

# O Consequencialismo Jurídico e o art. 20 da LINDB.

**N. 39756 - Patricia Yamasaki**

Mestrado em Ciência Jurídica Forense

Universidade Portucalense

Professora Orientadora Bárbara Magalhães Bravo

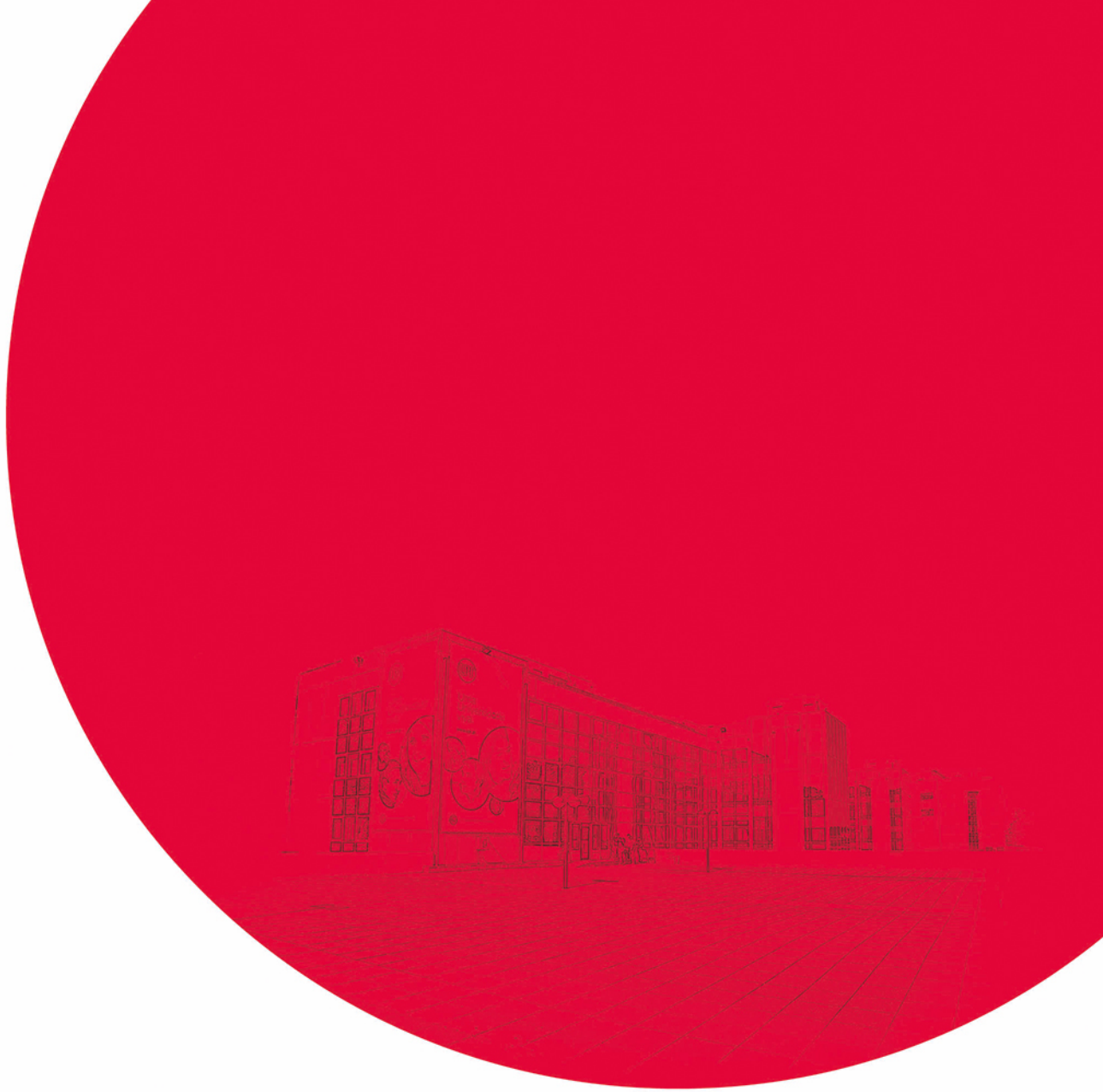
Professor Coorientador Tiago André Lopes

Julho de 2022



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.208.1



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.208.1



DEPARTAMENTO  
**DIREITO**

# O Consequencialismo Jurídico e o art. 20 da LINDB



## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço o apoio dos meus sócios e colegas do Wambier, Yamasaki, Bevervanço & Lobo Advogados, manifestado de importantes formas para realização do Mestrado. Registro agradecimento especial à Tatiana de Azevedo Lahóz pelo precioso auxílio na pesquisa e à Regiane França Liblik pela revisão final.

Dedico este trabalho ao Dado e ao Théo, meus amores, que me inspiram a ir além.



*“Um bonde está fora de controle em uma estrada. Em seu caminho, cinco pessoas amarradas no trilho estão na iminência de morrer. Felizmente, é possível apertar um botão que encaminhará o bonde para um percurso diferente, mas ali, por desgraça, se encontra outra pessoa também amarrada. A pergunta para a qual não há uma resposta simplista é: deve-se apertar o botão?”: Justiça o que é fazer a coisa certa? (Michael J. Sandel – professor da Universidade de Harvard).*





## RESUMO

O Brasil sofre há anos com um cenário de falta de segurança jurídica, constatada pela enorme profusão de normas e instabilidade da jurisprudência. Os efeitos deletérios são sentidos em diversas áreas e os juristas têm se esforçado para desenvolver mecanismos que melhorem a qualidade das decisões judiciais. O projeto de lei que deu origem ao art. 20 da LINDB foi elaborado nesse contexto e batizado de “PL da segurança jurídica”. Ele veio a converter-se na Lei 13.655/2018, que significou a positivação do pensamento pragmático como técnica decisória, determinando que os julgadores não decidam com base em valores jurídicos abstratos e considerem as consequências de suas decisões. Analisou-se o berço teórico em que nasceu o art. 20, o pragmatismo e, mais especificamente, o consequencialismo, em sua origem; características; objetivos e manifestações contemporâneas. Em um segundo momento, buscou-se compreender o sentido e alcance do artigo 20, e avançou-se na análise mais detida sobre a sua forma de aplicação, sugerindo aprofundamento do debate processual acerca das consequências das decisões, assim como a realização de instrução sobre as prognoses possíveis. Por fim, avaliou-se como tem se dado a aplicação desse método nas decisões dos Tribunais Superiores brasileiros.

Palavras-chave: Pragmatismo. Consequencialismo. Método decisório. Artigo 20 da LINDB.



## ABSTRACT

Brazil has been suffering for years from a scenario of lack of legal certainty, verified by the enormous profusion of rules and instability of jurisprudence. The deleterious effects are felt in several areas and jurists have striven to develop mechanisms that improve the quality of judicial decisions. The bill that gave rise to article 20 of the LINDB was prepared in this context and baptized the "PL of legal certainty". It came to become Law 13.655/2018, which meant the positivization of pragmatic thinking as a decision-making technique, determining that judges do not decide on the basis of abstract legal values and consider the consequences of their decisions. We analyze the theoretical cradle in which article 20 was born, pragmatism and, more specifically, consequentialism, in its origin; characteristics; objectives and contemporary manifestations. In a second moment, we seek to understand the meaning and scope of article 20, and we advance in a more detailed analysis of its form of application, suggesting a deepening of the procedural debate about the consequences of decisions, as well as the realization of instruction on the possible prognosis. Finally, we evaluated how the application of this method has taken place in the decisions of the Brazilian Superior Courts.

Keywords: Pragmatism. Consequentialism. Decision method. Article 20 of the LINDB.



## ÍNDICE

Introdução	6
1. O paradigma da eficiência e a qualidade das decisões judiciais	9
2. O que é o consequencialismo?	12
3. Premissas teóricas do consequencialismo	15
3.1 Escola da Lei e da Economia.	15
3.2. O pensamento de Richard Posner	16
4. Uma tentativa de sistematização. Os três tipos de consequencialismo propostos por Schuartz: festivo, militante e malandro	20
5. Críticas ao consequencialismo	24
5.1. Violação ao princípio da separação dos Poderes (ou princípio democrático)	24
5.2. Violação ao princípio democrático	25
5.3. Violação ao princípio da segurança jurídica	25
6. Afinal, o que propõe o art. 20 da LINDB?	28
6.1. Em que berço nasceu o art. 20 da LINDB?	28
6.2. O aperfeiçoamento do processo de interpretação e aplicação da Lei nos casos concretos	34
6.3. Instrumentos disponíveis para se concretizar a decisão consequencialista. Uma visão sistemática.	37
6.4. O dever de fundamentação das decisões na Constituição Federal; no Código de Processo Civil e a exigência que emana do parágrafo único do art. 20: motivação sob o viés consequencialista	43
6.5. Ainda o parágrafo único do art. 20: a invalidade do ato ou decisão e o juízo de proporcionalidade	47
6.6. O alcance do art. 20 da LINDB	48
6.7. Uma importante notícia: o consequencialismo não é preponderante	49
6.8. As objeções ao art. 20 da LINDB	51
7. Sinéptica: o consequencialismo no direito português	52
8. Análise da jurisprudência do STJ e do STF no período de vigência do art. 20 da LINDB	56
9. Conclusão	62
10. Referências Bibliográficas	69



## INTRODUÇÃO

Como cidadãos e, também, cientistas, assume-se de modo compartilhado a necessidade de pensar a sociedade em que se vive. O conhecimento acerca das coisas existentes, postas, sacramentadas, não pode dispensar o olhar sobre a razão de ser das regras e institutos e, também, sobre as novas maneiras que se apresentam para tratar os mesmos problemas em tempos tão complexos.

A busca pelo significado das coisas traz conforto. Mais do que simplesmente *observar* regras e decisões, *compreender* permite melhor aderência ao comando e, por que não dizer, uma submissão mais genuína.

A segurança jurídica sempre foi um desses valores que significam a existência do próprio sistema jurisdicional, e é tida de modo unânime como um dos pilares fundamentais do Estado de Direito. Não poderia ser diferente, como é autorizado supor, pois a previsibilidade acerca dos comportamentos permitidos ou vedados e suas consequências é que cria ambiente propício para o desenvolvimento social e econômico.

A falta de segurança jurídica – traduzida em enorme profusão de normas, instabilidade da jurisprudência e desrespeito às Leis pelo próprio Governo – é uma realidade no Brasil e torna ainda mais sensível e urgente o estudo de mecanismos que levem ao aperfeiçoamento desse valor como resultado concreto, sentido pelos jurisdicionados.

Foi nesse contexto que o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro surgiu com a intenção de ser um desses instrumentos. O Projeto que deu origem à Lei 13.655/2018 foi chamado de “PL da Segurança Jurídica”, pois destinava-se a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20, sobre o qual o trabalho versará, relaciona-se com uma das dimensões desse problema: busca combater o subjetivismo e a superficialidade de decisões por meio da exigência de fundamentação que, obrigatoriamente, examine as circunstâncias do caso concreto e a avaliação das suas consequências sob a ótica da proporcionalidade.

Eis sua redação:

Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida

imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Para todos aqueles que trabalham em áreas que envolvem relações com o Poder Público, é fácil a percepção sobre a tomada de decisões que não levam em consideração os efeitos concretos da invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas, escondendo-se sob o manto genérico do “interesse público”. Trata-se de um agir, muitas vezes simplista, com adoção de soluções que somente à primeira vista podem parecer mais adequadas à pacificação da controvérsia, mas que podem gerar consequências nefastas ao mesmo interesse público que se pretendeu proteger.

A fundamentação das decisões é garantia constitucional que se relaciona com a transparência e a segurança da atividade jurisdicional, sendo, em última instância, legitimadora da ordem emanada. O aperfeiçoamento dessa prestação por meio da exigência de análise das consequências das decisões, é válido afirmar, pode levar à melhora da qualidade dessas decisões, justamente por se conectar com dados de realidade e com os efeitos concretos que, também no mundo real, serão sentidos.

É uma exigência que pode ser capaz de aumentar o grau de consciência e comprometimento do julgador com os efeitos do comando que, sem esse requisito, ficava muitas vezes no campo abstrato. Os tais efeitos concretos eram sentidos apenas pelas partes envolvidas fora dos processos em que proferidas as decisões. São inúmeros os exemplos de decisões proferidas nessa realidade, com efeitos concretos imponderados e que, se tivessem sido pensados, poderiam ser considerados indesejados.

Diante desse cenário, assume grande importância o estudo da norma, seu significado, objetivo, alcance e o modo como vem sendo aplicada desde o início da sua vigência pelas mais altas cortes do País.

Assim, pretendeu-se compreender, primeiro, as bases teóricas do consequencialismo, escola de pensamento que deu origem à norma do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para, depois, buscar-se o seu alcance e sentido.

Em um segundo momento, analisou-se como a introdução dessa regra – que inaugura o dever, agora positivado, de análise consequencialista das decisões – foi recepcionada pelas Cortes Superiores no Brasil e como têm se dado a sua aplicação.

Depois, procurou-se identificar o que têm resultado da aplicação desta norma: 1) transformação da atuação administrativa e judicial; 2) Mera retórica de consequências;



ou 3) pensamento mais pragmático com indícios de mudança cultural. E isso se fez, também, a partir de detido estudo da jurisprudência acerca do tema.



# 1. O paradigma da eficiência e a qualidade das decisões judiciais.

A adequada prestação jurisdicional sempre esteve no centro das preocupações acadêmicas e legislativas. Não poderia ser diferente, na medida em que a vedação à autotutela criou praticamente um monopólio estatal na titularização da resolução de conflitos.

Se de um lado, outros instrumentos têm sido criados e desenvolvidos como novos meios de solução, como a arbitragem e a mediação, de outro, o objetivo de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional do Estado é indispensável porque se liga à própria legitimação do sistema.

São incontáveis os estudos e as iniciativas legislativas de melhoria dessa atividade em suas mais variadas dimensões (abrangência, qualidade, razoável duração, garantias fundamentais etc.). Em interessante artigo que analisa os critérios para se aferir a qualidade das decisões judiciais no âmbito da Comunidade Européia, colhe-se a notícia de que “o conceito de qualidade não apareceu no campo da justiça até o final da década de 90”<sup>1</sup>.

A qualidade da prestação jurisdicional é medida, por assim dizer, tanto em termos de estrutura do Poder Judiciário, como também em relação às decisões proferidas.

Como afirma a autora, “a noção de qualidade da justiça é difícil de entender. É a complexa síntese de muitos fatores, vindos de diferentes níveis e que não podem ser todos apreendidos pelas mesmas ferramentas”<sup>2</sup>.

Em termos históricos, é traçada interessante evolução, demonstrando que a forma como abordamos a justiça tem progredido, e essa mudança gradual revela três estágios na concepção de justiça: um primeiro, substancial; um segundo, processual; e, por fim, um gerencial.

A aferição da qualidade das decisões de acordo com o estágio substancial é feita diretamente pelos Tribunais Superiores, examinando-se o conteúdo das decisões. Em um primeiro momento, essa perquirição se dava pela análise estrita da legalidade, que pressupunha uma decisão de acordo com a Lei, mesmo que disso pudesse resultar

---

<sup>1</sup> COLOMBET, Hélène e GOUTTEFANGEAS, Alice. A Qualidade das Decisões Judiciais. Quais Critérios? *Droit Et Société*. 2013/1, n.º 83, p. 155.

<sup>2</sup> COLOMBET, Hélène e GOUTTEFANGEAS, Alice. A Qualidade das Decisões Judiciais. Quais Critérios? *Droit Et Société*. 2013/1, n.º 83, p. 155.

sensação subjetiva de injustiça. Na trilha dessa evolução, surgiu o estágio da proporcionalidade<sup>3</sup> e a lei passou a ser vista como um instrumento de regulação. O objetivo do juiz, a partir de então, não era mais o de proferir uma decisão apenas nos termos da Lei, mas proferir uma decisão que favorecesse o interesse superior, o valor a ser concretizado. E, em um terceiro estágio, fez-se uma revisão da proporcionalidade, por meio da qual o juiz hierarquicamente superior não pretendia substituir a decisão revisada por sua avaliação, mas verificar se houve erro manifesto na avaliação do equilíbrio de interesses em jogo. A qualidade da decisão do Tribunal será medida pela qualidade dos argumentos que o sustentam, tornando a motivação obra de argumentação e não pela “exatidão de seus efeitos”.<sup>4</sup>

Essa concepção substancial precedeu a abordagem processual que se desenvolveu na segunda metade do século XX, com a ascensão da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A partir de então, o juiz passou a ser o árbitro de um debate contraditório entre as partes no processo<sup>5</sup>, o que deve permitir com que desenvolvam, no processo, seus argumentos. A decisão de qualidade passa a ser aquela que responde, adequadamente, ao debate desenvolvido no processo. Ela não é a única condição para se aferir a qualidade da decisão, mas passa a ser uma premissa necessária.

Por fim, evolui-se para uma visão gerencial da qualidade das decisões judiciais, que se centra no desempenho, isto é, na avaliação da administração e funcionamento da máquina judiciária. Esse fenômeno ocorreu de forma contemporânea à doutrina chamada “Nova Gestão Pública”<sup>6</sup>, lógica de gestão projetada para melhorar a qualidade do serviço público, que afetou, em maior ou menor grau, todos os países da OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Que está ligada à ideia aristotélica de justiça geométrica, mas que é sobretudo trabalhada após os trabalhos dos Utilitaristas, tais como Bentham e Mills.

<sup>4</sup> Ideia esta que contraria, por exemplo, a visão mais ultra-positivista de Nozick ou a versão mercadológica de Posner.

<sup>5</sup> Este papel do juiz, contudo, não é bem aceito por todas as correntes das Teorias de Justiça. O Legalismo e o Neo-positivismo percebem tal papel como algo entre o perigoso e o perverso.

<sup>6</sup> Para melhor compreensão, as autoras indicam os estudos de Jonathan Boston, Jonh Martin, June Pallot e Pat Walsh in *Public Management: The New Zeland Model*, Auckland: Oxford University Press, 1996.

<sup>7</sup> “O Brasil é um Parceiro-Chave da OCDE, com quem a OCDE mantém uma cooperação desde início dos anos 1990. O Conselho Ministerial da OECD adotou em 16 de maio de 2007 uma resolução fortalecendo a cooperação com o Brasil, assim como com a China, Índia, Indonésia e África do Sul, através de um programa de maior engajamento, definindo estes países como “Parceiros-Chaves” da OCDE. Como um Parceiro-Chave, o Brasil tem a possibilidade de participar dos diferentes órgãos da OCDE, aderir aos instrumentos legais da OCDE, se integrar aos informes estatísticos e revisões por pares de setores específicos da OCDE, e tem sido convidado a participar de todas as reuniões Ministeriais da OCDE desde 1999. O Brasil contribui para o trabalho dos Comitês da OCDE e participa em pé de igualdade com os países membros da OCDE em diversos órgãos e projetos importantes da Organização”. OECD. *A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica* [Consult. 21 Mar. 2021]. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/brasil.htm>.

Essa doutrina contrastou com as antigas concepções, pois, enquanto a segunda adotou o caminho do controle da legalidade e da proporcionalidade, a primeira utilizava métodos de gestão com padrões de referência, indicadores quantificados, procedimentos de avaliação periódica, definição de desempenho etc.

Apesar de tais contrastes, esses três estágios não se afiguram excludentes, senão complementares. É como se uma nova camada de exigência se agregasse às decisões judiciais para lhes emprestar a qualidade almejada. Hoje, compreende-se que uma decisão judicial de qualidade deve: 1) possuir um conteúdo que emerge da lei e se prestar a realizar os valores eleitos pelo legislador como prioritários naquela área, a partir de uma análise de proporcionalidade; 2) ser fruto de amplo debate entre as partes, isto é, ser produzida dentro dos parâmetros do devido processo legal; e 3) atender à razoável duração do processo, que se liga ao conceito de efetividade da justiça, obedecendo outros critérios de performance criados pelos órgão de controle e administração da Justiça, como é o caso, no Brasil, do Conselho Nacional de Justiça<sup>8</sup>.

