LINDB como fundamento, daí a importância de se apresentar como os argumentos consequencialistas foram desenvolvidos nestes julgamentos.

No agravo regimental interposto na Petição 8.002/RS, o STF analisou a situação pautado na análise das consequências, firmando na ementa o seguinte:

PETIÇÃO PARA CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO. “AUXÍLIO-ACOMPANHANTE”. ART. 45 DA LEI 8.213/91. APLICAÇÃO DIRETA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. *FUMUS BONI IURIS* QUANTO À ADMISSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADO. RISCO DE IMPACTO BILIONÁRIO SOBRE AS CONTAS PÚBLICAS. SUSPENSÃO DE TODOS OS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O TEMA EM TERRITÓRIO NACIONAL. POSSIBILIDADE. ARTS. 1.029, § 5º, I, 1.035, § 5º, 301 E 923, II, DO CPC/2015. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

O Art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei n. 13.655/2018), dispõe *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”.

O Magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos. Doutrina: POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 60-64.

.....
7. *In casu*: (i) os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4ª Região invocaram os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB) e da isonomia (art. 5º, *caput*, CRFB), para estender o adicional de assistência permanente previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 a beneficiários diversos dos aposentados por invalidez, indicando o *fumus boni iuris* quanto à admissão do Recurso Extraordinário; (ii) o risco de lesão grave a ser afastado com a suspensão dos processos que versem sobre a controvérsia debatida nos autos consiste no impacto bilionário causado aos já combalidos cofres públicos. (AG. REG. Na Petição 8.002 Rio Grande do Sul, Relator Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, 12.03.2019).

A decisão foi unânime em razão de uma decisão do STJ que, em recurso repetitivo, manteve decisão do TRF da 4ª Região. No caso, a parte aposentada por idade postulava que fossem estendidos a ela os benefícios previstos no art. 45 da Lei n. 8.213/1991, que, na sua dicção, trata exclusivamente dos que possuem aposentadoria por invalidez.

Em razão da decisão do TRF da 4ª Região, o INSS apresentou Recurso Especial em 19-09-2016 (n. 1.648.305-RS), de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, julgado em 22-08-2018 pelo STJ. Observa-se que a decisão do TRF da 4ª Região se deu antes da entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018 enquanto a decisão do STJ foi proferida, aproximadamente, cinco meses depois da sua promulgação.

A Ministra relatora negou o pedido, diante da ausência de previsão legal. No entanto, por maioria, venceu o voto divergente da Ministra Regina Helena Costa, que entendeu ser devido o acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/1991, a todos os aposentados

desde que comprovadas a invalidez e a necessidade da assistência permanente de terceiros, independentemente da modalidade de aposentadoria, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A decisão firmada no Resp. 1.648.305-RS foi submetida a julgamento pelo STF por meio de uma petição de concessão de efeito suspensivo a Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 1.209, § 5º, I, do CPC/2015. Em decisão monocrática, o relator Ministro Luiz Fux negou seguimento à petição, o que motivou a apresentação do Agravo Regimental.

Durante o julgamento do Agravo Regimental, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que o julgamento envolvia um processo individual de uma pessoa que precisa de assistência, motivo pelo qual entendia não ser possível a suspensão por não se tratar de hipótese extrema. Independentemente das ponderações apresentadas pelo Ministro Luís Roberto Barroso no início do julgamento, o Ministro Luiz Fux iniciou seu voto apontando que o fundamento do acórdão, tanto do TRF como do STJ, foram os princípios da dignidade da pessoa humana e isonomia, além dos direitos sociais, não se valendo do disposto no art. 45 da Lei n. 8.213/1991. Ponderou, ainda, que no agravo regimental, foram apresentadas informações do Ministério da Fazenda de que o uso desse benefício fora da hipótese prevista no art. 45 da Lei n. 8.213/1991, levaria a uma despesa anual na ordem de R\$ 7,15 bilhões, desconsiderada no momento da decisão do STJ, além da discussão em curso no país sobre a reforma da Previdência.

Na ementa do acórdão, observa-se que o Ministro Luiz Fux cita Richard Posner argumentando que o magistrado deve examinar as consequências da sua decisão. Nesse contexto, ao fundamentar seu voto, não detalhou a utilização do art. 20 da LINDB, mas deixou evidente que as ponderações que levaram ao acolhimento do pedido tiveram como sustentação o fato de as decisões anteriores terem se valido de princípios, sem analisar as consequências práticas da decisão, conclusão que ficou clara quando da elaboração e publicação do acórdão.

Sobre esse acórdão, Georges Abboud critica a argumentação utilizada no processo, apontando terem sido apresentados argumentos simplistas, que trazem uma falsa impressão do consequentialismo como mero rótulo. Como visto, o consequentialismo, tal como firmado nos dispositivos da LINDB, trouxe a necessidade de se apresentar uma argumentação qualificada. Não se pode usar dados empíricos, sem se aprofundar nas diversas dimensões apresentadas pelo caso concreto, para servir de fundamento da decisão, dando a entender que essa análise fora feita nos moldes do art. 20¹⁶⁵.

¹⁶⁵ ABOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 397.

O caso é importante para o estudo que aqui se apresenta, uma vez que se percebe a utilização de princípios na decisão do STJ, entendidos nos termos do art. 20 como valores jurídicos abstratos, sem maior fundamentação das consequências práticas que poderiam ser produzidas. O STF identificou o uso dos valores jurídicos abstratos e apontou as consequências práticas, o que motivou o acolhimento do agravo regimental, sem, no entanto, produzir uma motivação aprofundada, um dos riscos existentes na utilização de argumentos consequencialistas.

O processo estava em apenso ao RE 1.215.714, que foi devolvido diante do julgamento do RE 1.221.446, submetido ao regime da repercussão geral, originando o Tema 1.095.

Nos termos da teoria de Neil MacCormick, evidencia-se a conscientização do caráter universal na análise do caso, ainda que se estivesse em julgamento uma demanda envolvendo apenas uma pessoa física. Essa hipótese foi aventada, inclusive mencionada na fundamentação ao se indicar a consequência nas contas da União, caso o entendimento do STJ prevalecesse.