Olhando esse fenômeno sob o viés específico do direito administrativo, uma nova cultura também veio a se estabelecer na última década, pelo menos. O valor constitucionalmente consagrado da eficiência passou a ter maior protagonismo, antes emprestado especialmente à legalidade e à moralidade dos atos públicos.

O Direito Público tem por objetivo satisfazer determinadas demandas sociais, estando fortemente vinculado ao atendimento eficiente dos fins sociais e fáticos aos quais se destina. Isso significa que a origem democrática das leis ou das autoridades estatais não legitimam mais, em si mesmas, a atuação do Estado. Essa legitimação se expressa na realização das finalidades coletivas.<sup>9</sup>

Assim é que:

A mera juridicidade da atuação estatal como elemento de legitimação se tornou insatisfatória a partir do momento em que começou a ser exigida a obtenção de resultados. Não se considera mais suficiente que governantes não violem a lei: exige-se deles a

---

<sup>8</sup> “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Sua missão é desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social. Sua visão de futuro: ser reconhecido como órgão de excelência em planejamento estratégico, governança e gestão judiciária, a impulsionar a efetividade da Justiça brasileira”. CNJ. *Quem somos* [Consult. 21 Mar. 2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. O CNJ foi criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, nos termos do art. 103-B da Constituição Federal. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília (DF) e atuação em todo o território nacional.

<sup>9</sup> Essa compreensão está bastante assentada no plano da doutrina: “A legitimidade democrática da origem não basta para justificar o poder público”. MARIN, Antônio Martinez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 13.

redução do desemprego, o crescimento econômico, o combate à pobreza, solução para problemas de habitação e saúde.<sup>10</sup>

A lei passa a ser, portanto, o ponto de partida para uma série de ações que levem a esses resultados e não, apenas, uma proteção contra arbitrariedades.

Deste encontro entre a permanente busca de qualidade das decisões judiciais com o paradigma da eficiência (que se traduz na legitimidade dos atos), no âmbito do direito administrativo, é que emerge o ineditismo<sup>11</sup> e a importância do que estabelece o art. 20 da Lei 13.655/20: uma tentativa de melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, mediante um compromisso das partes e do julgador na análise e na consideração das consequências práticas das decisões. É sobre o que versará este trabalho.

## 2. O que é o consequencialismo?

Na percepção do termo consequencialismo, vem logo à mente, de maneira até intuitiva, a ideia de se pensar nos efeitos práticos de uma ação. Essa noção geral é o que caracteriza e localiza, doutrinariamente, o consequencialismo jurídico: uma espécie de olhar que dá ênfase às repercussões das decisões. Em Portugal, o consequencialismo ganha o nome de *sinépica*, palavra de origem grega que pode ser traduzida por “pensamento consequencial”. Antes de se pretender conceituá-lo, é importante compreender as bases do pensamento consequencialista.

O consequencialismo é uma característica encontrada em duas diferentes teorias contemporâneas do direito: o utilitarismo e o pragmatismo.

O utilitarismo foi uma doutrina ético-filosófica, econômica e jurídica, que orientava a ação humana “na busca pelo estado das coisas mais vantajoso, o igual peso dos interesses, o cálculo moral do custo-benefício, a maximização da felicidade e o combate ao sofrimento”<sup>12</sup>. Ela surgiu na Inglaterra e teve Jeremy Bentham (1748-1832)

---

<sup>10</sup> GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico. *Revista de Derecho Industrial*, v. 42, p. 894.

<sup>11</sup> Trata-se da primeira vez, no ordenamento jurídico brasileiro, que foi introduzida regra que determina a aplicação do método consequencialista na análise e prolação de decisões.

<sup>12</sup> SAVARIS, José Antônio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011, p. 40.

e John Stuart Mill (1806-1873) como seus principais autores, influenciando o pensamento por pelo menos dois séculos.

Para Betham, o ser humano, em suas ações individuais e sociais, busca o prazer e foge da dor. Portanto, os princípios e regras morais do utilitarismo, segundo tal autor e na descrição de Peluso<sup>13</sup>, seriam: "P1. Todo ser humano busca sempre maior prazer possível; R1. Busque sempre o maior prazer e fuja da dor".

Essa seria a ética dos indivíduos racionais em busca de seus interesses e, assim, constituiriam os pilares para o legislador buscar controlar e dirigir o comportamento social. De acordo com essa teoria, primeiro, definem-se os bens a serem protegidos e/ou alcançados e, depois, o direito é tido como instrumental para atingir tal objetivo.

Nessa dimensão, o consequencialismo utilitarista volta sua atenção para a busca de uma consequência tida como única e suprema: a maior agregação possível dos prazeres. Por isso, diz-se que o consequencialismo utilitarista é dogmático e universalista, pois, além de buscar uma consequência fixa, adota também um conceito estático de prazer e sofrimento, desconsiderando a cultura ou tempo histórico dos indivíduos.

De outro lado, o consequencialismo pragmático diferencia-se por ser contextualizado e metodológico.

O pragmatismo jurídico, diferentemente do pragmatismo filosófico, não é uma teoria geral que vise a explicar o fenômeno jurídico ou compreender o que é o direito. Ele é, na verdade, uma teoria que se ocupa da decisão judicial e busca servir de método para orientar a produção do direito, em especial, a construção das decisões proferidas em litígios. Há quem o chame de metateoria normativa, pois envolve a escolha sobre como se decidir<sup>14</sup>.

Esse método volta suas preocupações à prestação de uma tutela jurisdicional aderente à realidade, o que significa dizer, às repercussões práticas da solução que será dada ao caso, extrapolando a simples ideia de coerência lógico-racional abstrata<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> PELUSO, Luis Alberto. *Ética e Utilitarismo*. Campinas: Alinea, 1998, pp. 24-25.

<sup>14</sup> ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégia e implicações". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 196.

<sup>15</sup> De acordo com Vicente de Paula Ataíde Júnior, "o pragmatismo jurídico estabelece um método pelo qual o direito pode ser produzido. Diz como fazer. Limpa o discurso jurídico do abstracionismo inconsequente". ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 75.

O pragmatismo jurídico tem duas características fundamentais: é antirracionalista e empiricista.

A expressão antirracionalista não tem, aqui, a conotação de contrariedade à razão, mas quer significar repúdio às premissas intelectuais abstratas. Nega-se a adequação e suficiência de postulados de validade universal sobre o direito, fundados em pressupostos histórico-filosóficos; de direito natural ou mesmo do direito positivo.

Nesse sentido, o pragmatismo jurídico critica a redução do direito a esquemas meramente normativos. Ou seja, critica os postulados positivistas clássicos.

O empirismo, por sua vez, não se confunde com o sentido tradicional de ter na experiência sua única fonte de conhecimento, mas de usá-la como melhor forma de compreender os resultados das decisões que se pretende tomar. A ideia nasce de uma corrente jusfilosófica própria, por meio da qual se considera o direito sustentado na experiência. Nessa linha de pensamento, autores importantes como Díez Picazo, por exemplo, compreendem que “o Direito é fundamentalmente um conjunto de experiências vividas”<sup>16</sup>. A jurisprudência – tida como um repositório de decisões em casos análogos – ganha grande importância, pois se traduz em fonte de soluções genuinamente fruto do empirismo.

A verdade seria, portanto, algo provisório, a ser confirmada como tal a partir da experiência prática futura.

O consequencialismo pragmatista se propõe a oferecer uma nova alternativa na construção das soluções, distante das limitações do formalismo advindo do positivo jurídico. De acordo com esse método, avaliam-se duas proposições jurídicas e a verdade não será definida pela correspondência da proposição ao conceito, ao sistema jurídico ou à vontade concreta da lei. Será considerada verdadeira aquela que produzir melhor resultado prático a partir de uma referência comum, como a proteção de um determinado bem, a eficiência, a moralidade administrativa etc.

No plano da doutrina, colhe-se didática distinção:

O pragmatismo jurídico se diferencia do utilitarismo como teoria normativa da decisão – nos termos acima descritos – na medida em que, enquanto este se compromete com a

---

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3.ª ed. Barcelona: Ariel, 1999, p. 5-22. Vale registrar que, “para Luis Díez-Picazo, na maior parte dos casos o Direito descansa nas experiências existenciais de decisões ou de série de decisões sobre concretos conflitos de interesses. Assim, o Direito se aplica a diferentes fatos, atos e situações. O Direito se ocupa, em rigor, de um conjunto de conflito que devem receber certa solução, a mais correta ou a mais aceitável”. SERRANO, Pablo Jimenez. *Empirismo Jurídico: o Direito como experiência* [Consult. 09 Jul. 2021]. Disponível em: [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br).

maximização do bem-estar, o pragmatismo apenas se importa com esse fator – isto é, o impacto da decisão é um elemento dentre outros a serem levados em conta, mas que pode ou não ser levado em consideração.<sup>17</sup>

Esse é, segundo se compreende, o tipo de consequencialismo a que se refere, contemporaneamente, a doutrina, a lei e também as decisões judiciais que serão objeto do presente estudo.

## 3. Premissas teóricas do consequencialismo.

### 3.1. Escola da Lei e da Economia.

Escola da Lei e da Economia<sup>18</sup> é a mais influente escola americana de teoria do direito, o que em muito se explica por seu objeto: a economia como fonte de avaliação e prescrição de como o direito deve ser.

No início, essa teoria se ocupava do direito relacionado ao *antitruste* (direito concorrencial), contratos e direito da empresa, em razão de sua evidente ligação com a economia, mas, aos poucos, foi se estendendo para diversas outras áreas, como direito constitucional, tributário, administrativo e de família.

Essa área pode ser bem descrita como um novo olhar – através do filtro da economia – para todo o direito e as soluções jurídicas.

Ela se tornou um instrumento utilizado para romper o método exclusivamente formalista (forjado no pensamento) e aproximar o jurista da experiência. Assim, o jurista pragmático desenvolve seu trabalho baseando-se não apenas em fontes bibliográficas ou jurisprudência, mas, também, em dados de realidade fornecidos pela pesquisa empírica. Essa metodologia permite visualizar as consequências das decisões e abrir as soluções a propostas que venham de outras áreas do conhecimento.

A análise econômica do direito – AED, como é chamada no Brasil, não é, então, a doutrina sobre como o direito deve ser, mas um método de pesquisa sobre o

---

<sup>17</sup> ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégia e implicações". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 190.

<sup>18</sup> *Law and economics*.

comportamento humano e conjunto de instrumentos analíticos que, adotando metodologia própria das ciências sociais e econômicas, serve-se de ferramentas práticas para avaliar as consequências de cada proposta.

É claro que se trata de uma análise limitada, mas que serve para observar os agentes econômicos racionais, como se comportam a partir dos ganhos (custo-benefício) indicados pelas análises de probabilidade de cada hipótese.

Há duas dimensões em que essa avaliação tem sido feita. Uma denominada “positiva”, que busca os fatos por trás das normas, apontando o impacto delas no comportamento dos indivíduos, e outra chamada de “normativa”, que valora as normas e aponta vantagens em termos de eficiência e ganhos sociais. Na AED normativa, contudo, o pressuposto da análise é o referencial predefinido e não qualquer resultado. Como mencionado anteriormente, a tal referência comum.

Por exemplo, uma análise pode ser feita a partir do bem “eficiência do sistema processual”. A partir disso, a Análise Econômica do Direito poderá demonstrar, de modo empírico, em que medida as regras relativas ao sistema dos juizados especiais, dos precedentes vinculantes e microssistema de julgamentos repetitivos ou mesmo as regras relativas à gratuidade de justiça podem influenciar nesse resultado. E, a partir disso, encontrar caminhos para solucionar esse problema, como aumentar o espectro de casos julgados sob o rito dos repetitivos, limitar a recorribilidade das decisões, instituir mais rigor à concessão de justiça gratuita etc.

A AED, portanto, é um método consequencialista complementar do pragmatismo jurídico, que atuam em diferentes frentes: o primeiro traz o viés econômico à análise, e o segundo, o filosófico.

### **3.2. O pensamento de Richard Posner.**

Richard Posner é um juiz americano e doutrinador, que se tornou o expoente do pragmatismo jurídico, abraçando ao longo de sua profícua carreira a missão de compreender como os juízes decidem casos difíceis e, assim, expor, ao longo de diversas obras, como ocorre o seu próprio processo decisório.

Não se pode perder de vista, na leitura das obras de Posner e nas tentativas de importação de suas teorias, que há significativa diferença na construção de decisões

nos sistemas jurídicos da *civil law* e da *common law*, o que explica porque o pragmatismo jurídico se difundiu nos países filiados a este último<sup>19</sup>.

No sistema da *civil law*, o Juiz era, tradicionalmente, um aplicador da lei de modo mais automático (*juge bouche de la loi*), um formalista na essência, enquanto na *common law* ele é o criador do direito a partir de casos concretos (*judge make law*), o que permite que se utilize muito mais da realidade fática para melhor construção de decisões<sup>20</sup>.

Com o tempo e em razão da busca por eficiência, houve uma evolução dos dois sistemas, criando maior aproximação entre eles. Apesar da tradição dogmática, o juiz da *civil law* hoje tem maior atividade criativa, assumindo papel mais ativo na construção de decisões. Isso foi viabilizado por meio de alterações legislativas, que, de um lado, introduziram cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, a serem “preenchidos” pelo juiz nos casos concretos de acordo com as peculiaridades. Trata-se de instrumento legislativo processual destinado a conferir maior adaptabilidade à lei.

A utilização das cláusulas gerais também reforçou o papel da jurisprudência na criação de normas amplas e abstratas, favorecendo a cultura dos precedentes.

Por essas razões, modernamente, não se pode considerá-los como sistemas absolutamente distintos ou isolados, mas a diferenciação entre os modelos é fundamental para se pensar e aplicar o consequencialismo em cada um deles. Com a consciência dessa origem e estrutura distintas, mas que convergem na busca da eficiência na construção de soluções aderentes à realidade, mostra-se muito importante compreender o pensamento de Richar Posner.

Inicialmente, ele propôs a “superação do direito”, um convite para que os juristas extrapolassem os limites do pensamento estritamente jurídico e do direito como ciência autônoma, para reconhecer na eficiência econômica a regra de caráter ético a ser perseguida para resolver as mais diversas questões.

---

<sup>19</sup> O Sistema *Common Law* é a base dos Sistemas jurídicos da Inglaterra, País de Gales, Irlanda do Norte, Irlanda, Canadá, Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia e alguns outros países geralmente de língua inglesa, ou membros da Commonwealth.

<sup>20</sup> Norberto Bobbio bem define esse sistema: “o direito inglês era – e ainda é – um direito não codificado, cujo desenvolvimento era confiado essencialmente ao trabalho dos juízes; tal direito, portanto, não se fundava em leis gerais, mas em casos, segundo o sistema de precedente obrigatório. Era assim, radicalmente assistemático, visto que não apresentava uma linha uniforme de desenvolvimento legislativo, mas antes uma pluralidade de linhas de desenvolvimento judiciário, sendo que cada uma delas se interrompia num certo ponto para ser substituída por uma outra, salvo sempre a possibilidade de que aquela precedentemente fosse retomada. Essa situação parecia intoleravelmente caótica à mente de um pensador racionalista como Betham”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995, p. 94.

A necessidade dessa “superação” surgiu a partir de três premissas: 1) uma visão economicista do mundo; 2) a insuficiência das teorias de justiça pensadas por Aristóteles e John Rawls; e 3) a insuficiência da filosofia moral para auxiliar no direito.

Nos tempos atuais, é muito difícil se obter um consenso sobre o que seja a moral padrão<sup>21</sup>. Isso, aliado à diversidade teórica, resulta na completa ausência de método racional para resolver os problemas morais. A sociedade diverge e sempre divergirá sobre temas morais como “justiça”, “igualdade”, “liberdade” e, se não é possível construir um consenso razoavelmente objetivo sobre a moral, como autorizar que seja utilizada para decidir controvérsias? A sua incapacidade de apontar uma resposta correta, portanto, a torna imprestável como critério decisório.

Para além disso, também seria um erro pensar que toda grande questão jurídica envolva direitos fundamentais e subjetivos. Muitas vezes o que está em jogo é, simplesmente, o custo de um negócio.

A visão econômica de mundo, para Posner, daria conta de suprir essas incapacidades. Ela se apoia na racionalidade e na possibilidade de relação da economia com o direito (isto é, de ausência de completa autonomia desta ciência).

Esse autor compreende que a economia é a ciência que aponta para a escolha racional, em um mundo com escassez de recursos e seu objetivo é explorar quais os desdobramentos de se assumir que o homem é um maximizador de seus objetivos, o que chama de “autointeresse”. Nesse cenário, a eficiência ganha destaque como critério decisório e ele adotou e refletiu sobre o uso de algumas teorias nesse sentido, como a de Pareto e de Kaldor-Hicks.

A racionalidade seria, então, uma espécie de aptidão para escolher os melhores meios para se atingir o fim escolhido<sup>22</sup>. E a racionalidade econômica, a sua vez, permitiria construir um modelo capaz de explicar e anteciper o comportamento humano.

Evoluindo em seu pensamento<sup>23</sup>, Posner acaba por excluir a maximização da riqueza como único pilar do direito, mas manteve outros métodos da teoria macroeconômica, como a análise de custo-benefício. O pragmatismo de Posner, assim, pode ser definido como uma mistura de teorias jusfilosóficas assentadas em dois grandes pilares: a eficiência e a rejeição à autonomia do direito.

---

<sup>21</sup> Mas se pode afirmar que existe um claro favorecimento da moral liberal no mundo do pós-Guerra Fria, de modo que esse liberalismo é que dá força renovada ao utilitarismo jurídico tratado neste trabalho.

<sup>22</sup> Neste ponto, reside uma das mais frequentes críticas ao pensamento de Posner: a confusão entre racionalidade e eficiência.

<sup>23</sup> Desenvolvido no vasto elenco de títulos sobre *Law and Economics* de sua autoria.

A autonomia do direito deveria, segundo sua visão, ceder à interdisciplinaridade, reconhecendo-se a necessidade de o direito se valer da economia, da sociologia, da psicologia e antropologia na construção de soluções. Assim, deveria ser abandonada a ideia de “raciocínio jurídico” e adotado o conceito de “razão prática”.

A razão prática seria uma forma de conhecimento instrumental que existe e pode ser invocada em juízo. Para Posner, ela designaria métodos que as pessoas usam para formar opinião sobre assuntos que não podem ser verificados pela lógica ou observação exata. Uma espécie de processo experimental de erro e de acerto, que inclui relatos de fatos isolados, introspecção, imaginação, senso comum, empatia, atribuição de motivos, moral, autoridade do locutor, metáfora, analogia, precedente, costume, memória, experiência, indução e intuição<sup>24</sup>.

Quanto à objetividade, Posner reconhece a impossibilidade de caracterização do direito como empreendimento objetivo, tal qual esperado das ciências exatas, mas defende uma objetividade chamada de conversacional, que se estabelece no âmbito do debate jurídico e da qual depende o consenso para fixação de conceitos jurídicos. Embora se busque, com isso, objetividade, fato é que o fluxo permanente de informações pode gerar também morosidade.

O papel do consenso seria o de refletir a verdade do mundo real, viabilizando uma atividade interpretativa mais objetiva. A crítica que se faz, aqui, é a de que, ao colocar o consenso como a tábua de salvação da objetividade do direito, Posner se apoia em algo tão volátil e metafísico como os conceitos morais que rejeita, a exemplo de “justiça” e “liberdade”.