No que se refere à coerência e à coesão, não se vislumbrou na análise da decisão qualquer ponderação nesse sentido. Citou-se o dispositivo, como fundamento, mas sem a motivação necessária.

No mérito do julgamento do Recurso Extraordinário, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, não se utilizou os fundamentos da LINDB como razão de decidir, diante da inexistência de previsão legal para a extensão do benefício a todos os pensionistas. No entanto, aplicou-se a modulação dos efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015), mantendo o adicional ao beneficiário que o obteve por decisão transitada em julgado, sem impor a necessidade de se devolver os valores pagos àqueles que vinham recebendo o montante em razão de decisão precária.

No julgamento do mérito, entendeu-se que o benefício não poderia ser concedido por conta de ausência de previsão legal. Trata-se da aplicação da justificativa de primeira ordem de Neil MacCormick, hipótese em que não se deveria analisar as consequências.

Embora a modulação e sua aplicação com argumentos consequencialistas sejam melhor analisadas oportunamente, aqui já se tem um exemplo de como as consequências no caso concreto são consideradas, além da necessidade de se fixar um período de transição para os efeitos práticos de decisões dessa natureza.

3.3.2 O caso da cessão de *royalties* envolvendo o Estado do Paraná e a União (Ação Civil Originária 3.119)

A Ação Civil Originária n. 3119-PR foi apresentada pelo Estado do Paraná em face da União, na qual se discutiu sobre o contrato de cessão de *royalties* e compensações financeiras decorrentes de recursos hídricos.

O processo tramitou sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e foi julgado parcialmente procedente de forma unânime, condenando a União a restituir ao Estado do Paraná os valores repassados como *royalties* e compensações, diante do reconhecimento da onerosidade excessiva, em razão de fato superveniente, anormal e imprevisível.

Ao reconhecer esse fato na sua decisão, o relator afirmou ser possível transportar para os contratos firmados com base no direito público a teoria da imprevisão, visando reequilibrar o contrato circunstância esperado das partes por conta da boa-fé objetiva.

Invocando os princípios da justiça contratual e do equilíbrio econômico, trouxe também o preceito contido no art. 21, parágrafo único da LINDB, fazendo clara referência à deliberação expressa que determina uma regularização proporcional e equânime.

Saliente-se que não foram demonstrados os pontos para a utilização do parágrafo único do art. 21, embora tenha sido mencionado, pois, era necessário considerar o reequilíbrio contratual que seria mais benéfico às partes a simplesmente se resolver o contrato.

Ao se analisar o processo, identifica-se a relevância da aplicação do parágrafo único do art. 21, uma vez que a eventual declaração de nulidade acarretaria prejuízos que, no caso, podem ser melhor resolvidos utilizando o dispositivo que prevê a regularização.

No entanto, embora a decisão mencione o dispositivo da LINDB, não há como apontar se nela há a coerência e a coesão exigidas por Neil MacCormick, diante da falta de fundamentação necessária que permitiria uma análise mais aprofundada.

Nas questões relacionadas com o direito público, o artigo permite, em várias situações, se identificar o melhor caminho, evitando-se um ônus ou perdas anormais ou excessivas, nos moldes fixados no parágrafo único, mas sua utilização não pode se afastar dos ensinamentos trazidos por Neil MacCormick.

3.3.3 O caso da suspensão das retenções feitas pela União no repasse do FPE ao Estado de Rondônia (Embargos de Declaração na Ação Cautelar 3.637/RO)

Nos Embargos de Declaração na Ação Cautelar 3.637-RO, discutia-se a suspensão das retenções feitas pela União no repasse do FPE ao Estado de Rondônia. A cautelar foi julgada improcedente, provocando a interposição dos embargos de declaração.

Independentemente dos aspectos processuais, o embargante informou a impossibilidade fiscal e fática de pagamento, pugnano pela fixação de uma forma alternativa de pagamento.

Ao analisar os fatos apresentados, o relator do processo, Ministro Edson Fachin, examinou o caso concreto apresentado pelo Estado de Rondônia apontando que o art. 20 da LINDB, “consolidou, em algum grau, no ordenamento jurídico o dever de obediência às prescrições emanadas do consequencialismo jurídico como corolário necessário do princípio da segurança jurídica e do interesse social”.

Ao final, os embargos foram julgados parcialmente procedentes, determinando o pagamento em 24 parcelas do valor devido pelo Estado de Rondônia à União, que demonstrou a impossibilidade de fazê-lo na forma que estava sendo efetivado, sem prejuízo da implantação das políticas públicas.

Registra-se que a decisão não desobrigou o Estado de Rondônia pela dívida existente, mas recebeu os argumentos trazidos que apontavam as dificuldades orçamentárias e financeiras e acolheu o parcelamento da dívida, de forma a permitir que pudesse honrar a sua dívida, evitando maiores transtornos a todos.

Ao se analisar a decisão sob a ótica de Neil MacCormick, verifica-se no processo o caráter universal, uma vez que a decisão pode beneficiar não apenas o Estado de Rondônia, mas todos os entes federativos que estiverem na mesma situação. Não se descartou a legalidade, mas, ao se analisar as consequências, acolheu-se o pedido de pagamento parcelado da dívida.

Apontou-se o consequencialismo como corolário da segurança jurídica e interesse social, com a indicação clara de como se chegaria a essa segurança jurídica e em que consistiria o interesse social. Em relação à coerência e à coesão, ambos os fundamentos também ficaram evidentes na decisão.

Na fundamentação, o Min. Edson Fachin analisou as informações trazidas pela Secretaria do Tesouro Nacional, nas quais ficou demonstrado que o percentual da receita corrente líquida referente à dívida do Estado, corresponderia ao numerário referente à garantia do financiamento mínimo da saúde e da educação, concluindo que a execução da dívida sem parcelamento comprometeria a realização das despesas públicas correntes.

As duas últimas decisões trazidas indicam a aplicação da LINDB em casos envolvendo os entes da Federação, hipóteses nas quais foi possível analisar as consequências práticas, mantendo-se o contrato existente, mas utilizando as ponderações trazidas para dar uma solução que não prejudicasse o ente federado e a população. No entanto, registra-se que a decisão precisa ser promovida com a motivação nos termos contidos na teoria de Neil MacCormick, com fundamento da prova produzida nos autos.

3.4 Análise de argumentos consequencialistas quando da modulação dos efeitos

3.4.1 Aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 e do art. 927, § 3º, do CPC/2015

A Lei n. 9.868/1999, que dispõe sobre o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, traz em seu art. 27 a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando presentes as razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social¹⁶⁶.

A constitucionalidade deste artigo, no entanto, é questionada nas ADIs 2154 e 2258 – cujos julgamentos ainda não foram concluídos – apresentadas pela Confederação Nacional das Profissões Liberais e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob os argumentos de que seria contrário à isonomia, à legalidade e ao devido processo legal.

O art. 27 traz como um dos fundamentos para a modulação a necessidade de se verificar a presença de razões de segurança jurídica, expondo, desde então, a preocupação do legislador, explicitada também na ementa da Lei n. 13.655/2018.

Na área do direito público, objeto deste estudo, o desejo de se garantir a segurança jurídica é firmado em várias oportunidades. Todavia, o que se deve considerar é como identificar a forma pela qual é possível realmente garanti-la.

Nesse aspecto, a modulação tem se pautado em analisar as consequências da declaração de inconstitucionalidade no momento em que restringe os seus efeitos ou quando a declaração terá eficácia. Se entender inconstitucional a norma, o que, em um primeiro momento, tem efeito *ex tunc*, o art. 27 permitirá ao julgador avaliar quando se dará de fato os efeitos dessa declaração

¹⁶⁶ BRASIL. Lei n. 9.868/1999. “Art. 27. 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”.

mesmo que a inconstitucionalidade declarada não importe em pronúncia sobre a nulidade da norma, privilegiando a situação consolidada reconhecida inconstitucional.

Para o Ministro Gilmar Mendes, a fórmula trazida no art. 27 vem sendo adotada em sistemas constitucionais de vários países. Explica, ainda, que o princípio da nulidade só poderá ser afastado por um “severo juízo de ponderação” e que a motivação deve ser fundada no princípio da proporcionalidade, na qual fique clara a necessidade de prevalecer a segurança jurídica¹⁶⁷.

Essas consequências devem estar motivadas e, por isso, a necessidade de serem apuradas nos moldes já elencados quando da análise da LINDB. Percebe-se, também, sintonia com o art. 21 da LINDB, que determina à autoridade administrativa, controladora ou judicial, ao declarar a invalidação, indicar as consequências jurídicas e administrativas dessa decisão, além da forma pela qual se dará a regularização.

O art. 23 da LINDB também possui determinação que se amolda ao art. 27 da Lei n. 9.868/1999, pois impõe a necessidade de se prever um regime de transição quando a decisão “estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado” (art. 23 da LINDB). Assim, a abordagem desse tema nesta dissertação se justifica, pois, a partir daí, é possível verificar se há aplicação de argumentos consequencialistas, em razão da Lei n. 9.868/1999.

A relevância deste estudo pode ser considerada ainda maior, pois é possível extrair dele exatamente como estão se portando os Ministros do STF ao analisar as consequências, no caso, mais especificamente, no momento em que tiverem que aplicar a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

A modulação deve ser aplicada quando se constata que a segurança jurídica está em risco para as partes, ou seja, considera-se a situação concreta e as consequências práticas decorrentes da decisão. Na visão de Georges Abboud, a modulação é uma categoria consequencialista, pois cabe ao julgador estar atento para “as consequências de sua decisão como fator de análise de sua própria adequação constitucional”¹⁶⁸.

O posicionamento trazido até então revela a excepcionalidade do uso da modulação que, quando aplicada, demanda a demonstração, no caso concreto, de qual situação trará prejuízo à

¹⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina) (*ebook*), p. 2.561.

¹⁶⁸ ABOUD, Georges. Modulação dos efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema** – Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul.-dez. 2021.

segurança jurídica ou excepcional interesse social, avaliando as consequências da declaração de inconstitucionalidade.

Fernando Leal e Daniela Gueiros Dias, em estudo empírico, analisaram os julgamentos de direito tributário pelo STF (nov. 1999 a out. 2015), nas ações em que se discutiu a modulação dos efeitos da decisão¹⁶⁹.

Um dos motivos do estudo foi exatamente o fato de que os Ministros, na necessidade de modular, apresentam argumentos mais voltados e preocupados com as consequências das suas decisões. Dentre os 31 acórdãos analisados, constatou-se a utilização de argumentos consequencialistas em 25 deles. Dentre esses 25, apenas 5 fizeram referência a algum estudo, dado ou documento que serviu de embasamento para a decisão.

Com base na pesquisa empírica, os autores concluem:

Dessa forma, a hipótese de pesquisa é confirmada: a maior parte dos juízos prognósticos não são acompanhados de documentos, estudos ou dados capazes de lhes servir de suporte. Isto evidencia que grande parte das consequências que os ministros atribuem como sendo efeitos de suas decisões não vão além de meras instituições e suposições cuja concretização, no mundo real, talvez não seja certa ou mesmo possível¹⁷⁰.

De fato, são utilizados argumentos consequencialistas, mas, conforme se vê, sem a aplicação de uma metodologia definida que poderia ser entendida pela necessidade de se produzir prova e, assim, evitar decisões fundadas em suposições.

Esse é o grande desafio na aplicação dos arts. 20 e 21 da LINDB, ou seja, compreender como se dará sua aplicação ao longo do tempo no país e se sua utilização de fato será positiva. Passa-se, então, ao estudo de uma decisão do STF aplicável à situação debatida.

¹⁶⁹ 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, dez. 2017, p. 819-843.

¹⁷⁰ 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, dez. 2017, p. 831.