A essência do pragmatismo jurídico de Posner pode ser sintetizada nas seguintes palavras:

Decisões judiciais devem ser fundamentadas em uma comparação de custo e benefícios, realista, empiricamente informada e preferivelmente quantitativa. As decisões jurídicas devem se referir ao bem-estar da sociedade de sorte que integridade ou elegância intelectual doutrinária são desejáveis apenas se contribuírem para este bem-estar. A teoria jurídica, o corpo sistematizado de conceitos jurídicos deverá igualmente ser realista, informado empiricamente e desvinculado de pressões intelectuais por sua própria sobrevivência. Deve ser, ao mesmo tempo, contextual e adaptável ao sistema; deve preferir as consequências a argumentos teóricos e abstratos. Em suma, deve se ater aos meios para realização dos fins sociais do que para a própria definição destes, dado o seu caráter eminentemente divergente.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 125-126.

<sup>25</sup> ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 273.

## 4. Uma tentativa de sistematização. Os três tipos de consequencialismo propostos por Schuartz: festivo, militante e malandro.

O termo pragmatismo tem sido usado de maneira imprópria nos mais diversos âmbitos jurídicos<sup>26</sup>, o que, sem dúvida alguma, dificulta a compreensão e estudo de comportamento decorrente de sua aplicação.

Na doutrina a esse respeito, já se registrou que:

De maneira geral, prevalece a ideia de ser prático, não muito ligado às teorias abstratas e, ao mesmo tempo, meio desligado de valores éticos e morais. O pragmático é o que resolve as coisas na prática, mas num certo sentido egoísta como que para atender aos seus próprios interesses<sup>27</sup>.

Daí a importância da tentativa de classificação proposta por Luiz Fernando Schuartz<sup>28</sup>, por ele mesmo justificada a partir dessa necessidade de propor um conjunto de conceitos que possam servir para iluminar de forma exploratória uma realidade que é complexa e multifacetada. E, assim, fazer uma espécie de recorte do fenômeno consequencialista jurídico (mais específico) em fatias representativas do comportamento dos agentes que participam do universo jurídico.

As três classificações propostas dividem o consequencialismo em *festivo*, *militante* e *malandro*. O cenário em que todos os três tipos têm lugar é aquele em que a solução de um caso concreto, a partir de regras a princípio aplicáveis, conduz a uma decisão diferente da desejada pelo usuário da estratégia. De acordo com o autor, essa oposição consequencialista deve ser invocada sempre que uma decisão tiver fundamentação plausível, próxima à única correta ou correta dentro da legislação aplicável.

A distinção entre os tipos de consequencialismo, à sua vez, foram traçados em função do grau de reverência formal à dogmática e às figuras tradicionais da

---

<sup>26</sup> Fenômeno assim reconhecido por Vicente de Paula Ataíde Júnior, e que se confirmou na dificuldade de encontrar uniformidade no uso da expressão ao longo dos estudos que resultaram neste trabalho (ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, pp. 48-49).

<sup>27</sup> ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 48.

<sup>28</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. 2008, n.º 248, p. 150.

argumentação jurídica, principalmente o raciocínio analógico e o respeito ao precedente.

O consequencialismo festivo é o que menos deferência tem em relação ao modo convencional de solução dos problemas. Nele, não se diferencia a aplicação de regras jurídicas e formulação de políticas públicas, o que se faz com base no que o autor chamou de “apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”<sup>29</sup>.

Essas são as razões pelas quais esse tipo de consequencialismo tem ganhado ar caricato e, apesar da ambição transformadora, é impotente e tende a funcionar com a mais jovem das ideologias conservadoras: incorpora antigos vícios do pensamento jurídico no país, que é a importação de fragmentos de doutrina estrangeira para uso meramente ornamental, usado providencialmente de acordo com o desejo do usuário.

O segundo tipo identificado pelo mencionado autor é o consequencialismo militante que, como o primeiro, não se detém diante das regras de direito positivo, porém, alinha-se um pouco mais à tradição e quer fundamentar sua posição em normas e técnicas de interpretação jurídica. Por isso, invoca largamente princípios constitucionais e ponderação de interesses para resolução dos conflitos. Essa é, aliás, a principal característica do consequencialismo militante: a filiação ao neoconstitucionalismo, que articula respeito à tradição e adaptação às necessidades do momento.

Não é difícil defender a invalidade de uma regra cuja consequência da aplicação seja a violação de um princípio constitucional. Nisso há valor no consequencialismo militante, pois seu desfecho ideal é diferenciar as condições que acionam o uso de uma regra daquelas que autorizam excepcioná-la.

Há enorme importância nessa diferenciação, o que pode ser constatado com alguns interessantes exemplos de decisões. A regra do Código de Ética Médica que determina que o médico conte ao paciente a verdade sobre a sua doença pode ser afastada, num caso concreto, em que o impacto dessa informação seja capaz de piorar as condições do paciente. Do mesmo modo, a jurisprudência brasileira tem afastado, de modo pacífico, a vedação contida no art. 1º da Lei 9.494/97, de concessão de liminares contra o Estado, para determinar a entrega de medicamentos considerados vitais. Além disso, a proibição ao ingresso de cães em restaurantes é afastada quando se trata de cães-guias para portadores de necessidades especiais, no campo visual. O STF

---

<sup>29</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. 2008, n.º 248, p. 152.

também já afastou a regra constitucional da intervenção federal em razão do inadimplemento de precatórios judiciais, porque o interventor enfrentaria as mesmas dificuldades de pagamento. Enfim, são inúmeros os exemplos em que o respeito a um valor constitucional justificou o afastamento, no caso concreto, de um preceito normativo<sup>30</sup>.

A crítica que o autor faz a esse tipo de consequencialismo é que são difíceis as condições para se provar a verdade de uma proposição dessa natureza:

O sujeito faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais; mas estes tampouco poderão provar sua negação. Fora do sistema jurídico, as incapacidades se compensam e a controvérsia terá que ser solucionada consensualmente com argumentos de outro tipo ou então deixada em aberto (como é usual no sistema científico). No direito, porém, a solução cabe à autoridade judicante competente, que decide pondo fim à controvérsia segundo o seu próprio convencimento subjetivo.<sup>31</sup>

O maior déficit metodológico do consequencialismo militante seria a simpatia por determinada causa. Assim, a dinâmica decisória encontra seu momento crucial quando o julgador se identifica com a causa a ser abraçada, servindo os argumentos consequencialistas para justificá-la *ex post*. Diferentemente do que ocorre com o realismo jurídico, em que as razões ideológicas e extrajurídicas racionalizam retrospectivamente uma decisão antes tomada, no consequencialismo militante, esse processo não é velado. A relativização da lei é expressamente colocada a partir da preservação do valor tido como legitimador de tal escolha.

Por fim, o consequencialismo malandro<sup>32</sup> seria o mais sofisticado deles e com aparente maior grau de deferência ao sistema jurídico, na medida em que sua estratégia argumentativa se implementa através da dogmática jurídica e tem lugar quando o direito positivo não oferece condições de justificar determinada decisão. O processo consiste

---

<sup>30</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo. *Regulação e Agências Reguladoras, Governança e Análise de Impacto Regulatório*, Brasília, 2009, p. 41.

<sup>31</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. 2008, n.º 248, p. 153.

<sup>32</sup> Emprega-se o termo *malandro*, para justificar este tipo de consequencialismo, que advém da característica de que se pretende fazer recortes da lei, para costurá-los de modo a cobrir uma realidade, quando na verdade, o respeito aos sistemas íntegros impediria a aplicação da solução adotada. O termo *malandro* no dicionário Oxford é definido como “aquele que não trabalha, que lança mão de recursos engenhosos, freq. Condenáveis”. Exemplo disso, no plano jurídico, seriam os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Acaso se considerem que elas devem responder solidariamente por uma dívida, porque integram o mesmo grupo e, ao cabo, beneficiam-se conjuntamente em suas operações, não se pode negar que haja compensação de créditos/débitos das diferentes pessoas jurídicas, pertencentes a tal grupo. Admitir a unicidade para fins de responsabilidade pelo pagamento, mas não admiti-la para que seus ativos e passivos sejam compensados, significa desconstruir o instituto, elegendo pesos e medidas diferentes para os mesmos fenômenos jurídicos, ou, de modo coloquial, buscando o “melhor” ou “pior” de cada instituto, sem conferir-lhe integridade e coerência. Isso é o que ocorre no consequencialismo a que o autor chamou de malandro.

em desconstruir e reconfigurar elementos de modo a atender a solução buscada. Isto é, construir conceitos ou proceder a distinções que sugiram que a solução proposta desde sempre se mostrou admissível dentro do ordenamento jurídico.

Para o autor, essa malandragem possui vários atributos positivos. É uma argumentação sofisticada e se dá mediante amplo conhecimento e ótimo manejo do sistema jurídico. Por isso, também propicia inovações interessantes e enriquecedoras. Soma-se a isso a construção de soluções customizadas para problemas específicos, justificadas a partir de uma perspectiva generalista que atende à justiça formal e às exigências da isonomia. Nas palavras do autor, “o consequentialismo malandro cria, redesenha e eventualmente aperfeiçoa a dogmática jurídica para colocar a seus serviços”<sup>33</sup>.

Para melhor elucidação do que aqui se tratou, veja-se a tabela abaixo:

Tipos de Consequentialismo	Festivo	Militante	Malandro
Grau de deferência ao sistema jurídico	Menor	Intermediário	Maior
Principal característica	Não se diferencia a aplicação de regras jurídicas e formulação de políticas públicas, ignora os limites do direito positivo.	Alinha-se um pouco mais à tradição e quer fundamentar sua posição em normas de conceito abertos, especialmente princípios.	Fundamenta as decisões em normas jurídicas, ainda que desconstrua institutos e os reconfigure de modo a vestir as soluções adotadas.  Primeiro, escolhe-se a decisão, e depois, busca-se justificativas legais para lastreá-las.

Fonte: Autoria própria.

<sup>33</sup> SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequentialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. 2008, n.º 248, p. 156.

## 5. Críticas ao consequencialismo.

### 5.1. Violação ao princípio da separação dos Poderes (ou princípio democrático).

A Constituição Brasileira de 1988 consagra, em seu art. 2º, o princípio da separação dos poderes, baseada na independência e harmonia entre eles e na ausência de subordinação funcional e no controle mútuo.

Esse princípio nasceu da necessidade de repartir o exercício do poder político por entes distintos, a fim de criar um sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tendo como finalidade evitar o abuso.

A crítica que se põe, de maneira até intuitiva é a seguinte: se o consequencialismo se funda na premissa de que o juiz deve considerar as consequências das decisões na construção das soluções, favorecendo a “criação judicial do direito”, em que medida tal atividade não feriria a separação dos poderes e ultrapassaria o limite do exercício da jurisdição para vir a substituir o legislador?

A Lei, atualmente, não representa mais a expressão pacífica de uma sociedade política e coerente, tampouco o término dos conflitos. Ela pode e deve ser vista como um ato geral, abstrato e impessoal, que expressa valores objetivos, coerentes, racionalmente justificáveis e generalizáveis, em regra.

Nessa atual dimensão, houve um redimensionamento do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, no qual a Lei se submete a uma relação de adequação a um estrato mais alto estabelecido na Constituição. O Poder Judiciário, então, assume um papel fundamental na conformação das leis aos princípios constitucionais e à realização dos direitos e garantias fundamentais.

Não por outra razão vemos juízes negando a validade de regras, por sua inconstitucionalidade, ou até mesmo determinando medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos. O movimento é de harmonização dos poderes, em busca do bem-estar social e da melhor realização das funções do Estado, e não mais da ideia de separação absoluta.

Dessa foram, compreende-se que o pragmatismo jurídico não viola, *de per se*, tal princípio, mas promove essa harmonização, atrelando as consequências reais às políticas constitucional e legalmente previstas<sup>34</sup>.

## 5.2. Violação ao princípio democrático.

A aventada violação ao princípio democrático ocorreria na medida em que se supõe que o julgador, ao decidir de acordo com o consequencialismo, faria opções para além do que o sistema legal permite e, assim, adentraria no campo do ativismo judicial.

Afilia-se, contudo, ao pensamento de que o pragmatismo não propõe a substituição de valores constitucionais e tendências políticas por preferências pessoais do juiz, mas, sim, orienta que se decida olhando para o caso concreto e na tentativa de realizar os valores eleitos democraticamente pelo sistema (legal e jurídico). O que se faz, no entanto, é afastar argumentos dogmáticos ou formalistas que afastem o resultado prático daquele que realmente deve ser buscado.

## 5.3. Violação ao princípio da segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos pilares do Estado de Direito. Ela é, por assim dizer, a razão de ser dos sistemas jurídicos: orientar condutas, de modo a conferir previsibilidade aos cidadãos. Com isso, promove-se a estabilidade das relações jurídicas; a confiança da sociedade e cria-se ambiente favorável ao desenvolvimento econômico e social<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Essa é a compreensão, por exemplo, dos seguintes autores: GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia, In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 11; ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, pp.96-98.

<sup>35</sup> Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de elemento essencial ao Estado Democrático de Direito, que se desenvolve em torno de dois conceitos basilares: o da *estabilidade* das decisões dos Poderes Públicos, que não podem ser alteradas, senão quando concorrerem fundamentos relevantes, *através de procedimentos legalmente previstos*; o da *previsibilidade*, que se "reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1993, pp. 259-260). Nesse sentido, também, Celso Antonio Bandeira de Mello diz que "o objetivo do direito é a segurança. O que o direito visa é exatamente fornecer aos indivíduos pautas que serão seguidas e respeitadas para que as pessoas saibam quando estão conforme a ordem jurídica e, portanto, podem prever os eventos que daí se sucederão, e quando estão desconformes à ordem jurídica e podem, igualmente, prever as eventuais consequências que as atingirão. (...) Se o direito não fornecer isso aos indivíduos, ele não forneceu absolutamente nada" (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Planejamento Tributário. Revista de Direito Tributário*. 1995, v. 67, pp. 43-64).

O temor que existe em relação ao pragmatismo, nesse sentido, é fruto da concepção de que ele seria uma espécie de procuração em branco para que o julgador decidisse de acordo com convicções ou preferências pessoais. Ou, ainda, que a flexibilidade que se propõe, para atender aos resultados práticos buscados no caso concreto, poderia resultar em decisões muito distintas, criando um cenário de incoerências. O contra-argumento que se coloca, aqui, é que prender o juiz à letra da lei não é sinônimo de segurança jurídica<sup>36</sup>, porque existem, ainda nessa situação, amplas possibilidades interpretativas em diversos casos. Essa é a razão pela qual, no sistema da *civil law*, não é incomum a prolação de decisões diferentes e até contraditórias para situações substancialmente idênticas.

É dizer: a possibilidade de decisões distintas para casos similares tem origem mais profunda, e está ligada ao grau de subjetivismo existente na ciência jurídica e na atividade decisória, porque esse espaço precisa existir. A prestação jurisdicional se ocupa de casos concretos e suas peculiaridades, de modo que esse efeito indesejado não se liga ao pragmatismo, mas à atividade humana envolvida.<sup>37</sup>

Exemplo que bem ilustra essa afirmação são os mecanismos processuais de origem tipicamente pragmatistas, como o sistema de precedentes vinculantes (no Brasil,

---

<sup>36</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 216.

<sup>37</sup> Segundo lecionam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “às vezes, a lei se serve de conceitos precisos (por exemplo = um ano) e, por outras vezes, de conceitos que linguisticamente têm sido chamados de conceitos vagos ou indeterminados (por exemplo = união estável, bom pai de família, interesse público etc.). Esses conceitos aparecem, aliás, na formulação de princípios jurídicos e de cláusulas gerais. Os conceitos vagos ou indeterminados são expressões linguísticas (signos) cujo referencial semântico não é tão nítido, carece de contornos claros. Esses conceitos não dizem respeito a objetos fáceis, imediatos e prontamente identificáveis no mundo dos fatos. A interpretação dos conceitos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque o uso desses conceitos consiste numa técnica legislativa marcadamente afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela instabilidade, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram verdades sociais” (ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4.<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 6.<sup>a</sup> ed. impressa, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n. 5.1).

chamado de microssistema de recursos repetitivos),<sup>38</sup> que busca dar maior uniformidade e estabilidade às decisões<sup>39</sup>.

Portanto, não se vê no consequencialismo uma ameaça à segurança jurídica.

---

<sup>38</sup> A respeito, Luiz Rodrigues Wambier ensina que “além das alterações no regramento do procedimento de julgamento dos recursos repetitivos, implementados ainda na vigência do código anterior, o CPC/2015, a partir da criação de um ‘microssistema de solução de casos repetitivos’, reestruturou o tratamento da litigiosidade de massa. Esse microssistema é formado pelo regime de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivo e pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), cujas normas de regência, segundo orientação do Enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *complementam-se e devem ser interpretadas conjuntamente*. A intenção do legislador do CPC/2015 foi a de criar um sistema que permita a obtenção de solução para o problema consistente na existência de decisões completamente distintas para casos que contenham a mesma questão de direito (o que é bastante recorrente na prática forense) em todas as instâncias, e mesmo nos casos em que recursos para os tribunais superiores não sejam cabíveis (p.ex., ofensa a direito local)” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os recursos especiais repetitivos no contexto do novo processo civil brasileiro. *Revista jurídica luso-brasileira*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, ano 6, n. 1, pp. 1139-1140). Ainda sobre o tema, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues explicam o seguinte: “No que concerne, especificamente, aos mecanismos processuais destinados à formação dos precedentes de observância obrigatória, é forçoso reconhecer que sua previsão não está restrita ao já referido art. 927. Há na verdade um rol de dispositivos que formam, juntos, não um universo, mas sim um multiverso de precedentes. Cada universo é aplicável a uma determinada situação do processo, e as hipóteses são alargadas ou encurtadas de acordo com as peculiaridades de cada caso. Assim, além do art. 927, vamos encontrar no art. 332 mais uma previsão de força vinculante dos precedentes, ao contemplar a possibilidade de julgamento liminar de improcedência das pretensões que versem exclusivamente sobre questão de direito e que contrariem enunciados de súmulas do STF ou do STJ, acórdãos proferidos pelo STF ou STJ em julgamento de recursos excepcionais repetitivos, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e enunciado de súmula de Tribunal de Justiça quanto ao direito local. Esse rol é integrado, também, pelo art. 311, II, que autoriza a concessão de tutela de evidência quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante. Importante lembrar ainda dos arts. 496, § 4.º e 521, IV, que, igualmente fazem previsão expressa do uso de precedentes para, respectivamente, dispensar a remessa necessária (...) e dispensar a exigência de caução nos casos de cumprimento provisório da decisão (...). Por fim, o art. 932, que, ao tratar dos poderes monocráticos do relator, permite negar ou dar provimento a recurso que for contrário a súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos, ou ainda entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. O microssistema de formação de precedentes vinculantes previsto no Código de Processo Civil de 2015 é composto, portanto, pelas normas gerais previstas nos arts. 926 a 928, bem como pelas disposições esparsas que regulamentam todos os mecanismos de julgamentos por amostragem acima mencionados” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto De Aragão Ribeiro. O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*. 2016, vol. 259, p. 405 - 435).

<sup>39</sup> Para Vicente de Paula Ataíde Júnior: “o pragmatismo jurídico defendido neste trabalho, ao contrário de atuar para aprofundar essa crise de segurança jurídica do civil law, atua para combatê-la. Reconhece que a segurança jurídica é um escopo do direito e por isso subministra meios para a realização desse escopo, como a introdução de um sistema de precedentes obrigatórios, independentemente da previsão expressa na Constituição ou na Lei formal. Os precedentes vinculantes, como mencionado, constituem uma estratégia pragmática para garantir a segurança jurídica, ainda que se possam levantar objeções de caráter dogmático ou conceitual”. ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013, p. 101.

## 6. Afinal, o que propõe o art. 20 da LINDB?

A redação do art. 20 da LINDB assim dispõe:

Nas esferas administrativa, controladoria 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 adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A pretensão dos autores do projeto, que se converteu em lei, foi a de reduzir o espectro de decisões administrativas ou judiciais tidas como superficiais ou excessivamente subjetivas, que utilizavam fundamentações genéricas e abstratas, deixando de se conectar com os efeitos concretos alcançados pela decisão.

Esse dispositivo se insere dentro da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que constitui verdadeiro “sobredireito”, consolidando regras sobre como se decidir.