3.4.2 Análise dos argumentos trazidos no RE 628.075 do STF¹⁷¹

O julgamento do Recurso Extraordinário 628.075 pelo STF corrobora a afirmação de que, no momento da modulação, as consequências jurídicas devem ser consideradas nos moldes fixados na LINDB.

A matéria debatida nos autos diz respeito ao estorno proporcional de crédito de ICMS em razão de crédito fiscal presumido concedido por outro Estado sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), questionando se há violação ao princípio constitucional da não cumulatividade. Foi reconhecida a repercussão geral do caso.

O Ministro Edson Fachin, relator no processo, votou pela concessão da ordem mandamental, propôs fixar a tese que afirmava afronta à ordem constitucional a glosa do crédito de ICMS efetuada pelo Estado de destino.

O Ministro Gilmar Mendes apresentou voto divergente que acabou prevalecendo e se tornou relator do Acórdão. Seus argumentos destacaram a modulação dos efeitos, esclarecendo que ela pode ser efetivada tanto quando se tratar de controle concentrado como em controle difuso em decisão a ser proferida sob a sistemática da repercussão geral. Devem ser verificados a presença do interesse social e a necessidade de se garantir a segurança jurídica. O Ministro reforça ainda que, quando se está julgando processo em que se questiona um ato normativo que teve vigência e produziu efeitos, deve-se se atentar para a proteção dos fatos ocorridos em razão da presunção da constitucionalidade do ato normativo.

A matéria dos autos diz respeito ao estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, com informação nos autos acerca dos valores bilionários que representam e, por conseguinte, poderiam levar uma empresa à falência ou aumentar o déficit público.

No que se refere ao contexto fático, o Ministro Gilmar Mendes, ao se referir à necessidade de se ter em mente as consequências do julgamento, afirma dedicar atenção especial ao art. 20 da LINDB, “o qual expressamente determina que as consequências práticas das decisões judiciais sejam levadas em consideração pelo julgador”. Seus argumentos deixam clara a necessidade de se analisar as consequências práticas surgidas com o julgamento.

No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, embora citado o art. 20 da LINDB, não houve motivação mais aprofundada na decisão para concluir pela modulação, mas uma

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 628.075 Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Edson Fachin. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344565192&ext=.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2023.

ponderação sobre o mister constitucional do STF, que deve proteger os direitos fundamentais do contribuinte contra ação do fisco que destoe dos preceitos constitucionais, no mesmo instante em que deve primar pela defesa das competências constitucionais tributárias.

Essa ausência de uma motivação qualificada não impede o reconhecimento de que na decisão está presente o caráter universal. Destaca-se a necessidade de se garantir a segurança jurídica e o interesse social como fundamento para se utilizar o argumento consequencialista, sem indicar como se chegaria a essa segurança jurídica e em que consistiria o interesse social.

Nos autos, não foram trazidos fundamentos que pudessem indicar que houve coerência e coesão na decisão, não se aplicando, portanto, a teoria de Neil MacCormick. Independentemente dessa constatação, a decisão para a modulação considerou as consequências que poderiam surgir, fixando a LINDB como fonte a ser verificada e aplicada, devendo ser cada vez mais apurada a forma da sua utilização para evitar servir apenas como fundamento formal, sem apresentar de fato a motivação necessária a justificar a sua aplicação.

No caso dos autos, frise-se, a expressa menção à LINDB demonstra que a análise de argumentos consequencialistas no instante da modulação dos efeitos leva à conclusão de que impera a necessidade de uma motivação qualificada, na qual se demonstre quais foram os caminhos percorridos para se chegar à conclusão.

3.5 Consequencialismo e sua utilização no direito público brasileiro

3.5.1 “Consequencialismo à brasileira” e a LINDB

No primeiro capítulo deste estudo, foram apresentados posicionamentos de juristas brasileiros sobre o tema relacionado à utilização de argumentos consequencialistas pelo Judiciário. Naquele momento, buscou-se identificar os questionamentos efetuados, de maneira geral, não necessariamente na área do direito público, e antes mesmo da entrada em vigor das alterações na LINDB perpetradas pela Lei n. 13.655/2018.

Constata-se que, com a Lei n. 13.655/2018, o legislador procurou disciplinar a utilização dos argumentos consequencialistas, nas hipóteses previstas nos arts. 20 e 21 da LINDB, exigindo a sua utilização, mas trazendo também a necessidade de uma argumentação qualificada que apresenta sérios riscos de não ser obedecida.

Não é objeto desse estudo apontar de forma conclusiva a existência de um “consequencialismo à brasileira”, mas indicar “o risco” existente de sua aplicação, diante, antes de tudo, de uma ausência de aprofundamento quanto à análise teórica do instituto.

José Vicente Santos de Mendonça afirma que a utilização do consequencialismo no Brasil é um sucesso no meio jurídico, mas que se faz acompanhar de críticas. A primeira delas é que o consequencialismo ampliaria o ativismo, deixando a atuação de ser jurídica para ser política, militando contra a segurança jurídica e o equilíbrio das funções estatais. A segunda crítica é a ausência de métodos para se considerar as consequências, ao se apontar que os julgadores não possuem métodos seguros nem formação adequada para identificar e aplicar as consequências de suas decisões¹⁷².

José Vicente Santos de Mendonça responde a essas críticas afirmando que o ativismo já estava presente antes e além da utilização dos argumentos consequencialistas. Trata-se de um fenômeno global, que tem na inércia de outros poderes e na existência de textos normativos com conteúdo ou conceitos indeterminados, fatores importantes para o ativismo, ou seja, o consequencialismo jurídico não é a causa do ativismo¹⁷³.

Em relação ao método, o autor sugere a criação de uma estrutura institucional para se usar o argumento consequencialista, ao colocar como dever das partes indicarem as consequências e as fontes, abrindo-se o contraditório, além da utilização de mecanismos extraprocessuais. Em relação ao método, percebe-se indicações semelhantes às expostas nas seções anteriores, quando se trata da aplicação exclusivamente da LINDB.

A utilização de argumentos consequencialistas deve ser calcada em uma metodologia que, em um primeiro momento, a LINDB buscou trazer às situações as quais disciplinou. No caso do art. 20, a LINDB partiu da utilização na fundamentação de valores abstratos para a exigência de uma motivação que aponte as consequências práticas da decisão judicial, observando-se sempre as possíveis alternativas existentes.

A metodologia, no entanto, não impede que os argumentos consequencialistas retratem, na realidade, o pensamento do julgador a partir da visão do magistrado acerca da teoria constitucional. Marco Aurélio Marrafon faz esse alerta: as decisões podem vir em extensos arrazoados de retórica jurídica, mas, na realidade, servem para esconder as concepções políticas do julgador¹⁷⁴.

Segundo o raciocínio de Marco Aurélio Marrafon, essas concepções políticas presentes na sentença podem ser medidas a partir da análise apurada da construção da motivação da

¹⁷² MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, Rio de Janeiro, 2022, p. E71724.

¹⁷³ MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, Rio de Janeiro, 2022, p. E71724.

¹⁷⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 189.

decisão do julgador. Percebe-se essa situação quando há um desacordo entre o conteúdo da consequência e o que pensa o julgador e, no caso, “prevalece a concepção previamente detida pelo magistrado: se for comunitarista, valoriza argumentos comunitaristas; se for liberal, prefere argumentos liberais”¹⁷⁵. Evidentemente, a identificação da real motivação pode não ser tão fácil, mas esse fator reforça o posicionamento trazido por José Vicente Santos de Mendonça da necessidade de um método institucional.

No caso especificamente da LINDB, há o risco da utilização retórica do argumento, indicando a consequência prática sem, no entanto, a motivação para demonstrar como se chegou a essa conclusão. Essa utilização retórica pode ocorrer inclusive na esfera administrativa, pois não se deve desconsiderar as diferenças de estrutura técnica existentes entre os Municípios brasileiros. Afinal, questiona-se: seria possível exigir o mesmo rigor na apuração das consequências do ato quando analisado por um Município localizado no interior de Mato Grosso e o da capital, por exemplo?

As particularidades, a contextualização e a capacitação contínua de administradores, controladores e julgadores é fundamental para se evoluir de um período de adaptação para o de concretização, mas que, mesmo assim, pode não atingir todo o objetivo desejado pelos idealizadores da Lei n. 13.655/2018.

O que não se pode admitir é, simplesmente, “aplicar por aplicar” as consequências, citar dispositivos sem motivar esse ato. Independentemente disso, embora seja possível admitir que a motivação é deficitária, entende-se que se terá mais transparência e estará em obediência à CF/1988 e ao art. 489, § 1º, do CPC/2015, permitindo, inclusive, que as partes tomem ciência dos argumentos e possam questioná-los.

Evidentemente, a utilização dos argumentos consequentialistas nos moldes preconizados por Neil MacCormick é o ideal, mas as decisões trazidas neste estudo indicam exatamente o contrário. As análises das consequências não estão sendo efetivadas em conjunto com a coesão e a coerência. A aplicação dos arts. 20 e 21 da LINDB, nesse instante, tem servido para amparar decisões firmadas com fundamento em valores abstratos, mas sem a necessária motivação, como preconizada por Neil MacCormick.

Na realidade, o tempo é que trará uma conclusão exata de como se dará a aplicação do consequentialismo no Brasil nos termos fixados na LINDB.

¹⁷⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

3.5.2 A utilização dos arts. 20 e 21 da LINDB pode ser benéfica ao direito brasileiro?

Ao iniciar a presente seção, resgata-se a afirmação de que toda decisão traz consequências e tem um caráter universal, como mencionado por Neil MacCormick.

Os pontos trazidos nos capítulos anteriores demonstram a preocupação existente na utilização de argumentos consequencialistas sem a existência de um método que pudesse evitar o uso de concepções pessoais no momento do julgamento. Nesse contexto, a LINDB sendo aplicada conforme a CF/1988, com a motivação imposta nos arts. 20 e 21, é um instrumento para se evitar a discricionariedade, que passou a ser visto como mecanismo de redução da imprevisibilidade¹⁷⁶.

A previsibilidade, por sua vez, é exigência nas esferas administrativa, controladora e judicial, que permite a todos os interessados conhecerem os caminhos percorridos para se tomar uma decisão. Embora seja esse o esperado, sempre haverá o risco de as decisões apresentarem na fundamentação os dispositivos da LINDB sem, no entanto, a motivação nos moldes pretendidos pela legislação, conforme exemplos trazidos ao longo deste estudo.

A LINDB, no contexto em que será aplicada nos moldes constitucionais, revela-se um instrumento importante para que o direito público se pautem em decisões motivadas. As diretrizes apresentadas nos seus arts. 20 e 21 apontam para um caminho no qual a discricionariedade seja afastada, a partir do instante em que ao julgador é exigido que as consequências práticas identificadas estejam nos autos e tenham se submetido ao contraditório.

As dificuldades técnicas, diga-se de passagem, sempre existiram e não podem servir de desculpa para a não aplicação dos dispositivos da Lei. Na realidade, podem até servir para a ausência de motivação, ou seja, a utilização do argumento consequencialista de forma indevida, apenas para respaldar um posicionamento prévio existente com base em um sentimento pessoal, não científico.

A exigência de uma motivação qualificada vai demandar do sistema jurídico uma adaptação. Isto é, as partes devem trazer argumentos mais densos, fundamentados em provas já existentes ou a serem produzidas. O julgador, igualmente, deverá motivar a sua decisão e, no caso de invalidação, indicar a melhor forma para regularizar a situação.

Essa adaptação não é fácil, talvez nem se concretize na forma idealizada no momento da apresentação do projeto. O que se verifica hoje é a menção à LINDB quando se trata de argumentos consequencialistas, conforme demonstrado em algumas decisões do STF. Embora

¹⁷⁶ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 384.

essas decisões não apontem todas as possíveis alternativas existentes, já é um forte indicativo da importância da inclusão da necessidade das consequências na LINDB, tratando especificamente do direito público.