Importante notar também que, ao se referir às “consequências práticas da decisão”, o art. 20 não diz respeito à repercussão da decisão no mundo jurídico, mas, sim, no mundo dos fatos (=consequências extrajurídicas).

O consequentialismo, então, passou do nível teórico ao nível normativo, tornando-se de observância obrigatória pelos aplicadores do direito.

### 6.1. Em que berço nasceu o art. 20 da LINDB?

A necessidade que deu origem ao projeto de lei surgiu em um cenário de proliferação de leis e de regras com grande grau de abstração e generalidade. Foi realizada uma espécie de diagnóstico doutrinário previamente à elaboração do Projeto de Lei que deu origem ao art. 20. Em síntese, a conclusão apontou que “vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça. In: *Direito Administrativo para Céticos*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205-229.

É natural pensar que a vocação de uma lei, enquanto comando abstrato que a todos vincula, deva realmente ser indeterminada, isto é, prescrever situações gerais, e não se dirigir a destinatários certos. Esse fenômeno seria ilegal e é chamado de lei casuística<sup>41</sup>.

Também se observa que, quanto maior a hierarquia da Lei, maior o grau de abstração, o que ocorre justamente para que a quantidade de soluções que nela se ancoram sejam amplas. É o caso de princípios e diversos comandos emanados da extensa Constituição Federal do Brasil de 1988.

A relevância atribuída aos princípios jurídicos é fruto de uma corrente doutrinária denominada de neoconstitucionalismo<sup>42</sup>. Defende-se a existência de uma dimensão normativa dos princípios jurídicos, reconhecendo que, embora não contenham comandos precisos e determinados, eles impõem concepções e valores que devem ser observados na construção de soluções.

Esse fenômeno foi bem apreendido no plano da moderna doutrina:

A continuarmos a invocar princípios como fonte de decisão para qualquer caso, admitindo ainda que se traga ao debate princípios não internalizados e positivados em nosso ordenamento, e, mais ainda, adotando princípios que sequer o são, como razão de decidir, sucumbirá nosso sistema às vontades meramente ideológicas deste ou daquele grupo,

---

<sup>41</sup> Na lição de Gilmar Ferreira Mendes, "limitação implícita que há de ser observada diz respeito à proibição de leis restritivas de conteúdo casuístico ou – discriminatório. Em outros termos, as restrições aos direitos fundamentais devem ser estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, evitando, assim, tanto a violação do princípio da igualdade material, quanto a possibilidade de que, através de leis individuais e concretas, o legislador acabe por editar autênticos atos administrativos. Diferentemente das ordens constitucionais alemã (LF, art. 19, I) e portuguesa (Constituição, art. 18, III), a Constituição brasileira não contempla expressamente a proibição de lei casuística no seu texto. Isto não significa, todavia, que tal princípio não tenha aplicação entre nós. Como amplamente admitido na doutrina, tal princípio deriva do postulado material da igualdade, que veda qualquer tratamento discriminatório ou arbitrário. Resta evidente, assim, que a elaboração de normas restritivas de caráter casuístico afronta, de plano, o princípio da isonomia. É de observar-se, outrossim, que tal proibição traduz uma exigência do Estado de Direito democrático, que se não compatibiliza com a prática de atos discriminatórios ou arbitrários" (MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*. 2015, vol. 10, p. 895 - 928).

<sup>42</sup> Segundo doutrina Luís Roberto Barroso, "a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a II Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático". E explica que: "a principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo Direito Constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do Direito Constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito" (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*. 2005, v. 3, n. 6, p. 213).

fazendo-se letra morta de todo o conjunto de normas infraconstitucionais, sempre submetidas à ideológica interpretação de princípios e pseudoprincípios.<sup>43</sup>

A outra face dessa moeda é, justamente, a possibilidade de decisões contraditórias e a imprevisibilidade na decisão dos casos concretos, aumentando o grau de insegurança jurídica. A multiplicidade de princípios fomenta a diversidade decisória.

Um exemplo comum no campo do direito ambiental é o uso do princípio da vedação ao retrocesso ambiental. A Lei 12.651/2012, que é o novo Código Florestal Brasileiro, trouxe uma regra de transição, que dispõe que se considera lícito o desmate realizado em propriedades privadas que respeitaram, à época do ato, as leis vigentes a respeito das respectivas coberturas arbóreas<sup>44</sup>. Isso, porque a legislação que protege a vegetação nativa no Brasil sofreu evolução ao longo do tempo. Logo, não se poderia considerar ilegal o ato de desmatar em época em que tal proibição inexistia. Trata-se de um preceito que decorre de todo sistema, especialmente do princípio constitucional da legalidade (=se não for proibido, é permitido), mas que precisou ser explicitado pelo legislador brasileiro no tema do direito ambiental. Mesmo assim, o Superior Tribunal de Justiça proferiu reiteradas decisões, invocando o princípio da vedação ao retrocesso ambiental. Com base unicamente nele, afastou lei vigente por reputar (ideologicamente) que esse dispositivo configuraria retrocesso ambiental.<sup>45</sup> Em face dessa decisão, a parte prejudicada interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, apontando violação ao art. 97 da CF<sup>46</sup> e também ao Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante<sup>47</sup>, amparado no raciocínio de que não se pode deixar de aplicar uma lei vigente, tornando-a letra morta, em razão unicamente da prevalência de um princípio jurídico abstrato. O caso ilustra, com força, o fenômeno do aumento da insegurança jurídica pela utilização de princípios abstratos; da ocultação de arbitrariedades e da ausência de compromisso com os efeitos concretos da decisão.

---

<sup>43</sup> GRAU NETO, Werner. Com tantos princípios, em breve não teremos mais meio nem fim. In: FERREIRA, Olavo e GRAU NETO, Werner. *Temas polêmicos do novo Código Florestal*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016, p. 165. Seguindo a mesma linha de raciocínio, Lenio Luiz Streck afirma que “a principal preocupação da Teoria do Direito deve ser o controle da interpretação, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação” (STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. *Revista de Informação Legislativa*. 2012, ano 49. n. 194, p. 20).

<sup>44</sup> Trata-se do art. 68, que assim estabelece: “Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais que realizaram supressão de vegetação nativa respeitando os percentuais de Reserva Legal previstos pela legislação em vigor à época em que ocorreu a supressão são dispensados de promover a recomposição, compensação ou regeneração para os percentuais exigidos nesta Lei.”

<sup>45</sup> Segundo se consignou nesse acórdão, “não se emprega norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais” (AgInt no AREsp n. 910.486/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 18/4/2017).

<sup>46</sup> “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>47</sup> “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Essa característica, embora marcante nos princípios, não lhe é exclusiva. Regras jurídicas, com maior ou menor grau de abstração, também podem comportar interpretações distintas e, assim, produzir decisões diferentes para casos semelhantes.

Há um outro fenômeno que tem intensificado a generalidade das normas e se reflete na composição dos parlamentos. Com a evolução da sociedade para o caminho da maior representatividade de grupos e classes<sup>48</sup>, o exercício da cidadania passou a tocar a condição humana, de maneira a exigir maior heterogeneidade na estrutura das casas legislativas e, como resultado, nas normas produzidas. Isso, porque há, como é natural, maior dificuldade em se aprovar normas que tutelem interesses de grupos específicos, impondo como única solução o aumento do grau de abstração.

É inegável que as normas refletem necessidades contemporâneas, de modo a ecoar o momento existencial daquela sociedade. O dinamismo social, muito à frente da capacidade de acompanhamento do ordenamento jurídico, também é outra razão pela qual o legislador se utiliza de conceitos abertos para prescrever certas condutas. Com a possibilidade de “preenchimento” desses conceitos de acordo com a realidade de dado momento, há expectativa de se manter as leis atuais por mais tempo<sup>49</sup>, evitando-se a obsolescência.

Como é possível concluir, então, a abstração, a generalidade e os conceitos abertos se revelaram técnicas legislativas para atender às necessidades emergentes desse cenário. Seus efeitos deletérios se notam no uso indiscriminado, simplista ou preguiçoso dessas normas.

O conceito de *hard cases* é bastante conhecido no sistema da *common law*, mas não é um fenômeno que lhe seja particular. Os casos difíceis se proliferam em ambos os sistemas jurídicos, na medida em que as sociedades se tornam mais complexas e as normas mais abertas. Trata-se de casos em que existem alternativas decisórias distintas, ou antinomia de normas e princípios, não sendo evidente a solução correta.

---

<sup>48</sup> Marçal Justen Filho registra que esse fenômeno foi denominado por Massimo Severo Gianini como “sociedade multiclasse”. Ele destaca que “a efetiva consagração da democracia produziu um efeito marcante relativamente à composição dos parlamentos. Até o início do século XX, a plena cidadania era dissociada da condição humana. Os direitos políticos – especialmente de votar e ser votado – eram reservados a extratos específicos da população. As decorrências eram a homogeneidade na estrutura e funcionamento das casas legislativas, eis que seus membros compartilhavam de interesses específicos”. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 17.

<sup>49</sup> Como bem explicam Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, “uma das funções dos conceitos vagos é a de driblar a complexidade do mundo atual, possibilitando a existência de decisões mais rentes à realidade, porque são como luvas de borracha, aderindo integralmente ao quadro fático em que nasceu um conflito a que deve pôr fim o juiz. Se assim é, os princípios, nesse contexto, desempenham importantíssimo papel de vetor interpretativo, já que, como afirmamos, segundo o que nos parece, decidir com base em norma que contenha conceito vago é atividade interpretativa, que nada tem a ver com a discricionariedade”. ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4.ª ed. em e-book baseada na 6.ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n. 7.3.

São situações que exigem, sobretudo, ponderação de valores, proporcionalidade, especialidade e análise de consequências práticas.

Nem sempre as respostas dadas pelo Poder Judiciário a casos difíceis realizam esse *iter* decisório. É nessa circunstância que se verifica a oportunidade para o simplismo, que consiste na adoção de uma solução superficial, que não considera a complexidade do problema em sua extensão ou profundidade. E, inevitavelmente, fica longe de ser uma resposta adequada em termos de resultados concretos. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a decisão simplista supera a controvérsia mediante a invocação a normas abertas – tão abertas que poderiam conduzir a conclusões até opostas àquela efetivamente adotada”.<sup>50</sup>

Uma das formas de simplismo é a adoção de fundamento indeterminado, que não tem condições, *per se*, de resolver uma controvérsia, ou poderia justificar decisões em sentidos diversos.

Dos exemplos trazidos na doutrina, destaca-se o “interesse público”. Independente do seu conceito e das possíveis classificações, é evidente que não se pode resolver um conflito concreto com base, unicamente, nesse valor.

Cita-se, como exemplo, um caso envolvendo revisão tarifária de contrato de concessão de serviços públicos, em que a autoridade administrativa competente tenha editado, unilateralmente, norma reduzindo a tarifa que poderia ser praticada pela concessionária, sob o fundamento genérico do interesse público<sup>51</sup>. A ilegalidade do ato se revela, neste caso, por dois aspectos: primeiro, pela invocação genérica do princípio do interesse público, sem, de fato explicitar no que estava consubstanciado, ou seja, em que medida o interesse público se refletia no ato de reduzir tarifas em desacordo com o contrato celebrado entre as partes (e, muito provavelmente, avaliando o caso concreto, com o efeito de frustrar o cumprimento de metas contratuais de universalização do serviço ou, ainda, refletir na qualidade da prestação). De outro, ignorou-se, simplesmente, dispositivos legais que determinam que, embora seja possível a revisão tarifária por ato unilateral do Poder Público – quando haja situação

---

<sup>50</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 22.

<sup>51</sup> No entender de Gustavo Binenbojm, “em caso de conflito de interesses, o desafio prático é decidir qual deles deve prevalecer. Depois da decisão, é fácil dizer que o interesse pelo qual se optou é o interesse público, e o outro o privado. Só que nossa tarefa não é descrever as coisas depois de resolvidas; é ajudar na solução. De que adianta dizer: ‘o interesse público deve ser preferido’, se o problema é justamente saber qual dos interesses é o ‘público’? O tal princípio, além de inútil – por não ajudar na resposta – pode ser muito, muito perigoso, se combinado com a presunção autoritária de que *vontade do Estado é sinônimo de interesse público*. Essa presunção não é compatível com o regime constitucional, pois o respeito aos direitos individuais tem de ser compromisso do próprio Estado, mas anda solta por aí, assombrando – e Gustavo faz o alerta de que, mesmo involuntariamente, o velho princípio da supremacia a mantém viva” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, nota à 2.ª edição).

que configure interesse público – essa alteração deve ser acompanhada de medidas compensatórias de reequilíbrio econômico-financeiro daquele mesmo contrato<sup>52</sup>.

Muitas vezes, por detrás de decisões genéricas e fórmulas imprecisas, está uma escolha subjetiva, até ideológica da autoridade estatal. Não se desconhece a existência de várias decisões nas quais facilmente se revela uma inversão procedimental: primeiro, escolhe-se como decidir, e depois, busca-se os fundamentos para dar ar de legalidade à ordem proferida<sup>53</sup>.

Deixa-se de lado, portanto, a decisão que nasce como fruto da subsunção dos fatos às normas existentes; como a solução naturalmente apresentada pelo sistema e, apenas no caso de antinomias ou lacunas, a possibilidade de busca, então legítima, por valores eleitos pelo legislador na formulação das políticas públicas e fórmulas de proporcionalidade frente aos efeitos concretos.

Decisões que se referem, por exemplo, aos lucros percebidos por instituições financeiras em discussão que tratava da cobrança de tarifas bancárias por serviços prestados, ou dos lucros das concessionárias de serviço público em ação que debatia a qualidade dos serviços prestados. Fica fácil identificar o viés ideológico do julgador que, pela impertinência lógica do argumento como razão de decidir e pelo afastamento das leis claramente aplicáveis, converte-se em arbitrariedade<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> São eles:

Art. 58, I e §1º, da Lei 8.666/93: “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...) § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”.

Art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/95: “A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

Art. 35 da Lei 9.047/95: “A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

<sup>53</sup> Marçal Justen Filho denominou esse processo de racionalização e o definiu como algo que afeta todos os seres humanos, de modo a se tratar “de um processo desenvolvido *a posteriori* de uma situação concreta, caracterizando-se pela formulação de justificativas para uma conduta ou um sentimento pré-existente. O processo de racionalização destina-se a legitimar a conduta perante terceiros, mas especialmente em face do próprio sujeito”. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 28. Essa prática, para Georges Abboud, constitui-se naquilo que chama de “simulacro de fundamentação” e que é incompatível com o Estado Constitucional. Em seu sentir, “decidir conforme eu quero e depois buscar o fundamento, configura uma simples manobra para disfarçar arbitrariedades”. ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

<sup>54</sup> A esse respeito, Marçal Justen Filho já registrou que, “para tentar legitimar uma decisão incompatível com a ordem jurídica, uma prática reprovável seria a autoridade invocar valores abstratos – que não foram por ela efetivamente tomados em consideração – para impedir a identificação dos valores reprováveis a que fundamentaram a decisão. Então, a autoridade omite o valor concreto realmente consagrado e se reporta a valores abstratos destituídos de qualquer pertinência”. JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 28.

## 6.2. O aperfeiçoamento do processo de interpretação e aplicação da Lei nos casos concretos.

Diante do grau de complexidade que a nossa sociedade apresenta, não se vê como solução disponível a redução do grau de abstração das normas. Como vimos, há um objetivo importante nessa fórmula de criação do direito: mantê-la flexível, atualizada com o passar do tempo e, também, aplicável a diferentes grupos e situações.

Portanto, compreende-se, assim como identificou o legislador que propôs o PL da segurança jurídica, que o aperfeiçoamento deveria se centrar no processo de interpretação e aplicação da lei: a construção das decisões administrativas e judiciais.

Foi exatamente com esse objetivo que o art. 20 propôs uma espécie de compromisso, na forma de direito positivo: ele não impede que a decisão seja fundamentada em valores abstratos, mas exige que essa escolha seja refletida em um raciocínio que considere os efeitos concretos que advirão de sua aplicação.

É um processo de verificação da concretização do valor que se elegeu, em tese, como prevalecente. Essa ligação da aplicação da norma com o resultado que decorre dessa aplicação, em termos práticos, serve para aferir se realmente se está dando concretude àquele valor. E mais: se a solução que daí resulta é efetivamente adequada, razoável e útil.

Isso significaria, no exemplo antes mencionado, relativo à revisão tarifária, que se justificasse, para além do interesse público, as razões pelas quais, no caso concreto, poderia haver perda de receita pela concessionária sem prejuízo da prestação dos serviços ou do cumprimento de metas de universalização. E isso, pela leitura que se impõe a partir do art. 20, deveria ser feito considerando os números realmente encontrados na equação financeira de receitas e despesas da concessão de serviços objeto daquela ação. O manto simplista, preguiçoso ou arbitrário da existência de lucros excessivos ou do interesse público vazio, não se presta à solução, real, desse tipo de controvérsia.

E qual seria, então, a maneira adequada de se aplicar o art. 20?

Compreende-se que se trata de raciocínio que deve percorrer o seguinte caminho: 1) identificação dos fatos incontroversos e comprovados, de modo a definir a moldura fática; 2) identificação e análise das regras aplicáveis ao caso; 3) subsunção dos fatos a essas normas; 4) em caso de lacunas legais, antinomias ou dúvidas interpretativas, deve-se socorrer dos valores que orientam as políticas públicas nas quais se insere o

bem em jogo e na jurisprudência vinculante ou dominante dos Tribunais Superiores; e 5) deve-se, sempre, cotejar as hipóteses possíveis de solução, a partir dos itens precedentes, com as consequências práticas de cada uma e, enfim, escolher a que melhor realize os valores eleitos pelo legislador como prioritários.

Para tanto, o julgador deverá contar com seu conhecimento técnico e experiência, mas o papel das partes ganha maior relevância com o uso adequado de seu ônus argumentativo.

Acredita-se que, inspirados na contribuição dos *amici curiae* em processos de grande relevância e sob o sistema de julgamentos repetitivos<sup>55</sup>, devem as partes agir trazendo dados de realidade, com informações documentadas sobre os impactos sociais, econômicos, ambientais e jurídicos de cada decisão. Ou seja, com conhecimento interdisciplinar relevante para subsidiar o julgador no processo de avaliação do resultado concreto da decisão.

O raciocínio que embasa o amplo debate propiciado pela figura do amigo da corte é o mesmo aqui exposto, quanto ao dever de argumentação das partes. Não se pode perder de vista que a função jurisdicional reflete típico exercício do poder estatal, a que estão sujeitas as partes litigantes. E, enquanto parte do regime democrático, o exercício do poder é legitimado pela participação social, que acontece por vários meios.

No processo, a participação e a concretização do valor democracia são viabilizadas pelo exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que gravitam em torno da noção de devido processo legal. Para assegurar que o processo será realmente democrático, o legislador incentiva a participação das pessoas que ficarão sujeitas à autoridade das decisões nele proferidas.

Nesse sentido, acredita-se que as partes deverão, em suas manifestações, desenhar os cenários possíveis levando em consideração as hipóteses decisórias, assim como, no plano prático, muitos *amici curiae*, ao defenderem a fixação de

---

<sup>55</sup> Segundo ensina Luiz Rodrigues Wambier, “em linhas gerais, o *amicus curiae* é o terceiro admitido no processo com o objetivo de fornecer subsídios instrutórios para a solução de causas que apresentem especial relevância ou complexidade. Ou seja, ele traz ao processo mais elementos que ajudam o órgão julgador a decidir. É dessa circunstância que decorre a designação ‘amigo da corte’”. No que diz respeito à disciplina legal do instituto, o autor explica que o CPC/15 “preferiu estabelecer uma regra geral de admissibilidade do *amicus curiae*, no artigo 138.º, no título em que regula a intervenção de terceiros, mas sem deixar de tratar da matéria nas hipóteses específicas, como nos recursos especiais e extraordinários repetitivos, na alteração de entendimento sumulado ou de tese fixada em julgamento de casos repetitivos, no incidente de arguição de inconstitucionalidade, na repercussão geral e no incidente de resolução de demandas repetitivas - a que chamamos IRDR e que é instituto novo introduzido no sistema brasileiro pelo CPC, com o objetivo de trazer maior racionalidade ao julgamento dos inúmeros casos versando a mesma questão de direito, antes mesmo da subida de recursos aos Tribunais Superiores. Todavia, mesmo havendo previsões específicas, elas devem ser sempre aplicadas em conjunto com a regra geral do artigo 138.º”. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Intervenção do *amicus curiae* no processo civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 2018, vol. XCIV, pp. 457-458.

determinada tese jurídica, propõem uma sugestão de enunciado a ser adotado e expõem os impactos de a tese ser firmada neste ou naquele sentido.