O transcorrer do tempo é que irá demonstrar se os arts. 20 e 21 vão modificar a aplicação de argumentos consequencialistas no direito brasileiro, mas, independentemente das críticas explicitadas neste estudo, pode ser reconhecidamente entendida como um passo importante.

Assim, a utilização de argumentos consequencialistas no direito brasileiro será benéfica desde que a teoria da argumentação apresentada por Neil MacCormick, juntamente com os parâmetros da hermenêutica integrativa, sejam seguidos. Significa que as consequências devem ser analisadas em um contexto no qual se verifiquem a coesão e a coerência da decisão.

CONCLUSÃO

A presente dissertação investigou a utilização dos argumentos consequencialistas no direito público diante da introdução normativa trazida pela Lei n. 13.655/2018.

No primeiro capítulo, aferiu-se o conceito do consequencialismo filosófico e jurídico para analisar também o utilitarismo e o pragmatismo, apresentando suas necessárias divergências com o consequencialismo. Fixou-se, ainda, o marco teórico a partir da teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick, segundo a qual a decisão tem um caráter universal e traz, como característica, a análise das consequências, a coesão e a coerência.

Ao se averiguar a utilização de argumentos consequencialistas no direito brasileiro, constatou-se que sua aplicação é muito anterior à alteração na LINDB, em todas as áreas do direito, com fundamento em estudos doutrinários sem, no entanto, apresentar uma metodologia a indicar a forma pela qual isso deve ser feito, constatação demonstrada em estudos empíricos, dois deles detalhados na dissertação. Verificou-se, ainda, em estudos elaborados por docentes, a investigação de questões posteriormente abordadas na Lei n. 13.655/2018.

Estudos realizados em conjunto pela SBDP, FGV Direito e USP foram determinantes para a construção do projeto de lei que redundou na Lei n. 13.655/2018. Apresentado ao Senado Federal, no entanto, ficou clara a ausência de uma maior discussão do projeto no Congresso Nacional, uma vez que para a única audiência pública realizada não foram convidados representantes dos órgãos de controle e da magistratura.

A Lei n. 13.655/2018 nasceu com o propósito de trazer mais segurança jurídica, embora traga, especialmente nos arts. 20 e 21, expressões em aberto que podem ampliar as dúvidas quanto à sua aplicação e, conseqüentemente, ampliar a insegurança jurídica.

A alteração da LINDB, antes mesmo de entrar em vigor, veio acompanhada de várias críticas, dentre elas, a afirmação que inviabilizaria a atuação dos órgãos de controle e do Poder Judiciário diante da ingerência direta no momento da decisão, além de trazer um ônus que mais se assemelha a uma consultoria ou a um exercício de futurologia.

Na investigação realizada nesta pesquisa, percebe-se que as críticas não procedem, pois não é possível apontar prejuízos à atuação dos órgãos de controle. O que ocorreu foi a exigência de uma fundamentação mais qualificada para as decisões.

Na Introdução desta pesquisa, foram elencadas as perguntas que se pretendia responder durante o desenvolvimento do estudo: É necessário fixar diretrizes mínimas a serem observadas pelo julgador quando da utilização de argumentos consequencialistas, diante do disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB? Quais seriam essas diretrizes? Pontuou-se, também, que seria possível

verificar se a LINDB impôs restrições à atuação do Poder Judiciário ou, ao contrário, trouxe a necessidade de uma argumentação qualificada.

Em relação à hipótese inicial, constatou-se que as decisões judiciais utilizam argumentos consequencialistas, mas sem a necessária motivação exigida pela LINDB. Para se chegar a essa conclusão, foram trazidas algumas decisões do STF que comprovaram a hipótese. Não há que se falar em ausência de um método, mas chama atenção as consequências serem mencionadas, sem, no entanto, se demonstrar se as alternativas disponíveis foram analisadas e qual teria sido o caminho percorrido para a motivação da decisão tal como fora proferida.

Percebeu-se a mesma conduta quando do uso de argumentos consequencialistas na declaração de inconstitucionalidade superveniente por modificação fática, e na aplicação da modulação com fundamento no art. 27 da Lei n. 9.868/1999.

Essa constatação coloca em risco a efetividade dos arts. 20 e 21 da LINDB, pois leva à possibilidade do deslocamento da abstração para a argumentação das consequências práticas, o que pode ser, inclusive, um fator determinante para aumentar a insegurança jurídica, situação que pode ocorrer diante da ausência de uma utilização integrada da LINDB.

Nesse aspecto, demonstrou-se a importância de se seguir os requisitos trazidos na teoria da argumentação de Neil MacCormick, segundo a qual a utilização das consequências deve ser efetivada conjuntamente com a verificação da coesão e da coerência.

Os estudos produzidos sobre o tema não indicaram que a LINDB trouxe restrições à atuação do Poder Judiciário. Também não foram identificados estudos empíricos elaborados com o objetivo de verificar se houve algum tipo de restrição, tema que merece maior aprofundamento em um doutorado ou na escrita de artigos científicos que poderiam apurar eventual “prejuízo”, ou se não houve qualquer alteração na interpretação e na utilização de argumentos consequencialistas por conta da eventual má utilização dos arts. 20 e 21 da LINDB.

A normatização trazida para a utilização das consequências estabeleceu a obrigação delas serem aplicadas em situações específicas, conforme indicam os arts. 20 e 21 da LINDB. Eis aí a primeira conclusão deste estudo: o art. 20 obriga a análise das consequências práticas quando o julgador utilizar como fundamento “valores jurídicos abstratos”. O art. 21, por sua vez, obriga a análise das consequências jurídicas e administrativas quando da decisão de invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Esses são os pontos de partida trazidos pela investigação aqui proposta. É possível analisar as consequências de uma decisão judicial para além das hipóteses elencadas, mas o legislador indicou aquelas nas quais o julgador é obrigado a mencionar as consequências de

forma motivada, sob pena de configurar ausência ou deficiência de fundamentação, o que resultará nas implicações do art. 489, § 1º, do CPC/2015.