Trata-se de uma visão colaborativa do processo de construção de decisões, que é indispensável para o aperfeiçoamento que se espera que o sistema possa alcançar.

Essa visão se coaduna, inclusive, com os preceitos trazidos pelo Código de Processo Civil promulgado em 2015, no Brasil. O seu art. 6º estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Por sua vez, os arts. 9º, *caput*, e 10, dispõem, respectivamente: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Esses dispositivos constituem um feixe valorativo cuja mensagem é a de que o contraditório, tal como estabelecido no atual direito processual civil brasileiro, vai muito além da possibilidade de reação da parte. Significa dizer que as partes têm direito ao amplo debate no processo, de serem ouvidas em todas as suas etapas e, ao final, terem apreciadas as suas alegações, de modo a influenciar no convencimento do julgador<sup>56</sup>.

Por isso, no plano da doutrina, diz-se que

O modo constitucional de processo impõe, assim, um processo participativo, policêntrico, não mais centrado na pessoa do juiz, mas que é conduzido por diversos sujeitos (partes, juiz, Ministério Público), todos eles igualmente importantes na construção do resultado da atividade processual<sup>57</sup>.

É por tal razão que o legislador expressamente veda o julgador de proferir decisões que não tenham sido fruto do debate entre os sujeitos do processo (partes, MP, juiz etc.). Esse é o núcleo fundamental dos arts. 9º e 10 do CPC/15<sup>58</sup>.

Esse protagonismo das partes não significa qualquer tipo de disputa de poder, ao contrário, pelo viés colaborativo, todos os atores do processo têm o dever de contribuir para a construção da decisão adequada. E esse dever ganha maior relevância em um

---

<sup>56</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, vol. 1, p. 77. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 61.

<sup>57</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 11.

<sup>58</sup> Ao comentar tais normas, Érico Andrade expressa-se da seguinte forma: “As.sim, o art. 10 do CPC/2015 consolida, no ordenamento processual brasileiro, o contraditório e a importância da participação das partes como ponto fundamental para a sentença justa, do ponto de vista da adequação procedimental, sob pena, como destaca a doutrina italiana, de a decisão judicial ser vista como mero ato de força”. ANDRADE, Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. *Revista de Processo*. 2018, vol. 283, p. 55.

processo em que se exige que as consequências práticas da decisão – muitas vezes de grande complexidade e dependente de informações de difícil acesso – sejam consideradas e explicitadas, sob pena de invalidade.

Nesse sentido, é muito oportuno o registro de Marçal Justen Filho, para quem “o art. 20 não implica demandar a capacidade de a autoridade prever aquilo que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade. Ou seja, não se impõe à autoridade uma condição sobre-humana”<sup>59</sup>.

O que o art. 20 impõe, conforme se compreende, é um compromisso (=dever) de se considerar os efeitos práticos das decisões durante o processo decisório, e não de se limitar a argumentos que traduzam mera retórica.

### **6.3. Instrumentos disponíveis para se concretizar a decisão consequencialista. Uma visão sistemática.**

O grande desafio que se coloca à aplicação do art. 20 da LINDB é o de ultrapassar o campo da mera retórica. A análise consequencialista, segundo se percebe, pouco contribuirá para eleger os melhores resultados práticos para a decisão se isso resultar de mero palpite do julgador, isto é, um tipo de enxerto na parte final da decisão para registrar o que considera ser uma consequência prática que deva ser levada em consideração.

Continuar-se-ia, nessa maneira de ler o art. 20 da LINDB, a repetir raciocínios simplistas, apenas travestidos de uma análise consequencialista.

Por isso é que, ao lado da adequada utilização do ônus argumentativo das partes e a partir de uma visão interdisciplinar do direito, as consequências práticas das decisões devem ser objeto de prova ao longo do processo e na medida permitida em cada fase processual.

Há quem proponha, no plano da doutrina<sup>60</sup>, que seja realizada instrução probatória a respeito das prognoses consequencialistas das decisões.

---

<sup>59</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 30.

<sup>60</sup> A respeito, v. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*. 2019, vol. 1009. Conferir também DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da LINDB. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. 2019, ano 19, n. 75, p. 143-160.

Seria uma atividade semelhante à constatação de fatos e conjecturas legislativas realizada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, em que a legitimidade de uma determinada lei depende da confirmação, pelo Tribunal, do prognóstico originalmente fixado pelo legislador para “eventos futuros”.

A Corte Constitucional Alemã se utiliza de diversos procedimentos racionais para a realização de prognósticos, como traz notícia Gilmar Ferreira Mendes:

(a) o ‘processo modelo’ (Modellverfahren), que se refere ao procedimento das ciências sociais destinado a antever desenvolvimentos futuros a partir de uma análise causal-analítica de diversos fatores estáveis ou variáveis; (b) a análise de tendências’ (Trendverfahren), no qual se analisam determinadas tendências no desenvolvimento em função do tempo; (c) o ‘processo de teste’ (Testverfahren) que propicia a generalização de resultados e experiências ou testes para o futuro; (d) o ‘processo de indagação’ (Befragungverfahren), no qual se indaga sobre a intenção dos partícipes envolvidos no processo.<sup>61</sup>

O art. 9º, §1º, e o art. 20, §1º, ambos da Lei 9.868/1999 - que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal –, nesse sentido, autorizam que

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Trata-se, evidentemente, de uma sugestão de método cuja utilização pode auxiliar nos prognósticos a serem realizados, de acordo com a experiência desenvolvida em situações análogas. Não se poderia, de outro lado, exigir que as projeções das consequências práticas fossem todas comprovadas, todas submetidas à instrução probatória, pois isso é absolutamente incompatível com a ideia de projeção futura. Não há, nesse campo, certezas absolutas, trabalhando-se tão somente com probabilidades<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*. 1999, v. 88, n. 766, p. 11-28.

<sup>62</sup> Nesse sentido “como dificilmente poderão ser comprovadas com elevado grau de certeza, por se referir a eventos futuros, as consequências da decisão devem ao menos ser atestadas em caráter probabilístico. Nesse sentido, a prova estatística pode ser um caminho confiável para estipular a consequências práticas da decisão”. PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*. 2019, vol. 1009, p. 7.

A principal ideia aqui apresentada é a de que a consequência prática não pode ser fruto de achismos do julgador, ou seja, de um tipo de exercício descompromissado de futurologia. É fundamental que sejam indicadas bases empíricas ou lógicas de evidenciação em certo sentido. E, nesse ponto, a atividade das partes, como anteriormente referido, é imprescindível. Trata-se de verdadeiro ônus processual de prova e argumentação.

Assim, ainda na fase de postulação, quando possível e sem prejuízo de que isso venha a ser robustecido na fase de instrução, as partes devem trazer aos autos estudos, informações, pareceres, ou seja, documentos idôneos à demonstração das consequências práticas que desejem alcançar ou evitar.

Fala-se também em provas estatísticas e métodos de avaliação consequenciais puramente econômicos ou lastreados em outras áreas do conhecimento. Enfim, é uma porta aberta à interdisciplinaridade, na medida em que se relaciona com os fatos em jogo e enriquece o direito como ciência dinâmica e atenta aos resultados práticos das decisões.

Há uma sugestão interessantíssima de uso, quando possível, da Análise de Impacto Regulatório (AIR)<sup>63</sup>. Trata-se de um instrumento mundial de gestão e implementação de políticas públicas, criado inicialmente nos Estados Unidos e difundido posteriormente pelo mundo, sendo requisito de boas práticas para organizações como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). É, em síntese, um procedimento que auxilia o órgão regulador a melhorar a qualidade de suas decisões e sua utilização foi prevista no art. 5º da Lei 13.874/19, batizada de Lei da Liberdade Econômica<sup>64</sup>. A sua regulamentação se deu por meio do Decreto n. 10.411, que estabelece como deverá ser feita a análise, os parâmetros que deverão ser seguidos e os dispositivos normativos que precisarão ser observados.

Segundo informações extraídas da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL)<sup>65</sup>, a Análise de Impacto Regulatório

---

<sup>63</sup> DALLEONE, Rodrigo Fernandes de Lima e MOREIRA, Egon Bockman. O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório. *Revista de Processo*. 2020, vol. 310/2020, p. 333/346.

<sup>64</sup> "Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico. (Regulamento) Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada."

<sup>65</sup> ANEEL. *Análise de Impacto Regulatório* [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/impacto-regulatorio>.

consiste em avaliar a necessidade e as consequências de uma possível nova regulação, verificando se os benefícios potenciais da medida excedem os custos estimados e se, entre todas as alternativas consideradas para alcançar o objetivo da regulação proposta, a ação é a mais benéfica para a sociedade.

A sua realização é impositiva antes da expedição de Resoluções Normativas e desejável para quaisquer outros atos da Agência que impactem direitos e deveres e aos quais o procedimento possa trazer benefícios<sup>66</sup>.

De acordo com o art. 6º, do Decreto 10.411/19, a análise deve conter a seguinte estrutura, passando pelos seguintes aspectos listados em relatório detalhado:

- sumário executivo, utilizando linguagem simples e acessível ao público em geral;
- a identificação do problema regulatório que se quer solucionar, apresentando suas causas e extensão;
- a identificação dos atores ou grupos afetados pelo problema regulatório identificado;
- a identificação da base legal que ampara a ação da Agência no tema tratado;
- as justificativas para a possível necessidade de intervenção da Agência;
- os objetivos pretendidos com a intervenção da Agência;
- a descrição das possíveis alternativas para o enfrentamento do problema regulatório identificado, considerando a opção de não ação e, sempre que possível, alternativas que não ensejam ato regulamentar;
- a exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas;
- a comparação das alternativas consideradas, apontando, justificadamente, a alternativa ou a combinação de alternativas que se mostrarem mais adequada para alcançar os objetivos pretendidos;

---

<sup>66</sup> Ela só é dispensada em situações muito específicas, que não gere prejuízo ao impacto das decisões. “A AIR pode ser automaticamente dispensável para atos normativos: (i) de natureza administrativa; (ii) voltados à correção de erro material; (iii) que visam consolidar outros atos normativos, desde que não haja alteração de mérito; e (iv) voltados a adequações de texto e referências, desde que não haja alteração de mérito. E, para (i) atos normativos de evidente baixo impacto; (ii) atos normativos voltados a disciplinar direitos ou obrigações definidos em instrumento legal superior que não permitam diferentes alternativas regulatórias ou (iii) em casos de urgência, a AIR também poderá ser dispensada, mediante justificativa e decisão da Diretoria”. ANEEL. *Análise de Impacto Regulatório* [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/impacto-regulatorio>.

- a identificação de formas de acompanhamento e fiscalização dos resultados decorrentes do novo ato normativo;
- a identificação de eventuais alterações ou revogações de regulamentos em vigor em função da edição do novo ato normativo;
- as considerações referentes às informações, contribuições e manifestações recebidas para a elaboração da AIR em eventuais processos de participação pública ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise; e
- o prazo para início da vigência das alterações propostas.

De modo adicional, caso o problema regulatório objeto da análise se revista de significativa complexidade, o Relatório de AIR também deve avaliar:

- o mapeamento da experiência nacional e internacional no tratamento do problema regulatório sob análise;
- a mensuração, sempre que possível quantitativa, dos possíveis impactos das alternativas de ação identificadas sobre os consumidores ou usuários dos serviços prestados e sobre os demais principais segmentos da sociedade afetados; e
- o mapeamento dos riscos envolvidos em cada uma das alternativas consideradas.

A análise de impacto regulatório ganha, diante dessas características, importantíssimo papel para a análise das consequências práticas de decisões que envolvam determinados setores econômicos regulados. Produzida por uma entidade técnica com conhecimento diferenciado e autonomia, fundada em estudos e dados especificamente levantados para subsidiar a decisão e com grau de participação social ainda maior do que aquele propiciado em processo judicial, deve ser considerada como representativo do senso comum da comunidade técnica para as questões de determinado segmento<sup>67</sup>.

Para além do uso obrigatório em ações que versem temas que foram objeto da Análise de Impacto Regulatório, também se encontra no mencionado estudo – por sua eficiente estrutura para adequadamente antever as consequências da tomada de

---

<sup>67</sup> Essa é a compreensão de Rodrigo Fernandes de Lima Dalledone e Egon Bockman Moreira (O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório. *Revista de Processo*. 2020, vol. 310/2020, p. 333/346), a qual se adere no presente trabalho.

decisão – modelo<sup>68</sup> capaz de orientar outras análises de impacto (=consequências práticas) para além de atividades reguladas.

Por tudo isso é que se conclui ser indispensável certo rigor e controle no uso das informações trazidas ao processo sobre as consequências práticas advindas do problema tratado, isto é, o juízo deve se valer de fontes reconhecidamente idôneas e auxílio de *experts* para formar seu convencimento. A linha de raciocínio é a mesma que já se construiu para outros temas de natureza técnica, em que o juiz não está adstrito ao laudo do perito<sup>69</sup>, embora, de outro lado, não possa rechaçá-lo com base unicamente na sua experiência ou convicção pessoal. Afinal, a autoridade atribuída à figura do julgador não retira sua condição de leigo para questões técnicas que ultrapassem a aplicação do direito.

No limite e quando a complexidade da causa assim permitir, a valoração dessas provas pode ser feita a partir do que estabelece o art. 375 do CPC/15: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

O *iter* processual probatório não difere daquele existente para os fatos constitutivos, impeditivos ou modificativos do direito na demanda. Há sugestão no plano da doutrina, que se compreende como pertinente, de que as consequências práticas sejam indicadas pelas partes previamente e incluídas como pontos controvertidos do litígio.

Essa providência propicia a delimitação das consequências possíveis, o contraditório sobre elas e a produção de provas a esse respeito, isto é, conforma-se com o desenho do devido processo legal, afastando da atribuição de consequências práticas o risco de se tornar mero achismo de última hora, enxertado na decisão.

E, mesmo finda a instrução probatória, nada impede que o juiz, apoiado em seus poderes instrutórios, de acordo com o art. 370 do CPC/15<sup>70</sup>, determine providências de ofício, necessárias à formação do seu convencimento. Há, também, possibilidade de

---

<sup>68</sup> É interessante registrar que, no sítio da ANEEL na internet, são disponibilizadas diversas análises de impactos regulatórios feitas para casos concretos.

<sup>69</sup> Nesse sentido, é sólida a posição da jurisprudência brasileira. Ver, por todos: STJ. Edcl no AgInt no AREsp n. 1.890.383/RS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, Dje de 25/4/2022; AgInt no AREsp n. 1.960.327/AM, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/4/2022, Dje de 13/5/2022; AgInt no AREsp n. 1.355.970/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 28/3/2022, Dje de 31/3/2022. Na mesma linha, na doutrina, Arruda Alvim leciona que “é orientação plenamente válida a de que o juiz não fica vinculado ao laudo pericial, podendo formar sua convicção a partir de outros elementos probatórios existentes nos autos”. ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 5.ª ed. em e-book baseada na 20.ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, n. 25.6.4.

<sup>70</sup> Que dispõe o seguinte: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

conversão de julgamento em diligência, em grau recursal, como preconiza o art. 938, §3º, do CPC/15<sup>71</sup>, para robustecer o convencimento do Tribunal quanto às consequências práticas das decisões<sup>72</sup>.

## 6.4. O dever de fundamentação das decisões na Constituição Federal; no Código de Processo Civil e a exigência que emana do parágrafo único do art. 20: motivação sob o viés consequencialista.

A fundamentação é requisito constitucional (art. 93, IX, da CF<sup>73</sup>) e legal (arts. 165<sup>74</sup> e 458<sup>75</sup> do CPC/73 e 489 do CPC/15<sup>76</sup>) de validade das decisões. Esse controle estende seus efeitos em duas dimensões da motivação: uma interna, relacionada ao nexo que

---

<sup>71</sup>Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução”.

<sup>72</sup> Posição defendida por Carlos Frederico Bastos Pereira, Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*. 2019, vol. 1009, p. 8.

<sup>73</sup> “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

<sup>74</sup> “Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

<sup>75</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

<sup>76</sup> “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

há entre o fato e o direito, isto é, o processo de subsunção, e outra externa, que consiste na justificação dos fundamentos escolhidos.

Trata-se de exigência que se consubstancia em verdadeira garantia aos jurisdicionados: a possibilidade de exercerem o controle dos pronunciamentos administrativos e judiciais e de impugná-los de modo eficaz, se for o caso. Sob essa ótica, é princípio processual e direito individual dos jurisdicionados.

A outra face dessa exigência é a de dever do julgador, configurando-se requisito formal de suas decisões, uma vez que, como visto, legitima o exercício do monopólio da jurisdição nos Estados Democráticos. Nas palavras de Barbosa Moreira, a ideia é fundamentalmente a de que, “o Estado não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem explicitar as razões”<sup>77</sup>.

Há também quem mencione a dupla dimensão da fundamentação em relação aos destinatários: o jurisdicionado, em primeiro lugar, deve poder exercer controle da decisão proferida conhecendo seus motivos e a coletividade, como um todo, por meio do sistema de precedentes que aquela decisão passa a integrar.

Sabe-se que a aplicação e interpretação do direito é uma operação complexa. Incumbe ao julgador, portanto, expor de forma clara, completa e razoável as razões de seu convencimento, de modo que os jurisdicionados possam compreender o caminho argumentativo percorrido <sup>78</sup>. Por isso, embora seja perfeitamente admissível fundamentação *sucinta* de algumas decisões<sup>79</sup>, o que não se admite é que ela seja *dispensada*<sup>80</sup>.

A importância da adequada motivação das decisões judiciais para que se possa efetivamente considerar ter sido prestada a tutela jurisdicional, fez com que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 se preocupasse em enunciar, didaticamente, um

---

<sup>77</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de direito processual*. 8.ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 107, tradução livre.

<sup>78</sup> No plano da doutrina: “Na fundamentação, cabe ao magistrado expor as razões de seu convencimento, de forma clara, completa e razoável, de modo a que todos aqueles que a leiam possam compreender o caminho argumentativo que o levou à conclusão a que chegou. Trata-se de norma em que se manifesta e se concretiza de forma inequívoca o princípio do livre convencimento motivado, tal como expresso no art. 371”. WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo, *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional*. 20.ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, vol. 2, p. 452.

<sup>79</sup> “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O Art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral”. (AI 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 12/08/2010).

<sup>80</sup> “A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atende aos comandos normativos e constitucional, os quais impõem a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação” (EResp 1.021.851/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, *DJe* 04/10/2012).

conjunto de vetores indispensáveis para a concretização da garantia fundamental estabelecida no art. 93, IX, da Constituição Federal. Não se trata de inovação, porque são exigências que já vigoravam no sistema anterior, mas que, então, foram explicitadas no art. 489, §§ 1º e 2º, assim redigidos:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

É fácil perceber que a adequada fundamentação das decisões judiciais já era, há tempos, um problema sentido em todo o sistema jurídico brasileiro, de modo que o art. 489, § 1.º, trouxe disciplina detalhada a esse respeito, com o objetivo de instrumentalizar as partes e comprometer os julgadores a parâmetros decisórios mínimos.

Há um dispositivo de especial interesse, pois, de algum modo, anteviu o problema, para cuja solução o art. 20 da LINDB se propôs a colaborar.

Trata-se do art. 489, § 1.º, III, que obsta a *decisão abstrata*, em que o juiz lança mão de motivos que poderiam ser utilizados em qualquer outra situação. Vê-se dois objetivos extraíveis da norma. O primeiro, evitar que o julgador produza *decisões-modelo* e as utilize indistintamente (na mera base do “recorta e cola”), sem trazer qualquer motivação do caso concreto. E o segundo se relaciona mais diretamente com o problema combatido pelo art. 20: o uso de fórmulas principiológicas por demais abertas, que não se relacionam com o caso concreto, pois, de tão amplas, serviriam a qualquer situação.

Exemplo comum disso é o uso do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Embora, de fato, seja um valor fundante do sistema constitucional, por sua generalidade, pode ser usado em diversas situações, inclusive para defender ideias contrapostas. Quando se discute, por exemplo, a legalização do aborto, os defensores da tese liberal invocam a dignidade da pessoa humana para justificar o direito a autodeterminação sobre a vida e o corpo das mães, e de outro lado, o mesmo princípio é invocado para defender a vida do feto em ameaça. Essa é uma situação que bem ilustra a incapacidade de um princípio, por si só, resolver situações complexas e, por isso, a vedação ao seu uso como única ou principal razão de decidir *hard cases*.

O parágrafo único do art. 20 da LINDB, portanto, vem a corroborar esse conjunto de normas a respeito do dever de fundamentação das decisões, explicitando o dever de fundamentação da decisão a partir da “necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”. A análise acerca das consequências práticas da decisão não poderá ser, apenas, uma etapa decisória mental do julgador na busca pela solução a ser dada no caso concreto.

Para além disso, há um outro elemento importante: a exigência de que a fundamentação seja feita pelo viés consequencialista. Os cenários possíveis acerca dos efeitos práticos da decisão tomada precisam ser expostos e, também, justificada a decisão a respeito da escolha feita. Trata-se de “ônus argumentativo adicional: demonstração da análise das peculiaridades, das dificuldades do caso e do diálogo com o gestor público”.<sup>81</sup>

No plano da doutrina, já se apreendeu esse duplo dever, que se consubstancia em conquista, a partir do art. 20 da LINDB:

A relevância do art. 20 da LINDB está não apenas na parte em que ele exige que as consequências sejam consideradas como também na parte em que ele exige que o julgador explicita, na fundamentação, o caminho que o raciocínio trilhou para chegar até elas<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 e 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum*. 2018, vol. 19, n. 2, pp. 305-318.

<sup>82</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14.<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 2, p. 402.

## 6.5. Ainda o parágrafo único do art. 20: a invalidade do ato ou decisão e o juízo de proporcionalidade.

A invalidade dos atos administrativos, segundo a visão tradicional da doutrina administrativista, não comportava mitigação. Isto é, não havia margem de autonomia para o agente estatal preservar atos defeituosos, independentemente dos resultados que daí decorressem.

Os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União, vinham, paulatinamente, reconhecendo a existência de nulidades em atos administrativos, mas não pronunciavam a sua invalidade em vista de um juízo de proporcionalidade relativo às consequências práticas. Considerava-se que, em muitos casos, o desfazimento do ato traria efeitos mais nocivos do que sua preservação. De qualquer maneira, isso não impedia a punição dos agentes envolvidos.

O parágrafo único do art. 20 da LINDB, nesse sentido, traz uma nova compreensão do instituto, somada ao que prevê o art. 21 e seu parágrafo único<sup>83</sup>. Note-se o que dispõe a parte final: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Há expressa autorização para que haja mitigação da regra que impunha a invalidade absoluta dos atos administrativos. O legislador determina que se realize verdadeiro juízo de proporcionalidade em vista das possíveis alternativas.

Importante faceta da fundamentação, portanto, é a demonstração da adequação da decisão escolhida em termos de proporcionalidade, especialmente quando a decisão preserva o ato defeituoso.

Trata-se aqui de um duplo processo, que envolve um juízo de adequação e outro de necessidade.

O primeiro consiste em se identificar precisamente as soluções jurídicas possíveis para a controvérsia, checando a compatibilidade entre o fim buscado e os meios enunciados.

---

<sup>83</sup> “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”.

Para Marçal Justen Filho,

A proporcionalidade-adequação consiste na aptidão da decisão adotada para atingimento de um fim buscado. Portanto, a ausência de estimativa quanto aos efeitos práticos de uma decisão significa infringir a proporcionalidade-adequação. Afinal, a ausência de projeção quanto aos efeitos práticos da decisão impede a avaliação quanto à aptidão dessa decisão produzir os efeitos pretendidos.<sup>84</sup>

O segundo, em se demonstrar os motivos pelos quais essa escolha deve prevalecer frente às demais. Nesse particular, o juízo de necessidade deve buscar o resultado que gere menos restrição à finalidade buscada. É dizer “a autoridade deve tomar em vista os efeitos causados pelas diversas alternativas decisórias, sendo obrigatório escolher aquela solução que acarretar as restrições menos intensas aos interesses e valores em jogo”<sup>85</sup>.

## 6.6. O alcance do art. 20 da LINDB.

O art. 489 do CPC se aplica de modo subsidiário aos processos no âmbito da esfera administrativa e controladora, pois a regra do art. 15, do mesmo diploma legal, dispõe que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Daí a importância da explicitação trazida pelo art. 20 da LINDB, que dirige de modo expresse às três esferas decisórias no âmbito do direito público: administrativa, controladora e judicial.

A esfera administrativa compreende a função administrativa estatal, isto é, independentemente do Poder a que se vincular, a norma incide sobre atos administrativos editados por integrantes do Judiciário e do Legislativo.

A menção à esfera controladora teve por objetivo deixar clara a observância do art. 20 também pelos órgãos de controle interno e externo, tais como Tribunais de Contas, Ministério Público, Agências Reguladoras e outros que atuem na fiscalização

---

<sup>84</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 30.

<sup>85</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), 2018, p. 31.

da regularidade de atividades de outros agentes estatais, aqui, por exemplo, os Conselhos Nacionais da Magistratura e o Ministério Público.

## 6.7. Uma importante notícia: o consequencialismo não é preponderante.

Quando se fala em consequencialismo, há um enorme *frisson* por parte dos operadores do direito. Como há muito preconceito a respeito do termo, a primeira vinculação que se faz é ao ativismo judicial e à desconsideração do direito positivo para a solução da controvérsia. Fecham-se, então, as portas à sua utilização.

O art. 20 da LINDB, no entanto, não propõe um uso do consequencialismo, que, segundo a definição de Schuartz, seria “festivo”, defendendo que se deixe de diferenciar a aplicação do direito e a formulação de políticas públicas. Isto é, não se confere um poder de criação originária de regras.

Como é válido supor, essa leitura levaria à inconstitucionalidade do art. 20 por violar a autonomia do direito, seja pelo viés da legalidade, seja pelo conceito de Estado de Direito, deixando que prevalecesse, na formação da decisão, a influência exercida por elementos externos ao ordenamento jurídico.

Não há, portanto, uma preponderância do consequencialismo sobre as normas que tutelam o bem jurídico em jogo. E, no tópico 6.2 deste estudo, foi proposto um roteiro mental para aplicação do consequencialismo no processo de construção de decisões.

Em linhas gerais, compreende-se que, se da análise do conjunto de normas passíveis de aplicação no caso, resultar uma única possibilidade de solução, essa solução deve ser adotada. As consequências práticas da decisão deverão ser analisadas, mas não podem afastar a solução que resulta da aplicação do direito (=normas, doutrina e jurisprudência). A legalidade, neste caso, deve prevalecer sobre a eficiência se a escolha for necessária.

No caso de a análise das normas aplicáveis resultar em mais de uma possibilidade de solução (o que frequentemente ocorre nos chamados *hard cases*), a análise das consequências práticas de cada um dos caminhos possíveis também é necessária e servirá como critério de desempate: deverá preponderar aquela que melhor concretize o valor eleito pelo legislador como importante dentro do tema a ser resolvido, isto é, a escolha da consequência mais desejável, do ponto de vista individual e coletivo. No

caso em que há mais de uma possibilidade decisória, a partir da aplicação do direito, deve-se compatibilizar a legalidade e a eficiência.

A esse respeito, na doutrina, entende-se que “as necessidades da eficiência, na qual está contida, como veremos, a economicidade, não devem ser solucionadas pelo menosprezo à lei – aqui, naturalmente, entendida como ‘bloco de juridicidade’ –, mas sim pela valorização dos seus elementos finalísticos”<sup>86</sup>.

A norma do art. 20 da LINDB, segundo se entende, limita-se a exigir que a autoridade leve em consideração as consequências práticas da decisão adotada, especialmente em vista da proporcionalidade.

Se de um lado, essa análise não pode sobrepujar uma escolha que decorre da aplicação do direito, de outro, essa perquirição é obrigatória, e se não observada, levará à invalidade da decisão por desrespeito ao que impõe o art. 20 da LINDB, o art. 489 do CPC/73 e, ainda, o art. 93, X, da CF/88.

No plano da doutrina, diz-se que:

Será constitucional a interpretação do art. 20 da LINDB que compreender a exigência de considerar as consequências práticas da decisão como um postulado que auxilia o intérprete na eleição de uma solução jurídica quando houver dois ou mais princípios jurídicos aplicáveis ao caso<sup>87</sup>.

E não se admitirá, por outro lado, aquele que sobrepõe a consequência prática às regras jurídicas que indicam a solução aplicável.

Como já registrou o Min. Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, ainda em sede doutrinária, “quando o processo político majoritário está funcionando com representatividade e legitimidade, com debate público amplo, juízo e tribunais deverão ser menos proativos”.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo. *Regulação e Agências Reguladoras, Governança e Análise de Impacto Regulatório*, Brasília, 2009, p. 41.

<sup>87</sup> PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*. 2019, vol. 1009.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 310.

## 6.8. As objeções ao art. 20 da LINDB.

Quando a Lei 13.655/18 ainda estava em fase de Projeto, ela foi oficialmente analisada pelo Tribunal de Contas da União e sofreu várias críticas consolidadas em documento intitulado “Análise Preliminar do PL 7.448/2017”. De alguma maneira, em tal documento, encontram-se sintetizadas as principais objeções à Lei e ao art. 20 da LINDB que, diante da necessidade de uma visão holística do tema, serão aqui abordadas.

De acordo com a compreensão do Tribunal de Contas da União, a norma não poderia “exigir do julgador que analise as possíveis alternativas, se o conhecimento do julgador acerca da realidade está limitado ao que consta dos autos, trazido pelas partes”. Essa seria a crítica dirigida ao art. 20: impor ao julgador conhecer informações que não constariam dos autos.

Uma análise mais detida do dispositivo legal revela, com amparo em tudo o que se discorreu nos itens precedentes, que se trata de objeção fruto de uma compreensão limitada do art. 20 e de suas possibilidades.

O art. 20 da LINDB - e a análise consequencialista do direito nele positivada - possui um arcabouço teórico mais amplo do que o Tribunal de Contas, naquela oportunidade, conseguiu enxergar. Ele é, como se viu, um dispositivo que orienta como se decidir, criando critério de validade para a decisão: a análise das consequências práticas.

Em nenhum outro momento, no entanto, esta análise foi reduzida às regras de experiência do próprio julgador, autorizada pelo art. 375 do CPC/15<sup>89</sup>. Ao contrário, esse dispositivo menciona expressamente que, em se tratando de temas técnicos, o conhecimento pessoal não pode substituir, por exemplo, a prova pericial. O art. 20 deve ser lido, portanto, como um comando aberto e integrante do sistema, sendo plenamente possível a aplicação das regras insertas no CPC/15 quanto à ampla produção de provas para sindicância de qual a melhor solução para o caso concreto, seja em 1º grau, seja pela conversão do julgamento colegiado em diligência no âmbito dos Tribunais.

Para além disso, referiu-se anteriormente à maior exigência que recai também sobre as partes quanto ao exercício do ônus argumentativo, bem como da necessidade

---

<sup>89</sup> “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

de se traçar cenários e municiar o julgador com elementos idôneos que revelem as consequências práticas da questão controvertida.

O compromisso lançado é diálogo da decisão com a realidade e, para isso, todos os meios poderão ser utilizados. A função do julgador fica preservada a olhar os autos a partir do material que nele existe, enriquecido pela argumentação das partes e provas produzidas quanto às consequências práticas da decisão. O que se exige do julgador não é conhecer além dos autos, mas, sim, analisar detidamente os elementos trazidos sob o viés consequencialista e analisar a melhor alternativa decisória nesse cenário. Exige-se, portanto, maior esforço intelectual e maior maturidade decisória.

## 7. Sinépica: o consequencialismo no direito português.

Em Portugal, o consequencialismo não se traduz em direito positivo, mas é um antigo método hermenêutico denominado “interpretação sinépica”.

Fikentscher<sup>90</sup>, que ainda na década de 80 tratou do tema no âmbito da doutrina alemã, esclarece que a palavra grega *synépeia* significa consequência, de modo que análise sinépica pode ser vista como uma metateoria das ciências sociais que estuda as causas e consequências de uma específica teoria no contexto de uma realidade culturalmente relacionada (*denkart, mode of thought*).

A sinépica conduz, em geral, a mostrar que, partindo-se de certas condições, provavelmente se chega a determinadas consequências, passando de um tipo de pensamento para outro, ou, a solução de determinado problema será encontrada nas consequências práticas, assumindo-se as “causas dos efeitos” como os “modos de pensar” que determinam as culturas.

Com esse método, que não despreza os postulados do Direito posto, busca-se que uma decisão judicial seja praticável e consequente. O Direito é visto, sob essa perspectiva, como uma ciência para a obtenção de uma decisão, sobretudo, uma decisão exequível, que produza mais bem do que mal.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> FIKENTSCHER, Franke Köhler. *Synepëik und eine Synepëisch Definition des Rechts*. München, 1980, p. 57, citado por MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017, p. 172.

<sup>91</sup> “Tal análise sinépica constitui um arrimo para traçar uma (que não a) definição do direito: neste ponto de vista, o direito constitui um dever (*sollen*) consequencial, avaliando a sinépica se existe uma coerência ou uma consonância entre os fundamentos de uma racionalidade jurídica (ou se preferirmos, simplificando o autor, de um certo sistema jurídico) e os

Menezes Cordeiro, ainda em 1997, assinalou, em sua conhecida obra a respeito da boa-fé no direito civil, a importância das estruturas de um discurso sinéptico na interpretação do direito:

A consideração do direito como modo de solucionar casos concretos, já justificada, constitui cerne imprescindível, do qual, aos poucos, surge uma consciência. Não há outra forma de superar o irrealismo metodológico. No domínio hermenêutico sobressaem fenômenos do pré-entendimento e do círculo ou espiral de pensamento. No campo funcional, sobressaem as unidades pre-visão-estatuição e interpretação-aplicação, enquanto as concepções teleológicas das normas, elas próprias, já, uma superação do conceitualismo tradicional, devem ser complementadas pelas estruturas de um discurso sinéptico, dirigido ao ponderar das consequências da decisão, numa linha de consenso<sup>92</sup>.

Castanheira Neves<sup>93</sup>, por sua vez, salienta que essa consideração representa justamente “o próprio objectivo e sentido da metodológica realização do direito”. Vieira de Andrade defende que a realização integral do direito exige que o juiz tome conhecimento da realidade e pondere, em termos de prognose, os resultados das suas decisões<sup>94</sup>.

Na jurisprudência portuguesa, há paradigmático acórdão proferido no Processo 38/2000, no âmbito do STJ, que contém trecho muito esclarecedor: “a utilização da sinéptica, como conjunto de regras que, habilitando-se o intérprete-aplicador a pensar as consequências, permite o conhecimento e a ponderação dos efeitos das decisões. Só assim a Justiça será o fundamento necessário da interpretação jurídica”<sup>95</sup>.

Com efeito, sob um prisma metodológico, colhe-se da doutrina portuguesa a ideia de que não se revela mais admissível, hoje, qualquer proposta que defenda uma “esterilização social” do direito, sabendo-se que neutralidade ou assepsia constituiu verdadeiro mito.

Mas não se trata, aqui, de uma visão utilitarista do direito, que demande considerar apenas a medida consentida pela normatividade. Também, não se trata de algo espúrio à norma, mas com ela incidível: possuindo a norma um determinado objetivo, as consequências de uma decisão particular devem ser consonantes com os objetivos

---

resultados ou as consequências aos quais a realização daquela racionalidade conduz”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017, p.171.

<sup>92</sup> CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 36.

<sup>93</sup> NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967, p. 205.

<sup>94</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. A Nulidade Administrativa, essa desconhecida. *Revista de legislação e de jurisprudência*. 2009, n. 3957, ano 138, p. 344.

<sup>95</sup> Citado por NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Formação da Decisão Judicial: o Novo CPC e os riscos dos novos tempos* [Consult. 09 Jul. 2022]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/267335/formacao-da-decisao-judicial--o-novo-cpc-e--os-riscos-dos-novos-tempos>.

pressupostos pelos princípios jurídicos relacionados. Exige-se, afinal, coerência entre as decisões jurídicas e o sistema jurídico.

A evolução da doutrina e da jurisprudência portuguesas revela receptividade à consideração dos resultados no âmbito das decisões judiciais.

A jurisprudência tem entendido que, apenas desta forma “o valor fundante da interpretação legal equaciona os princípios de segurança jurídica, equidade, oportunidade e boa fé ética”<sup>96</sup>.

Os Tribunais Portugueses há muito utilizam-se desse método, focando, algumas vezes, na constatação dos resultados práticos ocorridos, e em outras, nas prognoses dos resultados futuros previsíveis a partir de uma dedução.

O Tribunal da Relação do Porto, por exemplo, no acórdão 06230, analisou caso em que se discutia se o avalista do subscritor de uma livrança poderia deduzir oposição à execução que lhe foi movida pelo tomador, quando este seja ou continue a ser o beneficiário originário da livrança, mantendo-se a mesma identidade da relação causal, subjacente. O Juiz singular havia indeferido liminarmente a oposição, invocando que, sendo o Executado avalista da livrança dada à execução, encontrava-se numa relação mediata que o impedia de discutir quaisquer exceções fundadas nas relações pessoais dele com a avalizada, não podendo, por isso, suscitar a exceção de preenchimento abusivo convencionado entre o portador e o subscritor da livrança, arts. 17º e 77º da LULL. O Tribunal compreendeu, a partir de uma interpretação sinéptica, que:

Não saindo o título das relações dos primitivos intervenientes, não possa o avalista do subscritor (que é responsável da mesma maneira que o afiançado, nos termos do art. 32 -1 parte da LULL) opor ao primitivo credor qualquer exceção de direito material, fundada sobre as relações pessoais que este pudesse opor no negócio subjacente.

E nesse sentido, justificou sua decisão:

A ponderação das consequências da decisão constitui um factor relevante da realização do direito, habilitando as regras de “interpretação sinéptica”, o intérprete-aplicador a pensar “através das consequências” que permitem, pelo conhecimento e ponderação dos efeitos das decisões, repudiar qualquer resultado injusto, ainda que de conformidade formal, assim prosseguindo, na vida jurídica, a realização integral do direito.

---

<sup>96</sup> Acórdão STJ, de 15.02.2000, p. 38/2000, p. 311.

Há outro interessante acórdão que, valendo-se da também da interpretação sinéptica, considerou inconstitucional norma que não prevê a solidariedade nos casos de responsabilidade civil por condutas meramente negligentes dos funcionários e agentes da administração pública<sup>97</sup>.

No plano constitucional, a interpretação sinéptica ganha ainda maior relevância, diante das consequências muitas vezes devastadoras das decisões para os cidadãos ou para a comunidade politicamente organizada. O grande problema consiste em saber em que se traduz a sinéptica no juízo de inconstitucionalidade ou de desconformidade com as normas consagradoras de direitos fundamentais.

Essa questão foi objeto de estudo, no direito português, por Ana Raquel Gonçalves Moniz, que dividiu as premissas desse raciocínio em quatro partes.

Primeiro, a leitura da Constituição é feita a partir dos fundamentos que a conformam. Desse modo, a interpretação sinéptica pretende compreender a intencionalidade da norma e permitir uma leitura constitucional a partir deste ponto.

Segundo, a relevância do resultado da decisão interfere no juízo de constitucionalidade pela convocação de alguns princípios. A ponderação que se faz aqui, no entanto, é axiológico-normativa e não economicista.

Terceiro, a sinéptica inviabiliza qualquer possibilidade de o julgador, por referência a questões extrajurídicas, não considerar inconstitucional uma norma que, quando confrontada com a Constituição, revela-se com ela inconciliável. A possibilidade de consideração dos resultados ou das consequências acabam quando o juiz ultrapassa o limite do direito. Segundo a autora,

Uma concepção diversa implicaria que a justiça constitucional extravasasse as suas fronteiras, esbatendo as diferenças que existem entre o exercício do poder constituinte e o controlo de constitucionalidade. Por outro lado, a interferência das considerações extrajurídicas no âmbito da justiça constitucional negaria, por completo, a ineliminável natureza jurídica da decisão de (in) constitucionalidade num Estado de Direito e daria plena razão às preocupações de Carl Schmitt, quando acentuava o efeito politicamente paralisador da Justiça Constitucional: a partir do momento em que se passasse a assumir preocupações de natureza extrajurídica, perderia sua *ratio essendi*, transmudando-se em (mais um) órgão político, com agenda próprios e potencialmente conflitantes com os dos órgãos (constitucionalmente concebidos como) políticos; estamos, pois, diante do autêntico gesto de resistência política do Tribunal Constitucional<sup>98</sup>.

---

<sup>97</sup> Acórdão do STA, de 28.09.2006, p. 855/04.

<sup>98</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017, p.176.

Assim, não se poderia invocar a gravidade da situação política ou econômico-financeira para afastar a norma constitucional que estabelece o princípio da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e, assim, não declarar a inconstitucionalidade de uma norma legal que contra ele atente, exemplifica a autora.

Essa foi a *ratio* utilizada para se interpretar decisão do Tribunal Constitucional que assim decidiu:

A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade econômica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos econômicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e faz cumprir.<sup>99</sup>

Ou seja, ainda que a Constituição, enquanto “estatuto jurídico-político”, possa a ser alterada para corresponder à evolução do sentir da comunidade politicamente organizada, o juízo jurídico sobre a constitucionalidade da norma infraconstitucional não pode fazer prevalecer objetivos econômicos ou financeiros sobre a constitucionalidade. Nesse momento, transmudar-se-ia um juízo jurídico numa decisão política, segundo a conclusão da autora.

## 8. Análise da jurisprudência do STJ e do STF no período de vigência do art. 20 da LINDB.

A pesquisa foi realizada diretamente no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça<sup>100</sup>, por meio do sistema de verificação da “legislação aplicada”, com checagem de todos os resultados em que havia menção ao art. 20 da Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro. Foram encontrados 7 resultados, sendo 2 descartados pela impertinência com o tema do presente trabalho<sup>101</sup>. Os demais se encontram registrados a seguir, por ordem decrescente de cronologia, ou seja, do mais atual para o mais antigo:

---

<sup>99</sup> Acórdão n. 353/2012, de 20 de julho, § 5º.

<sup>100</sup> [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).

<sup>101</sup> Foram desconsiderados os resultados relativos ao 1- AgRg no AREsp 1634936 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2019/0374317-6, por versar tema de direito penal e o Alnt no AREsp 1650128 / ES AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2020/0011410-5, por tratar de tema processual: havia simples menção à impossibilidade de conhecimento do recurso por falta de presquestionamento do art. 20 da LINDB.

**Caso 01.** Processo: REsp 1811953 - MT. Rel. Min. Marco Aurélio Belizze. 3ª Turma. *DJe* 15/10/2020.

Controvérsia jurídica: Pedido de recuperação judicial efetuado por empresário individual rural que exerce profissionalmente a atividade agrícola organizada há mais de dois anos, encontrando-se, porém, inscrito há menos de dois anos na junta comercial.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. O acórdão, por seu voto vencedor, deferiu o processamento de recuperação judicial, por aplicação do art. 48 da LRF. O voto vencido invocou a aplicação do art. 20 da LINDB para registrar que

O tratamento favorecido de que fala a lei não pode ser estendido ao ponto de se concluir que é possível computar o prazo em que o produtor não era empresário para obter benefício próprio do regime empresarial (...) e concluiu que vale lembrar que o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos (tratamento favorecido) sem considerar as consequências práticas da decisão.

**Caso 02.** Processo AREsp 1547429 - SP, Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. *DJe* 25/05/2020.

Controvérsia jurídica: Agravo de Instrumento interposto pelo Município, contra decisão que, em execução fiscal, havia aceitado que fosse dada carta fiança em garantia do juízo.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Utilizado, de modo genérico, como fundamento para aceitação da carta de fiança, ao lado do art. 9º, II da Lei de Execuções Fiscais.

**Caso 03.** Processo AR 5754 - AM. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para o acórdão: Min. Og Fernandes. 1ª Turma. *DJe* 21/11/2019.

Controvérsia jurídica. Ação rescisória proposta visando ao reconhecimento de erro de fato, diante da não atenção, pelo STJ, de violação ao art. 535 do CPC/73, quando do julgamento de recurso especial.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Utilizado, de modo genérico no voto vencido, como fundamento do reconhecimento de que houve vício na apreciação da violação ao art. 535 do CPC e ao dever de motivação das decisões judiciais.

**Caso 04.** Processo AgInt no Aresp 714.074 – PE. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Turma. *DJe* 03/04/2019; AgRG 672435 - RS. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 1ª Turma. *DJe* 28/03/2019.

Controvérsia jurídica. Agravo que discutia remoção de servidor público, após situação fática consolidada há mais de 7 anos com a atuação do servidor em nova lotação.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Utilizado, de modo específico, para justificar a permanência do servidor no local em que atua há 7 anos, pois “há solidificação de situações fáticas ocasionadas em razão do excessivo decurso de prazo entre o provimento do apelo e os dias atuais, de maneira que a reversão desse quadro implicaria, inexoravelmente em danos desnecessários e irreparáveis à parte agravada”.

**Caso 05.** Processo EDcl no Resp 1.648.305 - RS. Rel. Min. Regina Helena Costa. 1.<sup>a</sup> Seção. *DJe* 17/12/2018.

Controvérsia jurídica. Recurso que discutia o direito de aposentado, por invalidez, a determinado adicional e outros benefícios previdenciários.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Declaratórios foram opostos pedindo o pronunciamento do Tribunal acerca do art. 20 da LINDB. A pretensão de modificação do julgado foi rejeitada, sob a afirmação de que a decisão já havia considerado o mencionado dispositivo, analisando dados concretos e os efeitos práticos da decisão.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa foi realizada com a utilização dos mesmos termos: “Decreto-Lei 4.567 e art. 20” ou “Lei de introdução às normas do direito brasileiro” ou “consequencialismo”. Foram encontrados 2 acórdãos e 12 decisões monocráticas, que abaixo se passa a analisar.

**Casos 06 e 07.** Processo AC 3637 ED-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, *DJe* 217, 04/10/2019; Processo Rcl 31209, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 26/11/2020.

Controvérsia jurídica. Suspensão de pagamento de parcelas de dívida de estado da federação, em situação de calamidade pública. Retenções do repasse de FPE (fundo de participação do estado) ao estado de Rondônia.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Foi deferida medida pleiteada pelo estado de Rondônia para parcelamento de dívida e suspensão das retenções de repasse, considerando-se especialmente a situação de calamidade pública vivenciada no estado, pela enchente do Rio Madeira. Aplicou-se o art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 para considerar as consequências práticas da decisão e o interesse social, face a uma situação fática sensível.

**Casos 08, 09, 10, 11 e 12.** Pet 8002 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.<sup>a</sup> Turma, *DJe* 167, 31/07/2019; Processo ARE 1254721, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 20/03/2020; ARE 1192821. Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 12/03/2020; ARE 1201360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 12/11/2019; ARE 1234422, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 16/10/2019.

Controvérsia jurídica. Pedido de suspensão de todas as ações em trâmite no País, que versem o tema do auxílio-acompanhante aos segurados por invalidez, previsto no art. 45 da Lei 8.213/1991. Possibilidade de impacto bilionário aos cofres públicos.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Aplicação específica para, a partir do impacto bilionário da concessão do benefício aos cofres públicos, suspender todas as ações que versem sobre o tema no País, até julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal.

1. Art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (incluído pela Lei n.º 13.655/2018) dispõe, *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”. 2. 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.

**Caso 13.** Processo Rcl 46721, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 15/04/2021.

Controvérsia jurídica. Forma de atualização de crédito de natureza trabalhista.

Contexto de incidência do art. 20 da LINDB. Aplicado de modo específico para deferir determinada forma de atualização dos créditos trabalhistas, de modo a prestigiar a solução consensual dos conflitos. Utilizado para realizar gestão do volume de processos:

Ademais, o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei 13.655/2018, estabelece que não se proferirá decisão sem que sejam consideradas as suas consequências práticas e, *in casu*, não resta dúvida de que uma atualização tão inferior à inflação oficial desestimulará a conciliação por parte das reclamadas, incrementando a litigiosidade e estendendo a tramitação dos processos.

**Caso 14.** Processo MS 36899, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 02/03/2021.

Controvérsia jurídica. Questiona decisão do Tribunal de Contas da União que estabeleceu a necessidade de lei específica para contratação de delegados regionais

para o Conselho de Medicina de São Paulo – CREMESP, o que acarretaria gastos desnecessários.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Aplicado de modo específico para afastar exigência do TCU que burocratizava e onerava o Conselho de Classe relativamente ao modo de contratação de delegados regionais.

Os atos coatores afrontaram o disposto nos arts. 20 a 22 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942), uma vez que [...] (a) não consideraram as consequências práticas da decisão (e.g. a inviabilização concreta das funções públicas desempenhadas pelo CREMESP, com ônus financeiros excessivos), (b) sequer mencionaram as consequências jurídicas e administrativas da decisão (e.g. não foi confeccionado um único estudo de impacto antes da decisão do TCU) e (c) deixaram de considerar as dificuldades reais de gestão administrativa, impondo medidas que obstaculizarão as políticas públicas a cargo do CREMESP. [...]’ (pág. 22 da inicial).

**Casos 15 e 16.** Processo ARE 1283040, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 05/11/2020; Processo ACO 1560, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18/12/2018.

Controvérsia jurídica. Possibilidade de o Ministério Público arcar, em ações civis públicas, com adiantamento dos honorários periciais quando requer a produção da prova.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Aplicado de maneira específica para dar concretude à igualdade das partes no processo, fortalecendo o sistema das ações coletivas.

Todas essas ponderações parecem-me da maior relevância diante do que dispõem os arts. 5º e 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que enfatizam o dever do juiz de atender aos fins sociais a que a lei se dirige, as consequências práticas da decisão e às exigências do bem comum. Destaco que o fortalecimento do processo coletivo brasileiro passa, necessariamente, pela maior equiparação do poder das partes, pela melhor calibração dos incentivos para o agir responsável e pelo fortalecimento da atuação dos agentes privados, como forma de estimular a advocacia a envolver-se e a comprometer-se com este ramo da ciência processual, que é mais condizente com as necessidades atuais da burocratizada.

**Casos 17 e 18.** Processo Rcl 38118, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 28/05/2020; AO 1773, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 28/11/2018.

Controvérsia jurídica. Direito ao pagamento de auxílio-moradia a magistrados.

Contexto de aplicação do art. 20 da LINDB. Afastamento do pleito de auxílio moradia com viés consequencialista, em vista do resultado prático advindo de entendimento contrário: sobrecarga dos cofres públicos.

Para os magistrados, o fundamento legal do citado auxílio seria o art. 65, II, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35/1979), enquanto para o Ministério Público brasileiro (da União e dos Estados) o direito estaria amparado no princípio da simetria entre as carreiras da magistratura e do MP, no art. 227, VII, da Lei Complementar 75/1993 e no art. 50, II, da Lei 8.625/1993. (...) ... a recente Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que alterou profundamente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, predica que as decisões da Administração Pública, dos Tribunais de Contas e as do Poder Judiciário devem considerar as suas consequências práticas, *verbis*: 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. Aplicando-se tais premissas à hipótese vertente, é de se reconhecer, diante do quadro de crise profunda pelo qual o Estado brasileiro está passando e a recomposição dos subsídios, a impossibilidade prática do pagamento do auxílio-moradia nos moldes em que inicialmente fora deferido aos magistrados e às carreiras.

A leitura das decisões em que invocada a aplicação do art. 20 da LINDB revela, em termos quantitativos, uma aplicação mais tímida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, mas mais frequente por parte do Supremo Tribunal Federal. Essa percepção se repete também em uma análise qualitativa. O Superior Tribunal de Justiça invocou a análise consequencialista de modo mais genérico, quase retórico. Embora isso tenha ocorrido em algumas decisões acima listadas, também no Supremo Tribunal Federal, foram encontrados casos em que os efeitos práticos buscados foram pensados de modo a dar concretude a valores em jogo, como o que ocorreu nos casos 13, 15 e 16 supracitados.

Percebe-se que a fundamentação das decisões, nesse sentido, ainda não pode ser considerada analítica. Não se vê, propriamente, uma detalhada ponderação entre os resultados possíveis, nem notícia de que isso tenha sido explorado de modo mais aprofundado nos processos analisados. A invocação da consequência que se quer evitar ou que se elege é uma espécie de reforço argumentativo para apoiar a escolha feita, registrada em pequena passagem das decisões. Embora haja um olhar para os resultados práticos que advirão das decisões, ainda não há maturidade no debate, na instrução probatória ou na respectiva fundamentação a esse respeito. Há, portanto, um importante caminho a ser trilhado nesse sentido em termos de mudança da cultura jurídica.

## 9. CONCLUSÃO

Para encerrar este estudo, são apresentadas sistematicamente algumas conclusões.

1. Na prática forense, os operadores do direito se deparam inúmeras vezes com decisões formalistas, que pouco consideram as consequências práticas que dela decorreriam. A complexidade do processo decisório atinge a todos os envolvidos no processo, independentemente da posição que assumam na relação processual, e, ao cabo, afeta também a sociedade como um todo.

2. Pensar o processo decisório, portanto, constitui olhar para o cerne do sistema jurisdicional, na tentativa de lhe conferir maior eficiência. Essa eficiência, segundo se compreende, obtém-se a partir de uma maior aderência entre o processo e seus efeitos na realidade.

3. A eficiência da prestação jurisdicional apenas tardiamente passou a ser alvo de preocupação dos estudiosos no campo da justiça. Há pouco mais de 30 anos, surgiram os primeiros estudos voltados a compreender os elementos que influenciam na qualidade da justiça, que é, em si mesmo, um conceito complexo e multifacetado. De modo geral, quando se fala em qualidade da justiça, são pensadas e analisadas questões estruturais ligadas ao Poder Judiciário, assim como os procedimentos que envolvem a prestação da tutela em si, especialmente as decisões.

4. No ponto que mais interessa ao estudo voltado ao processo decisório, pode-se afirmar que, na concepção contemporânea, uma decisão de qualidade é aquela que: (i) possui um conteúdo que emerge da lei e se presta a realizar valores eleitos pelo legislador como prioritários naquela área; (ii) é fruto de amplo debate entre as partes; e (iii) é tempestiva, isto é, atende à razoável duração do processo.

5. Na seara do Direito Público, a eficiência passou a ter maior protagonismo, na medida em que se concluiu que a legitimação da atuação dos entes públicos está na realização das finalidades coletivas.

6. Foi nesse cenário, voltado a buscar uma melhora dos processos decisórios e um resultado mais consentâneo com a realidade, que surgiu o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, promulgada como Lei n. 13.655/2018, e que é objeto de investigação neste trabalho.

7. Para que se pudesse incursionar no sentido, alcance e modo de aplicação do mencionado dispositivo, foi necessário compreender primeiro o que é o consequencialismo: uma espécie de olhar que dá ênfase às repercussões das decisões.

8. Constitui uma característica de pensamento encontrada em duas teorias contemporâneas do direito: o utilitarismo e o pragmatismo. O consequencialismo utilitarista elege um valor/consequência fixo que deve ser sempre buscado, e que se consubstancia em prazer ou bem-estar. Já o consequencialismo pragmatista é, em oposição, contextualizado e metodológico, consistindo em teoria que se ocupa da decisão judicial, buscando com que as decisões sejam próximas à realidade. Critica-se a abstração e a limitação a esquemas meramente normativos, valorizando-se a experiência. Este é, segundo se conclui a partir da incursão realizada neste trabalho, o tipo de consequencialismo a que se refere a doutrina nos dias de hoje.

9. Essa corrente de pensamento ganhou força em uma influente escola norte-americana chamada *Lei e Economia*, que tinha na economia o centro de avaliação e prescrição do direito. Ela pode ser entendida como um filtro econômico que se colocava ao pensar as soluções jurídicas e foi utilizada como instrumento para romper o método formalista, aproximando o jurista da experiência.

10. No Brasil, essa doutrina tem o nome de Análise Econômica do Direito e se desenvolve a partir da observação dos agentes econômicos e uma análise de custo-benefício. Esta avaliação ocorre em duas dimensões. A primeira, chamada positiva, busca os fatos por trás das normas e aponta o impacto delas no comportamento dos indivíduos. A segunda, denominada normativa, valora as normas a partir de um referencial predefinido e verifica a sua eficiência naquele contexto. Ela tem sido considerada um método complementar do pragmatismo.

11. Quando se estuda consequencialismo, não se pode deixar de mencionar a contribuição de Richard Posner, um juiz americano com extensa produção acadêmica, que dedicou sua carreira a estudar, preponderantemente, como os juízes decidem os casos tidos como difíceis (*hard cases*). Ele propôs uma superação do direito, isto é, que os juristas extrapolassem o pensamento estritamente jurídico para reconhecer na eficiência econômica regra a ser perseguida na solução dos casos. O raciocínio jurídico daria lugar, então, à razão prática. Sua teoria partiu de três premissas: (i) uma visão economicista do mundo; (ii) a insuficiência das teorias da justiça pensadas por Aristóteles e Rawls; e (iii) a insuficiência da filosofia moral para auxiliar o direito.

12. De acordo com suas teorias, a autonomia do direito deveria ceder à interdisciplinariedade, buscando em outras áreas elementos para se decidir os casos. A

consequência prática seria, portanto, um conhecimento instrumental a ser invocado pelo julgador, fruto de processos conversacionais, é dizer, debate das partes que levariam a um consenso. Neste ponto, encontra-se uma das principais críticas ao pensamento de Posner, uma vez que o consenso é um conceito tão difícil de ser alcançado quanto outras ideias abstratas por ele rechaçadas, tal como justiça e liberdade.

13. Importante contribuição ao consequencialismo deu, também, Luiz Fernando Schuartz, ao tentar estabelecer classificação objetiva de um fenômeno que se apresentava de modos distintos, mas vinha sendo nomeado como se designasse uma única coisa. Ele propôs a divisão do consequencialismo em três espécies distintas, classificadas a partir do seu grau de aderência ao direito positivo. O primeiro é o consequencialismo festivo, com menor respeito à lei e à jurisprudência, que defende o ativismo em sua forma mais pura: não diferencia aplicação de regras jurídicas de formulação de políticas públicas. O segundo, chamado de militante, não se limita em razão do direito posto, mas revela maior preocupação em motivar as decisões em normas e técnicas interpretativas, especialmente em princípios constitucionais. Sua principal característica é a filiação ao neoconstitucionalismo e a simpatia ideológica por determinadas causas. Por fim, tem-se o consequencialismo malandro, curiosa expressão adotada pelo autor para designar uma tentativa de desconstrução e reordenação de institutos jurídicos, para, artificialmente, lastrear soluções jurídicas antes concebidas, como se amparo legal tivessem. Ele teria maior grau de deferência ao sistema normativo, pois, apesar da fragmentação de normas e teorias, reconhece a necessidade de que a solução tenha fundamento no ordenamento jurídico.

14. Há três principais críticas que se colocam ao consequencialismo: violação ao princípio da separação dos poderes, ao princípio democrático e à segurança jurídica. O consequencialismo, na medida em que aponta para a necessidade de serem considerados os resultados práticos das decisões, fomenta a criação judicial do direito. A preocupação mais premente que daí advém é o respeito aos limites da função jurisdicional de aplicar a lei e o indevido avanço na seara do legislador. A ressalva quanto à integralidade do princípio democrático é um desdobramento do anterior, temendo que se extrapole para o ativismo judicial. A segurança jurídica, a sua vez, poderia ser comprometida na medida em que o consequencialismo se convertesse em uma procuração em branco para que os juízes olhassem apenas para os resultados práticos das decisões, afastando-se em maior grau do ordenamento jurídico.

15. Todos esses receios têm resposta, segundo se conclui, na medida das coisas. Não é apenas o consequencialismo que pode levar ao desrespeito de tais princípios. Ao contrário, se bem utilizado, a preocupação com as consequências práticas das decisões

pode, dentro da legalidade, harmonizar os processos à realidade, dando concretude aos valores eleitos em cada área pelo legislador. O Ministro Marco Aurélio Mello, integrante do Supremo Tribunal Federal brasileiro, julgando caso em que se avaliava o nível de exposição de trabalhadores a determinado agente químico, assim consignou:

Dizia o médico Paracelso que a diferença entre o veneno e o remédio está apenas na dose. As doses a que a população fica submetida são geralmente insuficientes ao desencadeamento de doenças tipicamente relacionadas ao produto. O risco, no campo da saúde pública, é corriqueiramente definido como uma função do tempo de exposição e o grau de perigo decorrente do manuseio de certa substância. Como bem salientaram os expositores na audiência, até mesmo água, se ingerida em excesso, pode levar o ser humano à morte – doença denominada hiponatremia. O mesmo vale para qualquer substância química, por mais saudável que ela possa, em princípio, parecer<sup>102</sup>.

Transpondo-se essa lição para a situação que aqui analisada, compreende-se que o consequencialismo, utilizado como um olhar sobre a realidade que será impactada por cada decisão e dentro de soluções admitidas pelo ordenamento jurídico, pode ser qualitativamente benéfico na solução de conflitos.

16. A exposição de motivos da LINDB revela que o objetivo almejado com a introdução do art. 20<sup>103</sup> foi o de reduzir o espectro de decisões administrativas ou judiciais superficiais ou excessivamente subjetivas, que se ligavam a motivos puramente abstratos, para firmar um compromisso dos julgadores com as consequências práticas de suas decisões. Com esse dispositivo, o consequencialismo transcendeu o nível teórico e alcançou o normativo.

17. O cenário em que foi concebido o art. 20 da LINDB era, de um lado, de grande proliferação de leis e regras com maior grau de abstração e generalidade, e de outro, da crescente adoção de princípios para fundamentar as decisões. Não demorou a se notar os efeitos deletérios desses dois fenômenos, a partir de decisões simplistas, preguiçosas ou tendenciosas. O uso indiscriminado e impróprio do conceito de interesse público, por exemplo, justificou decisões à margem da Lei, sem correta identificação sobre qual seria o interesse público em jogo. A mesma situação se verificou com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, usado para defender, na mesma causa, pensamentos antagônicos a favor ou contra o aborto. São muitos os

---

<sup>102</sup> ADI 3937, voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, *DJe* 01/02/2019.

<sup>103</sup> Que assim estabelece: "Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas".

exemplos em que a falta de aderência à lei e o apego a princípios e conceitos vagos podem levar a decisões verdadeiramente ilegais.

18. Diante disso, emerge como necessidade premente o aperfeiçoamento dos processos decisórios, isto é, do caminho que percorre o julgador ao interpretar e aplicar a lei ao caso concreto. E, agora, existe no ordenamento jurídico brasileiro um norte para esse processo: a escolha deve se refletir em um raciocínio que considere, dentre as opções legais disponíveis, os efeitos concretos que decorrerão da sua aplicação.

19. A contribuição deste estudo, nesse sentido, foi a de singelamente sugerir um roteiro para tal processo decisório, consistente no seguinte: 1) identificação dos fatos incontroversos e comprovados, de modo a definir a moldura fática; 2) identificação e análise das regras aplicáveis ao caso; 3) subsunção dos fatos a essas normas; 4) em caso de lacunas legais, antinomias ou dúvidas interpretativas, deve-se socorrer dos valores que orientam as políticas públicas nas quais se insere o bem em jogo e na jurisprudência vinculante ou dominante dos Tribunais Superiores; e 5) deve-se, sempre, cotejar as hipóteses possíveis de solução, a partir dos itens precedentes, com as consequências práticas de cada uma e, enfim, escolher a que melhor realize os valores eleitos pelo legislador como prioritários.

20. Olhando para o sistema brasileiro, constata-se que existem elementos disponíveis para se concretizar decisões consequencialistas. O desafio que se põe é o de superar a mera retórica, para que a consequência prática não se limite a um enxerto na parte final das decisões.

21. Para que esse caminho seja pavimentado, cabe às partes exercer com maior efetividade seu ônus argumentativo, de modo a contribuir de maneira exauriente para a perquirição das consequências práticas que advirão em cada caso. Isso se dá a partir do fornecimento de informações objetivas, desenhando-se cenários possíveis para cada hipótese decisória e, também, da produção de documentos técnicos e outros meios de prova que tragam, de modo consistente, dados de realidade ao processo. Seria uma instrução probatória mais ampla, voltada às prognoses consequencialistas e devidamente submetida ao devido processo legal. Por meio de um processo mais colaborativo é que será possível aumentar a eficiência dos seus resultados com benefícios para todos, evitando-se achismos.

22. A iniciativa pode ser inclusive do próprio julgador como destinatário das provas. O art. 9º, § 1º, da Lei 9868/1999, que trata das ações direta e declaratória de inconstitucionalidade, prevê que o relator poderá requisitar informações adicionais, designar peritos ou comissão de peritos para a emissão de parecer sobre a questão,

além de designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência ou autoridade na matéria. De modo mais amplo, o art. 370 do CPC/15 autoriza que o juiz tenha iniciativas probatórias necessárias à formação do seu livre convencimento. Também em grau recursal, o art. 938 do CPC/15 possibilita a conversão de recursos em diligências para robustecer o convencimento dos Tribunais.

23. Se em um primeiro momento o consequencialismo se apoia no ônus argumentativo das partes e na ampla produção probatória sobre as prognoses práticas, a decisão consequencialista não pode prescindir de uma fundamentação adequada sob esse viés. O dever de fundamentação já é garantia constitucional e requisito de validade das decisões judiciais (art. 93 da CF/88, art. 489 do CPC/15). Ele propicia o controle de legalidade da decisão individual e, no plano coletivo, integra a jurisprudência, servindo de fonte do direito para casos análogos. Por isso, o legislador do mais recente código de processo civil brasileiro se preocupou em listar os requisitos para que as decisões possam ser consideradas fundamentadas. Esse dispositivo, então, passou a ser lido com o dever adicional trazido pelo art. 20 da LINDB, de se explicitar a análise acerca dos efeitos práticos da decisão, expondo o caminho racional que o levou a decidir de tal maneira.

24. O parágrafo único do art. 20 inovou, adicionalmente, admitindo alternativas à invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas. Aqui a autorização é para que haja um juízo de proporcionalidade sobre o vício e suas consequências, autorizando a mitigação da teoria das nulidades.

25. O espectro de alcance do art. 20 é vasto. Contempla as esferas administrativas, controladoras (Tribunais de Contas, Ministério Público e Agências Reguladoras) e judiciais, revelando a intenção do legislador de que o olhar consequencialista permeie as decisões nas mais diversas esferas.

26. Essa amplitude e os benefícios trazidos por uma decisão harmônica com a realidade não podem justificar o afastamento da lei aplicável ao caso. Conclui-se, portanto, que a análise consequencialista não prepondera sobre as normas que tutelam o bem jurídico em jogo. Isso, porque qualquer leitura em sentido diverso levaria à inconstitucionalidade do art. 20 da LINDB por ferir a legalidade, princípio basilar da Constituição brasileira de 1988. Nesse sentido, entende-se que a solução que resulta da aplicação do direito (lei, doutrina e jurisprudência) deve prevalecer sobre uma decisão eficiente, se com ela não puder se compatibilizar. Mas, se houver mais de uma possibilidade decisória a partir da aplicação do direito, deve-se compatibilizar legalidade e eficiência. É relevante notar que se está diante de um dever, sendo a perquirição das

consequências obrigatória a partir do que dispõem, sistematicamente, o art. 20 da LINDB, o art. 489 do CPC/15 e o art. 93, X da CF/88.

27. Alguns críticos do art. 20 da LINDB, quando ainda se tratava de projeto de lei, afirmavam que a norma não poderia exigir do julgador uma análise das possíveis alternativas, se o seu conhecimento estaria limitado ao que consta dos autos. Como se registrou, trata-se de consideração feita a partir de uma compreensão limitada do art. 20 e suas possibilidades, uma vez que ele veicula orientação sobre como se decidir, mas não reduz, em nenhum momento, a cognição do juiz às regras de experiência própria. Ao contrário, uma análise sistemática demonstrou que o ônus argumentativo das partes deve ser exercitado sob esse viés e, igualmente, devem ser produzidas provas sobre as prognoses possíveis em cada caso.

28. Em Portugal, o consequencialismo não se encontra positivado tal como no art. 20 da LINDB, mas constitui antigo método hermenêutico denominado de interpretação sinéptica. Com esse método, não se despreza os postulados do direito, mas se busca que a decisão judicial seja praticável e consequente, revelando uma identidade de objetivos nos dois sistemas. A análise de casos demonstrou que há receptividade dos tribunais para essa metodologia, porém, não se trata de um dever, mas de uma escolha.

29. Por fim, buscando um recorte metodológico, optou-se por analisar as decisões colegiadas e monocráticas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil que versassem a aplicação do art. 20 da LINDB desde a sua vigência até os dias atuais. Foram encontrados dezesseis casos, sendo cinco no STJ e onze no STF. A pesquisa mostra uma aplicação ainda débil do art. 20 da LINDB em termos quantitativos. Do ponto de vista da qualidade, também se percebe que a fundamentação é preponderantemente retórica, um enxerto na decisão para se consignar que determinada consequência prática foi considerada. Em exceção, foram encontrados três casos no Supremo Tribunal Federal (numerados de 13, 15 e 16), em que os efeitos práticos buscados foram pensados de modo a dar concretude a valores importante nas respectivas áreas. Não se pode ainda dizer, contudo, que haja detalhada ponderação entre os resultados possíveis, nem notícia de que isso tenha sido explorado de modo mais aprofundado nos processos analisados do ponto de vista argumentativo ou probatório. Conclui-se, assim, que ainda não há maturidade no debate e no processo decisório envolvendo a aplicação das consequências das decisões. Nessa perspectiva, há um importante caminho a ser trilhado e espera-se que este trabalho possa, de alguma maneira, contribuir para implementação deste imperativo jurídico: trazer eficiência às decisões pela capacidade efetiva de compor os conflitos no plano da realidade.

## 10. Referências Bibliográficas.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 5.<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 20.<sup>a</sup> ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ANDRADE, Érico. A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. *Revista de Processo*. 2018, vol. 283.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A Nulidade Administrativa, essa desconhecida. *Revista de legislação e de jurisprudência*. 2009, n. 3957, ano 138.

ANEEL. *Análise de Impacto Regulatório* [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/impacto-regulatorio>.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo. *Regulação e Agências Reguladoras, Governança e Análise de Impacto Regulatório*, Brasília, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck e LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégia e implicações". In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

ARRUDA ALVIM, Teresa e DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 4.<sup>a</sup> ed. em e-book baseada na 6.<sup>a</sup> ed. impressa, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ARRUDA, Thaís Nunes de. *Como os juízes decidem casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *Processo Civil Pragmático*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. In: *Temas de direito processual*. 8.<sup>a</sup> série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Opinião Jurídica*. 2005, v. 3, n. 6.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil de 1973. *Diário de Justiça da União*, 17 de janeiro de 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm).

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil. *Diário de Justiça da União*, 17 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm).

BRASIL, Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. *Diário de Justiça da União*, 24 de abril de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm).

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AR 5.754 – AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 21/11/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 672.435 – RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 28/03/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 714.074 – PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* 28/08/2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.547.429 – SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 25/05/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 910.486 – SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 18/04/2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1.648.305 – RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, *DJe* 17/12/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 1.720.805 – RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, *DJe* 17/12/2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1811953 – MT, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, *DJe* 15/10/2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 183 - CE, Rel. Min. Pres. Edson Vidigal, *DJ* 13/10/2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.964 - DF, Rel. Min. Pres. Francisco Falcão, *DJe* 06/02/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.162 – DF, Rel. Min. Vice-Pres. Laurita Vaz, *DJe* 02/08/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.639 – RJ, Rel. Min. Pres. Felix Fischer, *DJe* 12/09/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 1.442 – CE, Rel. Min. Pres. Edson Vidigal, *DJ* 15/12/2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 1.906 – DF, Rel. Min. Pres. Cesar Asfor Rocha, *DJe* 24/10/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 2.373 – AL, Rel. Min. Pres. Cesar Asfor Rocha, *DJe* 27/08/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 2.806 – DF, Rel. Min. Pres. Francisco Falcão, *DJe* 18/12/2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança nº 2.157 – RN, Rel. Min. Pres. Cesar Asfor Rocha, *DJe* 15/04/2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AC 3637, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 217, 04/10/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ACO 1560, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 18/12/2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 3937, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 01/02/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4425, Rel. Min. Ayres Britto, J. 14/03/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 29/04/2010.

- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AO 1773, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 28/11/2018.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1192821, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 12/03/2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1201360, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 12/11/2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1234422, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 16.10.2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1254721, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* 20/03/2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 1283040, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 05/11/2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 36899, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 02/03/2021.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pet 8002 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 167, 31/07/2019.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 31209, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 26/11/2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 38118, Rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 28/05/2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 46721, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* 15/04/2021.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 3.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A “Principialização” da Jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*. 2000, v. 25, n. 98, p. 83-89.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6.<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Luís Medeiros de Carvalho; NETO, Dora Lucas. *A Estrutura e o Conteúdo das Decisões Judiciais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, AMJAFP, Jun. 2020.
- CNJ. *Quem somos* [Consult. 21 Mar. 2021]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>.

COLOMBET, Hélène e GOUTTEFANGEAS, Alice. A Qualidade das Decisões Judiciais. Quais Critérios? *Droit Et Société*. 2013/1, n.º 83.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DALLEDONE, Rodrigo Fernandes de Lima e MOREIRA, Egon Bockman. O Supremo Tribunal Federal, a LINDB e as regras de experiência técnica: considerações sobre prognoses judiciais no âmbito regulatório. *Revista de Processo*. 2020, vol. 310/2020, p. 333/346.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 14.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 2.

DIDIER JR., Fredie e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da LINDB. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. 2019, ano 19, n. 75.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. 3.ª ed. Barcelona: Ariel, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 e 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista Argumentum*. 2018, vol. 19, n. 2.

DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (org). *Segurança jurídica na aplicação do Direito Público*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia, In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMES, José Ferreira e GONÇALVES, Diogo Costa. *A imputação de conhecimento às sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2017.

GRAU NETO, Werner. Com tantos princípios, em breve não teremos mais meio nem fim. In: FERREIRA, Olavo e GRAU NETO, Werner. *Temas polêmicos do novo Código Florestal*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2016.

GROISMAN, Enrique. Crisis y Actualidad del Derecho Administrativo Económico. *Revista de Derecho Industrial*, v. 42.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria as escolhas administrativas*. 5.<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

KELLNER, Alexander Leonard Martins. Consequencialismo Judicial na Suspensão de Segurança nos Julgamentos de Direito Regulatório. *Revista EMERJ*. Rio de Janeiro, 2020, v. 22, n. 1, p. 178-219.

LEAL, Fernanda e DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, 2017, v. 7, n. 3, p. 818-843.

LEAL, Fernando e MENDONÇA, José Vicente Santos de (org). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARIN, Antônio Martinez. *El buen funcionamiento de los servicios públicos*. Madrid: Tecnos, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Planejamento Tributário. *Revista de Direito Tributário*. 1995, v. 67.

MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. *Doutrinas essenciais de Direito Constitucional*. 2015, vol. 10.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. *Revista dos Tribunais*. 1999, v. 88, n. 766, p. 11-28.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os direitos fundamentais e a sua circunstância: Crise e vinculação axiológica entre o Estado, a sociedade e a comunidade global*. Coimbra: Coimbra Jurídica, 2017.

NETO, Floriano de Azevedo Marques et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017* [Consult. 13 Abr. 2018]. Disponível em: <http://anastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>.

NEVES, Antonio Castanheira. *Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina, 1967.

NUNES, Amaury. *Formação da Decisão Judicial: O Novo CPC e os Riscos dos Novos Tempos* [Consult. 06 Nov. 2020]. Disponível em: <http://amaurnunes.com.br/2019/09/02/o-novo-cpc-e-os-riscos-dos-novos-tempos/>.

NUNES, Jorge Amaury Maia e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Formação da Decisão Judicial: o Novo CPC e os riscos dos novos tempos* [Consult. 09 Jul. 2022]. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e-procedimento/267335/formacao-da-decisao-judicial--o-novo-cpc-e--os-riscos-dos-novos-tempos>.

OECD. *A OCDE e o Brasil: Uma relação mutuamente benéfica* [Consult. 21 Mar. 2021]. Disponível em: <https://www.oecd.org/latin-america/countries/brazil/brasil.htm>.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *A Proposta da Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas* [Consult. 14 Dez. 2020]. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>.

PELUSO, Luis Alberto. **Ética e Utilitarismo**. Campinas: Alinea, 1998.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Fundamentação das decisões judiciais, consequências práticas e o art. 20 da LINDB. *Revista dos Tribunais*. 2019, vol. 1009.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: nova retórica*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC. *Revista de Processo*. 2016, vol. 259, p. 405 – 435.

PORTO. Tribunal da Relação do Porto. Agravo 0623005, Rel. Min. Mário Cruz, D. 27/06/2006.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil Português. Ministério da Justiça - Gabinete do Ministro. Diário do Governo n.º 274/1966, Lisboa, 25 de novembro de 1966.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 86/1976, de 02 de abril de 1976. Decreto de aprovação da Constituição, Lisboa, 02 de abril de 1976.

PORTUGAL. Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013. Aprova o Código de Processo Civil. Diário da República, Lisboa, 26 de junho de 2013.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão 855/04, de 28/09/2006.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 38/2000, de 15/02/2000.

SAAD, Amauri Feres. *Do controle da administração pública*. São Paulo: Editora IASP, 2017.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 1ª Vara do Trabalho de Lençóis Paulista. Ação Trabalhista - Rito Ordinário 0010715-70.2019.5.15.0074, M. Juiz Renato da Fonseca Janon, Juntado em: 16/04/2020.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SAVARIS, José Antônio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*. 2008, n.º 248.

SERRANO, Pablo Jimenez. *Empirismo Jurídico: o Direito como experiência* [Consult. 09 Jul. 2021]. Disponível em: [www.jurismestre.com.br](http://www.jurismestre.com.br).

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. *Revista de Informação Legislativa*. 2012, ano 49. n. 194, p. 20.

SUNDFELD, Carlos Ari (org). *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari e ROSILHO, André Rosilho (Org). *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.



VOJVODIC, Adriana et al. (org). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Intervenção do *amicus curiae* no processo civil brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. 2018, vol. XCIV.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os recursos especiais repetitivos no contexto do novo processo civil brasileiro. *Revista jurídica luso-brasileira*. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2020, ano 6, n. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, volumes 1 e 2.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*. São Paulo, 2008, n. 8.