A investigação aclarou que a Administração também deve motivar as consequências das suas decisões, demonstrando como ela foi tomada diante das diversas possibilidades existentes. A decisão motivada do administrador é necessária e deve ser firmada ainda que em atos discricionários. Não cabe mais apontar o caminho a ser trilhado com fundamento no “interesse público” sem explicitar em que consiste a escolha que irá atender esse interesse.

Partindo dessas conclusões, a pergunta que representa o objetivo geral da dissertação pode ser respondida com a afirmação de que é possível e necessário fixar diretrizes mínimas para se aplicar argumentos consequencialistas diante da LINDB. Essa a conclusão colhida a partir da produção doutrinária reportada no estudo.

Neil MacCormick e a hermenêutica integrativa são essenciais nesse processo de parametrização, uma vez que os critérios estabelecidos partem da necessidade de se entender que a decisão tem um efeito universal e, por isso, deve ser ponderada considerando as normas existentes, as consequências em um contexto fático a ser demonstrado nos autos, a coesão e a coerência diante das possibilidades existentes e provadas.

Essas diretrizes garantiriam a efetiva aplicação da LINDB, concorrendo para uma maior segurança jurídica, e sua ausência poderá levar a uma rejeição dos dispositivos ou à sua utilização de forma retórica.

A investigação aqui proposta indica a necessidade de uma decisão judicial fundamentada em argumentos consequencialistas seguir as seguintes diretrizes: 1 – analisar os argumentos consequencialistas trazidos na decisão administrativa, sobretudo se a motivação está baseada na LINDB; 2 – reconhecer o contexto em que a decisão administrativa foi firmada; 3 – considerar que as partes no processo possuem um ônus argumentativo; devem ser trazidos aos autos os fundamentos para se acolher os argumentos consequencialistas; 4 – fixar que a análise das consequências práticas, jurídicas e administrativas devem ser fundadas nas provas produzidas nos autos; 5 – submeter a prova produzida ao contraditório; 6 – a motivação deve indicar claramente o caminho percorrido que levou à conclusão sobre as possíveis alternativas; não se considera motivada a decisão referente exclusivamente a “valores jurídicos abstratos” ou conceitos indeterminados; 7 – possibilitar que o julgamento se dê com fundamento em provas empíricas, mas indicando a metodologia e submetida ao contraditório; 8 – indicar, de forma motivada, a melhor forma de regularização, nos termos do parágrafo único do art. 21 da LINDB; 9 – Motivar as decisões de modulação e de declaração superveniente em razão da modificação fática, com fundamentos trazidos na LINDB; 10 – a ausência de motivação na

análise das consequências gera sua nulidade por deficiência na fundamentação (art. 489, § 1º, do CPC/2015).

Não se teve como pretensão esgotar a matéria relativa ao tema proposto que, atualmente, é de extrema importância tanto no meio acadêmico como na prática do dia a dia. Todavia, a pesquisa se propôs a identificar os argumentos consequencialistas e apresentar as diretrizes necessárias à sua aplicação, objetivo que se considera atingido por meio da discussão aqui apresentada.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequência em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais online**. v.1009, São Paulo, nov. 2019.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. Modulação dos efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Suprema** – Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 1, n. 2, p. 363-393, jul.-dez. 2021.

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, n. 278, v. 3, p. 113-144, Centro Universitário de Brasília, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v278.2019.80832>. Acesso em: 24 mar. 2023.

ANAMATRA. **Ofício 219/2018**. Sugestão de Veto ao PL 7448/2017 (PLS 349/2015). Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. 10 abr. 2018. Disponível em: https://www.conamp.org.br/images/bkp/notas_publicas/2018/Ofi%CC%81cio_veto_PL%207448_2017.pdf Acesso em: 02 jan. 2023.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Comentários à Lei 13.655/2018**: proposta de sistematização e interpretação conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ARAÚJO, Thiago Cardoso; FERREIRA JR., Fernando; MONTENEGRO, Lucas dos Reis. Consequencialismo, pragmatismo e análise econômica do direito: semelhanças, diferenças e alguns equívocos. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 4, Rio de Janeiro, 2021, p. 1001-1038. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/59004>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ARGUELHES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e estado de direito**: subsídios para uma compatibilização. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

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

ASSOCIAÇÃO DOS MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL E ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MINISTROS E CONSELHEIROS-SUBSTITUTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS (ATRICON/AUDICON). Disponível em:

<https://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2017/03/Nota-Tecnica-01-2018-PL-7448-2017Atricon-Audicon.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa**. Magistrados brasileiros: caracterização e opiniões. Maria Tereza Sadek (coord.) Disponível em:

<https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2005-Magistrados-Brasileiros-Characterizacoes-e-opinioes-AMB.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa 2015**. Resultados.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-amb.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Quem somos** – a magistratura que queremos. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann (coord.), nov. 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS TRABALHISTAS (ANAMATRA). Disponível em:

https://www.conamp.org.br/images/bkp/notas_publicas/2018/Ofi%CC%81cio_veto_PL%207448_2017.pdf Acesso em: 30 dez. 2022.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teoria da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 19, 2001. Disponível em:

<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/71526>. Acesso em: 24 fev. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, número especial. 2015. Disponível em: <https://publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/3180/pdf>. Acesso em: 24 fev. 2023.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luiz João Baraúna. Sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos/John Stuart Mill: traduções de João Marcos Coelho, Pablo Rubén Mariconda. **Os Pensadores**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BEZERRA NETO, Bianor Arruda. Voluntarismo judicial: quais são as regras do jogo? **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-23/bianor-arruda-voluntarismo-judicialquais-sao-regras-jogo#author>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 7, n. 3, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71771/42003>. Acesso em: 24 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2**. Plenário. Rel. Min. Paulo Brossard, j. 6-2-92, DJ 21-11-1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 628.075 Rio Grande do Sul**. Rel. Min. Edson Fachin. 18 ago. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344565192&ext=.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 28 mar. 2023.

BRASIL. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo n. 200820000007337. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 24 mar. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Justificativa do PL n. 6.303/2005**. Deputado Celso Russomanno. Projeto de Lei n., de 2005. Altera a ementa do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=360783&filename=PL%206303/2005. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 7.448/2017**. Situação: Transformada na Lei Ordinária n. 13.655/2018. Senado Federal/Antonio Anastasia (PSDB/MG). Apresentação 19/04/2017. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015**. Senador Antonio Anastasia (PSDB/MG). Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Gabinete Simone Tebet. **Requerimento n. 35 de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4407672&ts=1630433024804&disposition=inline>. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI/6146**. Rel. Min. Nunes Marques. Controle de Constitucionalidade. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5702503>. Acesso em: 06 jan. 2023.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Almedina, 2018 (*ebook*).
CHRISTOPOULOS, Basile. **Orçamento público e controle de constitucionalidade: argumentação consequencialista nas decisões do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COLÉGIO NACIONAL DE PRESIDENTES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DOS PROCURADORES-GERAIS DE CONTAS E A ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS (CNPGC-AMPCON). **Nota Técnica Conjunta CNPGC-AMPCON n. 01/2018**. 10 abr. 2018. Disponível em: <https://cnpgc.org.br/nota-tecnica-conjunta-cnpgc-ampcon-no-012018/>. Acesso em: 30 dez. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Consequencialismo no âmbito do direito administrativo. MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019 (*ebook*).

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. 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.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Revisão da Tradução: Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim. **Empatias e consequencialismos**. 26 maio 2009. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/empatias-e-consequencialismos/>. Acesso em: 01 mar. 2023.

FERRARI FILHO, Sérgio Antônio. **O município na federação brasileira: limites e possibilidades de uma organização assimétrica**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Disponível em: <https://www.btdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9241/1/Sergio%20Antonio%20Ferrari%20Filho%20-%20versao%20final.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2022.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Consequencialismo, neoconstitucionalismo e argumentação jurídica. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Foco, 2019 (*ebook*).

FREIRE, André; NOHARA, Irene; FERRAZ, Luciano; VALLE, Vanice (coord.). **Seminário “Impactos da Lei n. 13.655/18 no Direito Administrativo”**, realizado em Tiradentes no dia 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2023.

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

HAUSMAN, Daniel; McPHERSON, Michael S. **Economic**. Analysis, Moral Philosophy and Public Policy. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

JAMES, William. **Pragmatismo**. Trad. Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB. Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, FGV, 2018, p. 13-41. Disponível em: <https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>. Acesso em: 24 mar. 2023.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Fernando Costa Mattos 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

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, dez. 2017.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldea Barcellos. Revisão da tradução: Marylene Pinto Michael. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MACCORMICK. **Retórica y Estado de Derecho**: una teoría del razonamiento jurídico. Trad. José Àngel Gascón Salvador. Revisão da tradução: Luis Veja Reñon. Lima: Palestra, 2016 (*ebook*).

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e seu controle**. Contratações Públicas e seu controle. São Paulo: LTr, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. **O caráter complexo da decisão em matéria constitucional**: discursos sobre a verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSON, Gisele. Neopragmatismo Rortyano e Educação. **Revista Perspectiva**. Florianópolis, v. 31, n. 1, 235-260, jan.-abr. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/article/download/2175-795X.2013v31n1p235/25656/104163>. Acesso em: 24 fev. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022 (Série IDP – linha Doutrina) (*ebook*).

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. O consequencialismo jurídico à brasileira: notas para um estudo do fenômeno. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 41, Rio de Janeiro, 2022.

MOTTA, Fabrício. LINDB no direito público: Lei 13.655/2018. In: MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **Coleção Soluções de direito administrativo: leis comentadas**. Série I: administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 (*ebook*).

MILL, John Stuart. **O utilitarismo**. Trad. Alexandre Braga Massella. São Paulo: Iluminuras (*ebook*).

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação consequencialista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, p. 209-249, 2020.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Sentenças aditivas & jurisdição constitucional: a performance diferenciada do juiz constitucional**. Curitiba: Juruá, 2017.

PELUSO, Luis Alberto. **Ética & utilitarismo**. Campinas, SP: Alínea, 1998.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. **Revista dos Tribunais**, v. 1009, p. 99-120. São Paulo, nov. 2019.

PETTIT, Philip. **Consequentialism**. In: SINGER, Peter (org.). **A companion to ethics**. Oxford: Blackwell Publishers, 1991.

PIROZI, Maurício José Machado. Consequencialismo judicial: uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, ano 59, n. 187, out.-dez. 2008. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/521/1/D2v1872008.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

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

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Trad. Teresa Dias Carneiro. Revisão técnica: Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN/CAT).**

Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/file/d2b2b5c1-5709-3d90-ab31-9b62758a1867/PARECER-PGFN-CAT-42-2018.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

RUBINGER-BETTI, Gabriel. ROESLER, Claudia. As limitações e possibilidades dos critérios avaliativos propostos por Neil MacCormick para a argumentação jurídica. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, Vitória: Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2017, P. 133-164. Disponível em:

<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/878/326>. Acesso em: 13 fev. 2023

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Trad. Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SANTOS, Bruno Gonçalves dos; GONTIJO, Fernanda Belo. Introdução ao consequencialismo – parte I. **Guairacá** – Revista de Filosofia, v. 36, n. 2, 2020. Disponível em: <https://revistas.unicentro.br/index.php/guairaca/article/view/6759>. Acesso em: 23 fev. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020 (*ebook*).

SBDP. Revisão Judicial das Decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (CADE) Pesquisa empírica e aplicada sobre os casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal STF. **Sumário Executivo** – Divulgação de Resultados – Pesquisa. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/06-revisao-judicial-das-decisoes-do-conselho-administrativo-de-defesa-economica-miolo-para-distribuicao.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2023.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, 248, p. 130-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531>. Acesso em: 13 fev. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas *trooley* ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**. v. 6, n. 3, p. 924-934, set.-dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>. Acesso em: 13 fev. 2023.

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

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019 (*ebook*).

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio-ago. 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 8., p. 539-568, 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200009>. Acesso em: 29 dez. 2022.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6028: 2021 – Informação e documentação — Resumo, resenha e recensão — Apresentação

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação