



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BERNARDO RAPOSO VIDAL

OS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO DIREITO BRASILEIRO: USOS E  
(AB)USOS

FORTALEZA/CE

2021

BERNARDO RAPOSO VIDAL

ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO DIREITO BRASILEIRO: USOS E  
(AB)USOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra.  
Coorientador: Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

V691a Vidal, Bernardo Raposo.  
Argumentos consequencialistas no direito brasileiro : usos e ab(usos) / Bernardo Raposo Vidal. – 2021.  
152 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Marcelo de Lima Guerra.

Coorientação: Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge Neto.

1. Consequencialismo. 2. Pragmatismo. 3. Direito e Economia. 4. Pesquisa Empírica. 5. Fundamentação da Decisão Judicial. I. Título.

CDD 340

---

BERNARDO RAPOSO VIDAL

ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO DIREITO BRASILEIRO: USOS E  
(AB)USOS

Tese ou Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Dr. Nagibe de Melo Jorge (Coorientador)  
Centro Universitário Christus (Unichristus)

---

Prof. Dr. Juvêncio Vianna Vasconcelos  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus; aos meus amores Luísa, Marina,  
Marcele e Flávia; aos meus saudosos avós  
Calixto e Léa; ao meu irmão/amigo Bruno e  
sua linda família; ao leal amigo Doin e à  
doutrina espírita.

## AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Nagibe de Mello Jorge pela coorientação e efetiva participação no processo, tanto nas críticas quanto nas sugestões.

Aos professores Prof. Dr. Marcelo Lima Guerra e Prof. Dr. Juvêncio Vianna Vasconcelos, pelo tempo e pelas participações nas bancas.

Aos colegas da turma de mestrado Lucas Ernesto, José Flávio, Matheus Braga, Sofia Laprovitera, José Eudson e Carla Maria, por todos os momentos divididos nestes dois anos.

Ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, agradecimento que faço na pessoa dos Desembargadores Heráclito Vieira de Sousa Neto e Fernando Luiz Ximenes Rocha, pela oportunidade em realizar a pesquisa de forma dedicada.

“Estude a si mesmo, observando que o autoconhecimento traz humildade e sem humildade é impossível ser feliz.”  
HIPPOLYTE LÉON DENIZARD RIVAIL

## RESUMO

O presente trabalho teve por propósito identificar e analisar criticamente o uso de argumentos consequencialistas no Direito Brasileiro como fundamento de decisões judiciais. Ao identificar os usos, foram propostas formas de evitar os abusos, como a pesquisa empírica e o modelo argumentativo de Toulmin, este último possibilitando a compreensão de que determinadas estruturas de premissas devem seguir-se no processo de fundamentação, validando racionalmente o argumento consequencialista. Para tal, no capítulo primeiro, foram investigadas as bases axiológicas e históricas do consequencialismo, suas principais vertentes, ideias e críticas. No capítulo segundo, avançou-se sobre seu espraiamento pelo Direito, o consequencialismo jurídico, analisando-se sua legitimidade através das ideias das diferentes correntes que tiveram inspiração em suas premissas, como o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito. No capítulo terceiro, buscou-se a fundamentação do consequencialismo no Direito Brasileiro, tendo por norte a Constituição, as leis em sentido estrito, os atos normativos infralegais, além da jurisprudência aplicada sobre o tema, neste último caso com análise de julgados do STF e do STJ. Ainda, no mesmo capítulo, foram apontadas as principais críticas ao uso de argumentos consequencialistas no Direito de forma a identificar, *ex ante*, eventuais abusos em sua utilização em juízo. No capítulo quarto, cotejando as críticas do capítulo anterior, foram apresentadas propostas de evitar abusos na utilização de argumentos consequencialistas em juízo, como a pesquisa empírica e o layout argumentativo de Toulmin, um modelo lógico que chancela o uso de argumentos consequencialistas no Direito Brasileiro, desde que preenchidas as premissas mínimas ali estabelecidas. Conclui-se que, há legitimidade e fundamentos normativos para o uso de argumentos consequencialistas em juízo, desde que os juristas utilizem efetiva e metodologicamente a pesquisa empírica ao enveredarem-se nas questões extrajurídicas e tenham sempre um fundamento axiológico referendado no ordenamento jurídico quando forem adentrar no tema.

**Palavras-chave:** Consequencialismo. Pragmatismo. Direito e Economia. Pesquisa empírica. Fundamentação da Decisão Judicial.



## ABSTRACT

The purpose of this paper was to identify and critically analyze the use of consequentialist arguments in Brazilian law as a basis for judicial decisions. When identifying the uses, ways were proposed to avoid abuses, such as the empirical research and Toulmin's argumentative model, the latter enabling the understanding that certain structures of premises must follow in the reasoning process, rationally validating the consequentialist argument. For that, in the first chapter, the axiological and historical bases of consequentialism, its main aspects, ideas and criticisms were investigated. In the second chapter, there was an advance on its spread by law, legal consequentialism, analyzing its legitimacy through the ideas of the different currents that were inspired by its premises, such as legal pragmatism and the economic analysis of law. In the third chapter, the reasoning of consequentialism in Brazilian law was sought, having as its norm the Constitution, the laws in a strict sense, the non-legal normative acts, in addition to the jurisprudence applied on the subject, in the latter case with analysis of judges of the Supreme Court of the STJ. Still, in the same chapter, the main criticisms to the use of consequentialist arguments in the Law were pointed out in order to identify, ex ante, possible abuses in their use in court. In chapter four, comparing the criticisms of the previous chapter, proposals were made to avoid abuses in the use of consequentialist arguments in court, such as Toulmin's empirical research and argumentative layout, a logical model that endorses the use of consequentialist arguments in Brazilian law, provided that the minimum premises established there are fulfilled. It is concluded that, there is legitimacy and normative foundations for the use of consequentialist arguments in court, provided that jurists effectively and methodologically use empirical research when they engage in extra-legal issues and always have an axiological foundation referenced in the legal system when they enter on the theme.

**Keywords:** Consequentialism. Pragmatism. Law and Economics. Empirical research. Rationale for the Judicial Decision.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Layout básico de argumento de Toulmin .....	134
Figura 2 – Aplicação do layout básico de argumento de Toulmin .....	137
Figura 3 – Layout completo de argumento de Toulmin .....	138
Figura 4 – Aplicação do layout completo de argumento de Toulmin .....	140
Figura 5 – Quadro explicativo do Layout de Toulmin .....	140

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
CF	Constituição Federal
CIDPD/NY	Convenção Internacional de Pessoas com Deficiência de Nova York
COVID-19	Corona Virus Disease 2019
HC	Habeas corpus
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
NBR	Norma Brasileira Regulamentar
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SMSL	Síndrome da Morte Súbita do Lactente
trad.	Tradutor

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2</b>	<b>CONSEQUENCIALISMO: GÊNESE NA FILOSOFIA</b> .....	16
<b>2.1</b>	<b>ORIGEM DO CONSEQUENCIALISMO E SUAS PRINCIPAIS CORRENTES</b> .....	16
<b>2.2</b>	<b>OBSERVAÇÕES TERMINOLÓGICAS E DERIVAÇÕES CONCEITUAIS: CONSEQUENCIALISMO, UTILITARISMO, REALISMO, FORMALISMO, PRAGMATISMO FILOSÓFICO, PRAGMATISMO JURÍDICO, ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO</b> .....	20
<b>2.3</b>	<b>CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO: INÍCIO E PRINCIPAIS CORRENTES (CORTE EPISTEMOLÓGICO)</b> .....	25
<b>2.3.1</b>	<i>Utilitarismo</i> .....	26
<b>2.3.2</b>	<i>Pragmatismo filosófico</i> .....	39
<b>2.3.3</b>	<i>Pragmatismo jurídico</i> .....	45
<b>2.3.4</b>	<i>Análise econômica do direito</i> .....	55
<b>2.4</b>	<b>CONCEITO DE ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA EM JUÍZO</b> .....	63
<b>3</b>	<b>CONSEQUENCIALISMO APLICADO NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	66
<b>3.1</b>	<b>FUNDAMENTAÇÃO</b> .....	66
<b>3.1.1</b>	<i>Tipologia: Consequencialismo econômico, social, cultural</i> .....	67
<b>3.1.2</b>	<i>Direito Positivo Brasileiro: leis, princípios e atos normativos</i> .....	68
<b>3.1.3</b>	<i>Uso de argumentos consequencialistas na Jurisprudência</i> .....	77
<b>3.2</b>	<b>PRINCIPAIS CRÍTICAS AO USO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS</b> .....	93
<b>3.2.1</b>	<i>Argumento de Capacidades Institucionais</i> .....	93
<b>3.2.2</b>	<i>Conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos</i> .....	95
<b>3.2.3</b>	<i>Crítica de Jane Reis: limites impostos pelo Estado de Direito para proteção dos direitos fundamentais</i> .....	98
<b>3.2.4</b>	<i>A hierarquização de argumentos jurídicos proposta por Humberto Ávila e o contraponto de Diego A. Werneck</i> .....	100
<b>3.2.5</b>	<i>Luis Fernando Schwartz e os três tipos de consequencialismo: festivo, militante e malandro</i> 105	
<b>4</b>	<b>PROPOSTAS PARA EVITAR ABUSOS NO USO DO ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA: PESQUISA EMPÍRICA, JURIMETRIA E MODELO TOULMIN</b> .....	109

4.1	PESQUISA EMPÍRICA .....	110
4.2	JURIMETRIA .....	117
4.3	CRÍTICAS .....	121
4.3.1	<i>Falácia das Estatísticas: Darrel Huff, a Falácia do Promotor e o caso Sally Clark</i> 121	
4.3.2	<i>Ausência de indicação de fontes e metodologia das estatísticas nas decisões judiciais - o "consequencialismo"</i> .....	127
4.4	MODELO TOULMIN .....	129
4.4.1	<i>Noções Preliminares do modelo</i> .....	130
4.4.2	<i>O "layout" básico do modelo</i> .....	132
4.4.3	<i>A força dos argumentos no layout geral</i> .....	136
4.4.4	<i>O Modelo Toulmin aplicado: um exemplo do layout na jurisprudência</i> <i>consequencialista</i> .....	140
5	CONCLUSÃO .....	142
	REFERÊNCIAS .....	144

## 1 INTRODUÇÃO

A forma de utilizar-se da consequência parece algo muito natural e intuitivo ao ser humano. No uso da inteligência, dirige sua ação ou se porta omissa com fins de produzir ou não determinado resultado. Por exemplo, se gira a chave do carro, o indivíduo pretende ligá-lo e, na sequência, após acionar mecanismo de aceleração, retirá-lo da inércia para percorrer determinado caminho e chegar ao local onde intentava. O girar da chave teve como consequência imediata o acionamento dos principais sistemas do carro. A finalidade última foi chegar no destino, mas até lá teve que passar por todos os processos neste curso, inclusive girar a chave do carro.

Esse exemplo pueril demonstra o quão intuitivo e presente estão as consequências na vida de qualquer pessoa. Seja nas tarefas corriqueiras, como simplesmente ligar um carro para chegar a determinado destino, seja na aplicação da norma a um caso mais amplo como na jurisdição constitucional, cujas consequências imediatas e futuras decidirão destinos de milhões.

Nesse contexto, insere-se o uso de argumentos consequencialistas no cotidiano forense, tanto nas petições das partes quanto nas laudas decisórias oriundas do Poder Judiciário. Conforme será visto, o incremento desta forma argumentativa em juízo, deriva, em grande parte, da intensa judicialização de questões outrora circunscritas ao Poderes Executivos e Legislativo.

Sua origem, dentro da epistemologia, remonta tempos ancestrais, como 420 A.C., época do filósofo chinês Mo-Tzu. Ele frequentemente criticava os costumes locais por serem inúteis ou nocivos e já notava que as consequências de determinados atos importavam para a respectiva avaliação moral de uma ação ou de uma política (DRIVER, Julia, 2012, p. 13). A gênese do consequencialismo será descrita em tópico próprio.

Por ora e para fins introdutórios, mantenha-se o foco nos argumentos consequencialistas em juízo. Sobre o tema, Heleno Taveira Torres (2018, online) conceitua:

A doutrina anglo-saxônica da “argumentação consequencialista” (consequentialism argument), se caracteriza por um modelo fundado no dirigismo da decisão segundo critérios baseados nas consequências práticas externas ao sistema jurídico, como justificativa para valoração dos fatos e normas aplicáveis. Tal movimento se intensificou, ao menos no Brasil, na últimos tempos, tanto nos estudos quanto nas próprias decisões do STF. Os casos difíceis, de trama complexa ou de colisões de princípios, a variabilidade das decisões judiciais sobre uma mesma matéria, a progressiva opacidade do ordenamento, a falta de regras claras e objetivas ou contradições administrativas atentam contra a desejável racionalização do ordenamento, com abertura para o consequencialismo, como forma de garantir julgamentos pautados pela razoabilidade, sopesamentos e maior aderência e coerência com a realidade social.

O constante chamamento do Poder Judiciário a decidir questões relativas a políticas públicas, que envolvem, no curso argumentativo, o sopesamento de princípios constitucionais, tem provocado, em razão, dentre outros, da falta de critérios para sua aplicação, críticas de diversos setores sociais. Tais excessos, derivam de variadas origens. Manoel Gonçalves Ferreira Filho(2000, p.1) aponta uma delas, talvez a principal:

O primeiro deles é o caráter compósito do texto, que encerra princípios e regras divergentes entre si, quando não contraditórios. Isso decorreu, sem dúvida, de um fato político: a ausência de uma maioria ideologicamente convicta a respeito de pontos fundamentais, mormente no tocante à ordem econômica e social. Havia na Constituinte, de um lado, um hábil grupo, lutador e tenaz, disposto a infletir o texto para a esquerda, abrindo caminho para o socialismo. Tal grupo, entretanto, não compreendia mais do que quinze por cento dos constituintes. De outro, existia um núcleo de cerca de cem constituintes, pouco menos de vinte por cento da Assembleia, disposto a preservar o capitalismo, a propriedade privada, especialmente da terra, os valores tradicionais. A grande maioria, porém, cerca de dois terços da Constituinte, definia-se caso a caso, sem maior preocupação de coerência. E preferia cada vez que uma questão se radicalizava, um acordo que, pelo menos aparentemente, contentasse a gregos e troianos. Tais acordos, realizados não raro sob a pressão dos lobbies (CUT, CGT, Contag, UDR, CNI, e uma infinidade de outros, discretos e eficientes), são responsáveis pelas normas ambíguas com que tropeça o intérprete em questões fundamentais.

Ivens Gandra (2019, p. 21) reforça o argumento acima ao trazer detalhes da divisão ideológica das Comissões durante a Constituinte:

“Lembro-me que na Comissão VII (Ordem Econômica) teve uma concentração de constituintes denominados de 'direita' e uma densa participação dos constituintes denominados de esquerda, na Comissão VIII (Ordem Social), levando à adoção de uma Constituição favorável a uma economia de mercado e de escala, com princípios novos (livre concorrência, não-planejamento estatal para o segmento privado na ordem econômica), e um estado interventor na Ordem Social, com princípios que até hoje nem sempre tem sido de fácil conciliação.”

Com a redemocratização e o aumento da importância do Poder Judiciário como formulador de política pública, passou-se, no Brasil, a escrever-se cada vez mais sobre o consequencialismo, principalmente em matéria tributária, como é o caso do Professor Ricardo Lobo Torres(2010, p.440) que conceitua:

O consequencialismo, na verdade, é um dos tipos possíveis de argumentação jurídica, ao lado da equidade, da praticidade, da justiça, da segurança e de outros modelos. A sua hierarquização depende das próprias prioridades estabelecidas pela metodologia jurídica. Kaufmann opta pela regra de prioridade de Rawls, alicerçada no princípio da diferença, que privilegia as pessoas situadas na camada mais carente da sociedade e que transforma no melhor argumento a proteção da minoria na sua segurança existencial, os direitos fundamentais e as liberdades básicas. O consequencialismo se fortalece no plano da argumentação jurídica quando sinaliza no sentido da proteção dos direitos fundamentais e, entre estes, do mínimo existencial, que constitui o conteúdo essencial irreduzível e intangível da dignidade humana. O consequencialismo apoiado em argumentos insusceptíveis de universalização não se sustenta.

Mais do que uma atividade ontológica ou pragmática, sopesar as consequências concretas da decisão insere-se na deontologia da magistratura, como um dever ético. A redação do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional não deixa de impor ao julgador essa preocupação:

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Urge frisar que o consequencialismo pode ser visto como um gênero que esprou suas premissas para diversas outras teorias que se seguiram ao longo dos séculos, gerando diferentes correntes como o Realismo Jurídico, o Pragmatismo, o Direito e Economia, o Formalismo, dentre outros. Portanto, de forma a evitar incompreensões terminológicas, tais nomenclaturas serão objetos de esclarecimento em tópico próprio. Por ora, passemos às prováveis origens do consequencialismo.

## **2 CONSEQUENCIALISMO: gênese na filosofia**

A avaliação moral é central para as práticas críticas dos seres humanos. Para podermos navegar pelo mundo com sucesso, precisamos ser capazes de fazer julgamentos normativos sobre o que é bom e o que é ruim e, principalmente, que tipos de comportamento e modos de vida são moralmente bons e moralmente ruins.

Ao longo da história da filosofia, uma variedade de diferentes tipos de teoria foi sugerida e desenvolvida como uma maneira de entender a prática moral. O consequencialismo, portanto, também é entendido como uma teoria ética.

O consequencialismo é uma visão da filosofia moral que, à primeira vista, muitos acham intuitivamente plausível. Grosso modo, é a opinião de que a qualidade moral da ação e do caráter é determinada pelos efeitos da ação ou do traço de caráter (em relação às opções do agente). (DRIVER, 2012, p. 2)

Pode-se dizer que em regra todo resultado é consequência de um ato inicial. As consequências podem ser deduzíveis, observadas ou vislumbradas através de um juízo de prognose.

Frise-se que com este tópico não se almeja esgotar a história do consequencialismo, mas apenas orientar o leitor a compreender as origens e principais escolas do que se entende por consequencialismo dentro da filosofia moral.

### **2.1 Origem do consequencialismo e suas principais correntes**



De acordo com Bruno Salama(2017, p.73), o termo “consequencialismo” foi cunhado por G. E. M. Anscombe em artigo<sup>1</sup> denominado “Modern Moral Philosophy”, de 1958. Na obra, o termo é usado para descrever o que a autora via como o principal erro das teorias morais utilitaristas de Jeremy Bentham (1789) e John Stuart Mill (1861). Para o autor, as raízes do consequencialismo estão no Iluminismo italiano, particularmente na obra do seu maior expoente, Cesare Beccaria. No clássico *Dos Delitos e das Penas* (1764), Beccaria formula o pressuposto utilitarista que viria posteriormente a influenciar um de seus atentos leitores, Jeremy Bentham. A saber, trata-se do pressuposto de que a lei deveria ser tal que orientasse as ações da sociedade com vistas obter a máxima felicidade dividida pelo maior número.

Beccaria (2011, p. 264) sustentou, ainda, que é “melhor prevenir os crimes que puni-los. Esta é a finalidade precípua de toda boa legislação, arte de conduzir os homens ao máximo de felicidade, ou ao mínimo de infelicidade possível, para aludir a todos os cálculos dos bens e dos males da vida”. Essas ideias estão não apenas na raiz do pensamento de Bentham, como também estão latentes nas análises da maioria dos economistas modernos e na obra de Richard Posner.

O consequencialista não sustenta apenas que os efeitos da ação são moralmente relevantes; mas que os efeitos da ação são tudo o que se compreende como moralmente relevante. (DRIVER, Julia, 2012, p.3)

Essa caracterização soa muito vaga. De forma a aclarar essa compreensão, uma “espécie” de consequencialismo, o utilitarismo, propõe que a ação correta é aquela que maximiza o bem-estar. Não é, contudo, a única espécie.

Há também o egoísmo que se caracteriza por classificar como boa uma ação que produza o melhor bem-estar a determinado indivíduo. Sua criação é atribuída ao ateniense Epicuro, filósofo ligado ao hedonismo. Assim como Bentham, que desenvolveu suas ideias séculos mais tarde, acreditava que o bem seria ter prazer e mal seria sofrer. Então, se quiséssemos viver uma vida boa, deveríamos buscar o prazer e evitar o sofrimento. Diferencia-se do utilitarismo e, portanto, das ideias de Bentham, na medida que o egoísmo adota um modelo parcial, focado no indivíduo, enquanto o utilitarista seria imparcial e focado no coletivo. Modernamente, o egoísmo não é levado a sério principalmente por sua incapacidade em ser ampliado para um modelo geral.(DRIVER, 2012, p.4)

---

<sup>1</sup> Vide *Philosophy*, vol. 33, no. 124, disponível em <http://www.philosophy.uncc.edu/mlleldrid/cmt/mmp.html>). Acesso em 11 Abr. 2021.

<sup>2</sup> Em tradução livre: Um galho da árvore cujo tronco é o realismo jurídico.

<sup>3</sup> O realismo jurídico norte-americano diferencia-se do realismo escandinavo, surgido na Escola de Uppsala, cujo

Fundamentalmente, existem duas partes para uma compreensão consequencialista da avaliação moral: o valor que alguém identifica como fundamental e sua respectiva dimensão. Considere-se, por exemplo, a avaliação da ação correta. O utilitarismo clássico aduz que a ação correta é aquela que maximiza o bem-estar. Esta seria essencialmente uma questão de ter prazer e/ou de evitar uma dor. Assim, o valor fundamental seria o prazer e sua dimensão seria a sua maximização, sua amplificação.

Como vimos, em linhas gerais, na filosofia moral, o consequencialismo é a visão de que a qualidade moral de uma ação, por exemplo, o acerto de uma ação, é completamente determinada por suas consequências, consideradas as opções a que o agente tinha acesso.

A maioria dos consequencialistas está comprometido com a noção de que nós devemos maximizar os bons efeitos das ações. A ideia é de que produzir mais bem é melhor do que produzir menos. Lógico que no cotidiano as pessoas seguem regras de ouro ou decisões padronizadas sobre situações corriqueiras. No entanto, por vezes, as pessoas são confrontadas com situações que requerem cautela no que elas devem fazer e, isso requer a avaliação das consequências de suas ações.

Por exemplo, suponha que Maria decida doar dinheiro para a caridade. Um consequencialista diria que ela deveria doar para a instituição que terá a melhor capacidade em promover maior alocação daqueles recursos, posto que tal gerará mais felicidade e atenderá um número maior de pessoas.

No caso acima, a noção parece ser bem intuitiva. Entretanto, há situações em que um compromisso em maximizar o bem-estar de outros parecerá contraintuitivo moralmente, pois isso poderá conflitar com nossa intuição sobre justiça e direitos humanos mínimos.

Julia Driver(2012, p. 15) menciona um consequencialista da antiguidade: o filósofo chinês Mo-Tzu (420 A.C.). Ele frequentemente criticava os costumes por serem inúteis ou nocivos. Notou que as consequências importavam para a moralidade de uma ação ou política. Assim como Jeremy Bentham e Stuart Mill, Mo-Tzu parecia almejar reformas sociais. Sua visão de que a benevolência universal é o necessário para aprimorar moralmente o mundo, encontra eco na ideia de Francis Hutcheson, de que a virtude intrinsecamente deve ser benevolente.

A autora americana afirma que o consequencialismo em sua forma mais moderna e ocidental, foi muito influenciada pelos primeiros sentimentalistas, como 3rd Earl of Shaftesbury, Francis Hutcheson e David Hume. (DRIVER, 2012, p.7)

O sentimentalismo é, de forma geral, a visão de que a moralidade é mais uma matéria de sentimento do que de razão, e é comumente oposta ao racionalismo, que defende

que as pessoas podem ser motivadas apenas pela razão para atuar de acordo com as normas morais. Para Julia, o racionalismo é perfeitamente compatível com o utilitarismo, embora a maioria dos racionalistas, apenas por uma contingência histórica, acabaram por rejeitar tal comparação.

Embora o primeiro relato sistemático do utilitarismo tenha sido desenvolvido por Jeremy Bentham (1748-1832), a ideia principal que dá lastro a esta teoria adveio muito mais cedo.

A ideia central é de que um comportamento moralmente apropriado não só não causará danos a outros, mas, aumentará sua felicidade ou utilidade. Os precursores do utilitarismo clássico incluem os moralistas britânicos Cumberland, Shaftesbury, Hutcheson, Gay e David Hume. Desses, Francis Hutcheson (1694-1746) é um utilitarista explícito quando se trata da escolha do agir.

Alguns dos antigos pensadores utilitaristas partilhavam também uma linha teológica como Richard Cumberland (1631-1718) e John Gay (1699-1745). Eles acreditavam que a promoção da felicidade humana era nossa incumbência já que fora aprovado por Deus. Depois de enumerar os caminhos pelos quais os humanos estão obrigados (ao perceber a consequência natural das coisas, a obrigação de ser virtuoso, as obrigações civis que derivam das leis e as obrigações advindas da autoridade divina). Nesse sentido, D.D. Raphael(1969, p.412), em estudo sobre os moralistas britânicos, refere-se à lição de John Gay:

“Da consideração dessas quatro formas de obrigação... é evidente que a total e completa obrigação que se aplica a todos os casos, só pode derivar da autoridade Divina; porque só Deus pode, em todos os casos, fazer um homem feliz ou miserável: e, portanto, como todos nós estamos sempre obrigados a essa conformidade chamada virtude, é evidente que a regra ou critério imediato é a vontade de Deus.”

Esse pensamento aproxima-se do utilitarismo, entretanto, não é infenso a críticas já que não está claro qual é o trabalho essencial feito por Deus, ao menos em termos de ética normativa. Deus como fonte da normatividade é compatível com o utilitarismo, mas o utilitarismo não requer essa compreensão. (DRIVER, 2012, p.8)

É marcante a influência de Gay nos utilitaristas mais recentes, como David Hume. Gay abordou algumas das questões que preocupavam Hume sobre a natureza da virtude. Por exemplo, Gay estava curioso sobre como explicar a prática de aprovação e desaprovação de uma ação ou caráter. Quando se vê um ato que é viciado, desaprova-se.

Além disso, associam-se certas coisas com seus efeitos, de modo que se formam associações positivas e negativas que também subscrevem nossos julgamentos morais. Claro, se vemos a felicidade como algo bom, incluindo a felicidade de outros, tal se deve aos desígnios divinos. Essa é uma característica crucial para a compreensão teológica, que seria rejeitada por Hume em favor da visão naturalística da natureza humana e a confiança que nosso compromisso compreensivo com outros. A compreensão teológica do utilitarismo seria desenvolvida mais tarde por William Paley, mas a falta de necessidade em apelar à Deus resultaria em diminuição de sua relevância.

## **2.2 Observações terminológicas e derivações conceituais: Consequencialismo, Utilitarismo, Formalismo, Realismo, Pragmatismo Filosófico, Pragmatismo Jurídico, Análise Econômica do Direito**

Preliminarmente, necessário fazer algumas observações sobre os termos em epígrafe, para melhor compreensão dos respectivos significados e o contexto em que estão inseridos em comparação com o consequencialismo. Existem diversas correntes filosóficas que se utilizam desta ótica teleológica de pensar o comportamento humano a partir dos efeitos de uma ação. É o caso do Utilitarismo, do Realismo Jurídico, do Pragmatismo Filosófico e Jurídico e da Análise Econômica do Direito. As correntes serão desenvolvidas com mais vagar em tópico próprio nesta dissertação. Por ora, apenas se apontará um breve relato.

O Utilitarismo é uma teoria que foi desenvolvida no bojo da filosofia liberal inglesa, especialmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Os autores indicam que as consequências de uma ação são a única base permanente para julgar a moralidade desta ação. O utilitarismo não se interessa desta forma pelos agentes morais, mas pelas ações – as qualidades morais do agente não interferem no “cálculo” da moralidade de uma ação, sendo então indiferente se o agente é generoso, interessado ou sádico, pois são as consequências do ato que são morais. Há uma dissociação entre a causa (o agente) e as consequências do ato. Assim, para o utilitarismo, dentro de circunstâncias diferentes um mesmo ato pode ser moral ou imoral, dependendo se suas consequências forem boas ou más.

“O utilitarismo é uma forma de consequencialismo. Consequencialismo é a categoria mais ampla, e oferece a esse respeito um rótulo mais conveniente.” (FINNIS, 2012, p.84)

Sobre o Pragmatismo Jurídico, importante trazer o conceito-observação de Bruno Salama (2017, p.32):

[N]ão há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o

pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty e Richard Posner. (...) Sob a perspectiva pragmática, o direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências.

O Pragmatismo Jurídico, como afirmado, seria uma das correntes do Consequencialismo. Aquele, também advém de um contexto do movimento antiformalista denominado Realismo Jurídico que imbrica-se, na visão de alguns, com a Análise Econômica do Direito como será visto abaixo.

O advento da análise econômica do direito é tida por alguns autores, como (SMITH, 2009, p. 131) como tendo relação direta com o realismo norte-americano, sendo considerada “one branch of the tree whose trunk is legal realism”<sup>2</sup>. O realismo foi uma reação contra o formalismo do common law, a ideia de que o direito pode ser inteiramente captado por uma teoria descritiva e prescritiva baseada em um complexo de princípios (TAMANHA, 2010, capítulos 2 e 4), aplicados dedutivamente pelo juiz a qualquer conjunto de fatos, independentemente das consequências em casos particulares.

Bruno Bodart e Luís Fux (2019, p. 22-24), todavia partilham outra concepção:

“A AED é movimento iniciado por economistas e juristas inspirados pelo moderno pensamento econômico. Por isso mesmo, a análise econômica do Direito é indiferente às tradicionais concepções ao redor das quais disputavam diferentes escolas de pensamento no Direito, como formalismo, realismo, jusnaturalismo e positivismo. Por essa razão, não é correto afirmar que a análise econômica do direito tenha alguma relação com o realismo jurídico, corrente que foi popular nos Estados Unidos no início do século XX, tendo como expoentes juristas como Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Jerome Frank e Karl Llewellyn. (...) O pensamento realista, na verdade, contribuiu de forma genérica para o estudo multidisciplinar no meio jurídico, na linha do que Roscoe Pound qualificava como ‘sociological jurisprudence’, abrangendo não apenas a Economia, mas também a história, a antropologia, a sociologia, a ciência política e outras disciplinas que permitissem ao jurista compreender a realidade subjacente à sua empreitada. Nesse sentido, todas as vertentes do pensamento jurídico atuais são, em alguma magnitude, alinhadas à proposta realista, na medida em que é inconcebível a compreensão do Direito em completa abstração da sociedade à qual se vincula. A par da genérica aceitação do influxo de outras disciplinas no estudo e na prática do Direito, o realismo jurídico e a análise econômica do Direito são fundamentalmente distintos.”

Segundo Thaís Nunes de Arruda, o termo “realismo jurídico”<sup>3</sup> é utilizado para descrever a teoria e prática de seus adeptos, devido à resistência que demonstravam ao formalismo da tradição jurídica norte-americana hegemônica nas Cortes após a Guerra Civil norte-americana (1891-1865) (ARRUDA, p. 42).

<sup>2</sup> Em tradução livre: Um galho da árvore cujo tronco é o realismo jurídico.

<sup>3</sup> O realismo jurídico norte-americano diferencia-se do realismo escandinavo, surgido na Escola de Uppsala, cujo precursor foi Axel Hägerstrom, e que teve como discípulos Lundstedt, Olivercrona e Alf Ross, Cf. Eisenberg (2006, p.656).

De acordo com Minda (1995, p. 365-366), os formalistas tentaram desenvolver uma teoria do direito com base na lógica interna permanente e imutável do direito, que conteria em si todos os recursos necessários para a correta solução de litígios, não importando o quão complexa fosse a disputa. Os juízes não criavam o direito, mas sim declaravam-no preexistente.

O realismo jurídico, por sua vez, postulou outra visão interpretativa, objetivando reconstruir a filosofia do direito a partir de uma visão contextual. A análise do fato, das circunstâncias, bem como a preparação do jurista para uma “sabedoria prática” tornam-se suas marcas intelectuais distintivas.(ARRUDA, 2011, p. 42)

O direito dos realistas era, portanto, constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelas Cortes, isto é, pelas decisões judiciais. As leis, a doutrina e os precedentes eram fontes de inspiração dos juízes no estabelecimento da decisão judicial. Os realistas tinham uma profunda descrença sobre a possibilidade de se decidir de acordo com a lei ou com os precedentes, haja vista que a realidade é por demasiado fluida para ser governada por regras, estas criticadas por seu conceitualismo e formalismo excessivo.

Os realistas indicavam, pois, o caráter indeterminado das normas jurídicas, admitindo a decisão judicial como o resultado de intuições e idiosincrasias dos magistrados<sup>4</sup>, sendo por isso fundamental o estudo sobre seu comportamento, isto é, sobre o modo como agem os juízes.

Inspirados nos trabalhos de Oliver Wendell Holmes, John Chipman Grey e Benjamin Nathan Cardozo, o pragmatismo clássico ou filosófico está presente e serviu de inspiração para o desenvolvimento dos realistas, como Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Cohen Felix e Max Radin. Pragmatismo e realismo jurídico aparecem em ensaios de Dewey sobre o direito (POSNER, 2010, p. 75).

Oliver Wendell Holmes (1841-1935) foi influenciado pelas ideias dos pragmatistas clássicos, tendo participado das reuniões do “Clube Metafísico de Harvard” em meados de 1870. Nomeado como juiz da Suprema Corte Norte-Americana em 1902, muito embora seja classificado ora como representante do realismo jurídico, ora como membro da teoria sociológica do direito, rompeu com os seus antecessores, insistindo que os juízes devem considerar as consequências das suas decisões na interpretação jurídica, criando o direito

---

<sup>4</sup> Os realistas radicais acreditavam que o direito e o raciocínio jurídico eram parte de uma forma pela qual as pessoas criam a vida social. Ao analisar a natureza formalística da liberdade da Suprema Corte aos casos contratuais, os realistas então enfatizaram o caráter inevitavelmente ideológico da atividade do judiciário. Cf. Minda (1995, p. 29).

como legislador ocasional (ARRUDA, 2011, p.45). Por tal motivo, não seria injusto rotulá-lo um dos primeiros defensores do pragmatismo jurídico.

Holmes aceitou a tese de que o conhecimento humano se situa nas práticas sociais e habituais. Para ele, o direito era constituído de práticas, contextuais, situadas no costume e nas expectativas compartilhadas. Daí seu célebre aforismo de que “a vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência”, citado repetidas vezes por aqueles que pretendem derrubar o excesso de conceitualismo no pensamento jurídico. O pragmatismo filosófico que inspirou o realismo jurídico não se prende a dogmas metafísicos, não se interessa por transcendências.

Em meados do século XX, com o falecimento de Dewey, o pragmatismo foi superado na filosofia pela filosofia analítica, cuja ideia era a de que nossos problemas filosóficos seriam problemas de linguagem. A partir da análise linguística, os filósofos conseguiriam chegar a enunciados bem elementares que poderiam ser emparelhados às sensações empíricas, espelhando o que é o “real”. Já no direito, a sobreposição se deu pelo positivismo lógico, segundo o qual a linguagem que espelhava melhor a realidade era a ciência fisicalista, típica de um projeto moderno para a ciência em geral; assim, todas as outras linguagens poderiam ser traduzidas ou reduzidas à linguagem da física, de modo a conhecer quais se sustentariam. (ARRUDA, 2011, p.49)

Já no início da década de 1950, com o declínio do positivismo lógico, o pragmatismo voltou à tónica das discussões com Quine, Donald Davidson, Richard Rorty e Hilary Putnam e, em certa medida, F.S.C. Schiller, sob a rubrica do neopragmatismo, em que pese alguns autores como Richard Rorty contestarem tal alcunha<sup>5</sup>.

É necessário separar o pragmatismo filosófico de um simples comportamento pragmático; este último indica apenas um estado de impaciência com abstrações e uma disposição para basear julgamentos e ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos e generalidades. (DWORKIN, 2010, p.36)

Talvez aqui esteja uma das raízes da associação entre pragmatismo jurídico, realismo jurídico e pragmatismo filosófico: todos aqueles que se alinham a estes movimentos certamente compartilham entre si a descrença quanto a qualquer tentativa mais ambiciosa de fornecer fundamentos sólidos e unívocos para a função jurisdicional e os argumentos dos advogados.

Enquanto o realismo jurídico admitia abstratamente o recurso a conhecimentos até então externos ao campo jurídico, sem uniformidade de método ou de programa científico, a

---

<sup>5</sup> Ver TORRANO, Bruno(2018, p.19-22) e POGREBINSCHI, Thamy. Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty. *Novos Estudos*, n.74, mar. 2006, p. 125-139.

análise econômica do direito assume a metodologia da Economia do bem-estar, possibilitando o surgimento de um programa comum e sistemático de revisão dos institutos jurídicos a partir dessas premissas.

Segundo Posner, a primeira articulação da concepção realista deveu-se a Bentham, na sua “Principles of Morals and Legislation”, em 1780, mas foi apenas cem anos depois que o Juiz Holmes deu à concepção um slogan, logo na primeira página de seu livro “The Common Law”, em 1881, quando afirmou: “A vida do Direito não é lógica. É experiência.” A mesma concepção, continua Posner, foi rearticulada por Cardozo e Rosco Pound e pelos chamados legal realists das décadas de 1920 e 1930, tais como Jerome Frank e Karl Llewellyn.

Daí em diante, essa abordagem tomou de assalto o direito americano, sendo uma de suas principais vertentes a escola do Law and Economics. Cardozo e Rosco Pound aduzem que o termo *legal realism* é muitas vezes usado para definir uma teoria da decisão preocupada exclusivamente com as consequências para as partes do caso concreto, excluindo assim considerações sistêmicas.

É importante que fique claro que o realismo, qualquer que seja sua vertente é sempre pragmático e voltado ao resultado. Suas vertentes contemplam diversas teorias do comportamento, focadas ora no homem racional (análise econômica tradicional), ora nas falhas de racionalidade (comportamentalismo), ora nas ideologias e na política (atitudinistas), ora nas normas sociais (contextualistas), ora nas configurações institucionais que acabam moldando as decisões judiciais (institucionalismo). Entretanto, deve-se observar que nem todos os autores concordam com a imbricação entre Realismo e AED.

De acordo com o Edmund Kitch W. (1983, p.184), a disciplina de Direito e Economia origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico.

Bruno Meyerhof (2017, p. 17) retoma a lição e prossegue:

A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que posteriormente se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito principalmente através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do temário da disciplina de Direito e Economia. Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite. A



segunda tradição central à disciplina de Direito e Economia, o realismo jurídico, surge nas faculdades de direito norte-americanas e escandinavas na primeira metade do século XX. O projeto acadêmico dos realistas jurídicos era o de estudar as leis como elas de fato funcionavam, ao invés das leis conforme previstas nos códigos e livros. Do realismo jurídico advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de modo a procurar entender as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito. De disciplinas com temário e metodologias tão variadas como a economia política e o realismo jurídico, não poderia surgir disciplina outra, que não uma com metodologia e temário também bastante variados.

Enquanto o realismo jurídico admitia abstratamente o recurso a conhecimentos até então externos ao campo jurídico, sem uniformidade de método ou de programa científico, a análise econômica do direito assume a metodologia da Economia do bem-estar, possibilitando o surgimento de um programa comum e sistemático de revisão dos institutos jurídicos a partir dessas premissas.

É importante que fique claro que o realismo, qualquer que seja sua vertente é sempre pragmático e voltado ao resultado. Suas vertentes contemplam diversas teorias do comportamento, focadas ora no homem racional (análise econômica tradicional), ora nas falhas de racionalidade (comportamentalismo), ora nas ideologias e na política (atitudinistas), ora nas normas sociais (contextualistas), ora nas configurações institucionais que acabam moldando as decisões judiciais (institucionalismo). Entretanto, deve-se observar que nem todos os autores concordam com a imbricação entre Realismo e AED. (SALAMA, 2017, p.18)

A inexistência de conexão histórica entre o realismo jurídico e a análise econômica do Direito é ressaltada por Richard Posner. Observa que o realismo não era conhecido por Coase e Becker (POSNER, 1993, p. 441), bem como afirma ser duvidosa a influência daquela corrente do pensamento jurídico sobre o trabalho de Guido Calabresi na área da responsabilidade civil, considerado um dos primeiros no campo da análise econômica do Direito – apesar de Calabresi ser oriundo da escola de Direito de Yale, antigo reduto de acadêmicos realistas.

### **2.3 Consequencialismo no Direito: início e principais correntes (Corte epistemológico)**

Após breve explanação sobre o consequencialismo dentro da filosofia, importante retomar o curso a um dos objetivos descritivos deste trabalho que é analisar a transição do consequencialismo da filosofia para o direito.

Para tal, passaremos pelas principais doutrinas que catalisaram aqueles ideais filosóficos na dogmática jurídica. Elas são responsáveis por entronizar, no Direito, seja ele de origem na *common law* ou na *civil law*, o ideário consequencialista.

### 2.3.1 Utilitarismo

Teoria desenvolvida na filosofia liberal inglesa, especialmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Indicam que as consequências de uma ação são a única base permanente para julgar a moralidade desta ação. O utilitarismo não se interessa desta forma pelos agentes morais, mas pelas ações – as qualidades morais do agente não interferem no “cálculo” da moralidade de uma ação, sendo então indiferente se o agente é generoso, interessado ou sádico, pois são as consequências do ato que são morais. Há uma dissociação entre a causa (o agente) e as consequências do ato. Assim, para o utilitarismo, dentro de circunstâncias diferentes um mesmo ato pode ser moral ou imoral, dependendo se suas consequências forem boas ou más.

Julia Driver(2012, p. 12) afirma que os utilitaristas clássicos, Bentham e Mill, estavam preocupados com reformas legais e sociais. Se alguma coisa pudesse ser identificada como a motivação fundamental por trás do desenvolvimento do utilitarismo clássico seria a vontade de ver a inutilidade, leis corruptas e práticas sociais modificadas. Atingir esse objetivo requeria uma teoria ética normativa empregada como uma ferramenta crítica. Qual é a verdade sobre o que faz uma ação ou política ser moralmente boa ou correta? Mas, o desenvolvimento da teoria de *per se* também foi influenciada por visões fortes sobre o que estava errado na sociedade.

A convicção que, por exemplo, algumas leis são ruins resultaram na análise de saber o motivo de serem ruins. E, para Jeremy Bentham, o que as fazia ruins eram sua falta de utilidade, sua tendência em levar à infelicidade e à miséria sem nenhuma compensação em felicidade. Se uma lei ou ação promove o bem, então ela é boa.

Após esse breve intróito, necessário trabalhar as ideias centrais dos dois principais teóricos do utilitarismo clássico.

#### 2.3.1.1 Jeremy Bentham

Jeremy Bentham foi influenciado tanto pelo conceito de natureza humana de Thomas Hobbes como pelo conceito de utilidade social de David Hume. Ele defendia que os humanos eram governados por dois mestres soberanos – o prazer e a dor. Julia Driver (2012, p.13)

Na visão do inglês, nós basicamente buscamos o prazer e a prevenção da dor, eles “nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos”. (BENTHAM, 1984, p.1)

No entanto, ele também elevou o princípio da utilidade como o padrão de ação correta por parte de governos e indivíduos. Assim, as ações seriam aprovadas quando fossem destinadas a promover a felicidade ou o prazer, e desaprovadas quando tendessem a causar infelicidade ou dor.

Julia Driver faz a seguinte provocação (DRIVER, 2012, p.14):

"Combine este critério de correção com a visão de que devemos estar ativamente tentando promover a felicidade geral, e haverá uma incompatibilidade séria com o egoísmo psicológico. Assim, seu aparente endosso ao egoísmo psicológico hobbesiano criou problemas na compreensão de sua teoria moral, uma vez que o egoísmo psicológico exclui a ação para promover o bem-estar geral quando é incompatível com o próprio. Para o egoísta, isso nem mesmo é uma possibilidade. Assim, dado que "dever implica poder", seguir-se-ia que não somos obrigados a agir para promover o bem-estar geral quando isso for incompatível com o nosso. Isso gera uma séria tensão no pensamento de Bentham, que chamou sua atenção. Ele às vezes parecia pensar que poderia conciliar os dois compromissos empiricamente, isto é, observando que, quando as pessoas agem para promover o bem, também estão ajudando a si mesmas. Mas essa afirmação só serve para turvar as águas, uma vez que o entendimento padrão do egoísmo psicológico - e a própria declaração de Bentham de sua visão - identifica motivos de ação que são de interesse próprio."

Nos seus anos finais de vida, tendo em mente a dificuldade em conciliar as posições acima, Bentham reconheceu, contudo, que, às vezes, as pessoas agem de forma solidária, pensando apenas no bem coletivo e não exclusivamente em si. (DRIVER, 2012, p.16)

O *insight* da filosofia utilitarista é reconhecer que não gostamos de dor e gostamos do prazer, fazendo desse fato a base da vida moral e política. Portanto, o legislador também está abarcado por esse dever de maximização da felicidade da comunidade em geral. Segundo Bentham, a comunidade seria um corpo fictício, formado pela soma dos indivíduos que abrange. Cidadãos e legisladores devem, assim, fazer a si a mesmos a seguinte pergunta: Se somarmos todos os benefícios dessa diretriz e subtrairmos todos os custos, ela produzirá mais felicidade do que uma decisão alternativa? (SANDEL, 2017, p.48).

Sandel afirma que, para Bentham, todo argumento moral deve implicitamente inspirar-se na ideia de maximizar a felicidade. As pessoas podem dizer que acreditam em alguns deveres ou direitos absolutos e categóricos. Mas não teriam base para defender esses deveres ou direitos a menos que acreditassem que respeitá-los poderia maximizar a felicidade humana no longo prazo. Nesse sentido, afirma que “quando um homem tenta combater o princípio da

utilidade, ele o faz com razões que derivam, sem que tenha consciência disso, daquele princípio em si.” (SANDEL, 2017, p.49)

Todas as divergências morais seriam discordâncias sobre como se deve aplicar o princípio utilitarista da maximização do prazer e da minimização da dor. Bentham achava que seu princípio da utilidade era uma ciência moral que poderia servir como base para a reforma política. Ele propôs uma série de projetos com vistas a tornar a lei penal mais eficiente e humana, como por exemplo, o Panopticon.(SPRIGGE; BURNS, 2017, p. 1753)

Bentham também se beneficiou do trabalho de Hume, embora em muitos aspectos suas abordagens da filosofia moral fossem completamente diferentes. Hume rejeitou a visão egoísta da natureza humana, concentrando-se na avaliação de caráter. Ações são significativas como evidência de caráter, mas têm apenas esse significado por derivação. Na avaliação moral, a principal preocupação seria com o caráter. No entanto, Bentham se concentrou na avaliação das consequências das ações, em que pese haver uma tendência na filosofia moral. (DRIVER, 2012, p.13)

Voltando seu pensamento para a edição das leis e o exercício da política, passou a fazer a leitura da utilidade como padrão moralmente aceitável nessas searas. Portanto, quando o legislador atua, o faz contra ou a favor de certas ações. Ainda que atuasse mal, como ao editar uma lei burocrática que traz apenas empecilhos ao cidadão, não se poderia dizer que seu caráter poderia ser realmente conhecido em razão dessas ações. Pensar assim levaria a uma visão obtusa de que desacordos morais atrariam para um dos contendores tal pecha perene, ao invés de simplesmente indicar que cometeu um erro que se refletiu na ação (legislar).

Bentham extrai de Hume a visão de que a utilidade é a medida da virtude - isto é, a utilidade interpretada de forma mais ampla do a preconizada por David Hume. Isso porque Hume fez uma distinção entre o prazer que a percepção da virtude gera no observador e sua utilidade social. Esta última consistiria na existência de possíveis benefícios tangíveis para a sociedade, independentemente do prazer do observador. Bentham, quis dizer que as pessoas podem não responder positivamente às boas qualidades da ação - talvez elas não percebam os bons efeitos. Mas, enquanto houver esses bons efeitos que são, no geral, melhores do que os efeitos de qualquer curso de ação alternativo, então a ação é a correta. (DRIVER, 2012, p.14)

Retoricamente, de qualquer maneira, pode-se ver porque esse é um movimento importante para Bentham ser capaz de fazer. Ele foi um reformador social. Ele sentiu que as pessoas frequentemente tinham uma resposta a certas ações - de prazer ou aversão - que não refletiam absolutamente nada de moralmente significativo. De fato, em suas discussões sobre

homossexualidade, por exemplo, ele observa explicitamente que "antipatia" não é razão suficiente para legislar contra uma prática:

The circumstances from which this antipathy may have taken its rise may be worth enquiring to. ... One is the physical antipathy to the offence. ... The act is to the highest degree odious and disgusting, that is, not to the man who does it, for he does it only because it gives him pleasure, but to one who thinks [?] of it. Be it so, but what is that to him?<sup>6</sup> (BENTHAM, 1978, p.94)

Bentham então observa que as pessoas tendem a usar sua antipatia física como pretexto para fazer a transição para a antipatia moral e o desejo frequente de punir as pessoas que tem diferentes opiniões ou gostos. Isso seria ilegítimo principalmente por punir-se uma pessoa por suas escolhas, resultando em sanções descontroladas e contingentes.

Retomando a ideia inicial, para Bentham, o indivíduo ao tomar uma decisão moral, usa os seguintes parâmetros para qualificar uma ação com relação ao prazer e à dor: intensidade (quão forte é o prazer ou a dor), duração (quanto tempo dura), certeza (quão provável o prazer ou a dor é o resultado da ação), proximidade (quão próxima a sensação estará da execução da ação), fecundidade (a probabilidade de levar a mais prazeres ou dores), pureza (quanta mistura existe com a outra sensação). Também considera a extensão - o número de pessoas afetadas pela ação. (DRIVER, 2012, p. 15).

Julia Driver (2012, p. 16) aduz que Bentham despertou reações de espanto em muitos contemporâneos em razão de sua visão sobre a qualidade moral de uma ação ser determinada instrumentalmente e não como valores imutáveis oriundos de um Direito Natural e intrínseco ao ser-humano:

Não é que haja um tipo particular de ação intrinsecamente errada; ações que são erradas são erradas simplesmente em virtude de seus efeitos, portanto, instrumentalmente erradas. Isso vai contra a visão de que existem algumas ações que, por sua própria natureza, são simplesmente erradas, independentemente de seus efeitos. Alguns podem estar errados porque não são "naturais" - e, novamente, Bentham descartaria isso como um critério legítimo. Alguns podem estar errados porque violam a liberdade ou autonomia. Novamente, Bentham veria a liberdade e a autonomia como boas - mas boas instrumentalmente, não intrinsecamente. Assim, qualquer ação considerada errada devido a uma violação da autonomia é derivativamente errada também por motivos instrumentais. Isso é interessante na filosofia moral, visto que está muito distante da abordagem kantiana da avaliação moral, bem como das abordagens da lei natural. Também é interessante em termos de filosofia política e política social. Na visão de Bentham, a lei não é monolítica e imutável. Visto que os efeitos de uma determinada política podem mudar, a qualidade moral da política também pode mudar. Nancy Rosenblum observou que, para Bentham, não se simplesmente decide sobre boas leis e termina assim: 'A

---

<sup>6</sup> Tradução livre: As circunstâncias das quais essa antipatia pode ter surgido podem valer a pena investigar. ... Uma é a antipatia física pela ofensa. ... O ato é no mais alto grau odioso e repulsivo, isto é, não para o homem que o faz, pois ele o faz apenas porque lhe dá prazer, mas para aquele que pensa [?] Nisso. Seja assim, mas o que isso significa para ele?

legislação deve ser reconhecida como um processo contínuo em resposta a desejos diversos e mutáveis que exigem ajustes".

Portanto, Bentham infere que uma lei que é boa para alguém em certo período pode ser ruim em outro momento. Assim, os legisladores deveriam ser sensíveis às mudanças nas circunstâncias sociais e promover ajustes normativos.

#### 2.3.1.1.1 Críticas

Michael Sandel(2017, p.51), sintetizando as principais críticas à ideia de Bentham, traça algumas objeções ao utilitarismo. A principal delas seria o desrespeito aos direitos individuais. Considerar apenas a soma das satisfações como medida de felicidade, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significaria que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que se considera como normas fundamentais da dignidade e solidariedade.

E exemplifica com três casos peculiares: justificção da tortura em determinadas situações; prática na Roma Antiga de jogar cristãos aos leões para diversão da multidão e a cidade da felicidade. (SANDEL, 2017, p. 51)

No que tange à prática ocorrida na Roma Antiga, o ilustre autor pergunta o que diria um utilitarista ao perceber que a quantidade de romanos que se deleitavam com o espetáculo foi muito maior do que a de cristãos. Será que condenariam? Ou em razão do princípio da utilidade a prática seria tolerada? Talvez preocupassem-se com as consequências no ânimo dos romanos oriundo dessa prática nada civilizada, que poderia gerar violência no meio social ou até impôr tais práticas aos inimigos do monarca, ainda que romanos. Conclui, de forma eloquente: "... se esses cálculos forem as únicas razões para que se desista de submeter cristãos à morte violenta pelo bem do entretenimento, não estaria faltando algo moralmente importante a esse raciocínio?" (SANDEL, 2017, p. 51)

Outro exemplo clássico e muito elucidativo dessa discussão, envolve a justificativa do uso da tortura em interrogatórios para evitar crimes de numerosas vítimas, como por exemplo, atentados terroristas. Sandel(2017, p.52) ajusta as premissas:

O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito sua felicidade ou utilidade. Mas, milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma

pessoa se isso evitar morte e sofrimento em larga escala. O argumento do ex-vice-presidente Richard Cheney de que o uso de técnicas de interrogatório severas contra membros da Al-Qaeda suspeitos de terrorismo ajudou a impedir outro ataque terrorista como o das Torres Gêmeas baseia-se nessa lógica utilitarista.

Entretanto, utiliza a lógica utilitarista para negar carga absoluta para tal prática. Primeiro, porque poderia não ser efetiva a informação colhida e o dano intrínseco à integridade do terrorista já estaria intronizado naquela sociedade. Outrossim, outras nações poderiam usar do mesmo expediente com os cidadãos daquela nação, em casos variados, reduzindo no cômputo geral, a utilidade.

Lado outro, aponta que o número de afetados faria uma diferença moral. In verbis:

Uma coisa é aceitar a provável morte de três homens em um bote salva-vidas para evitar que se mate um inocente taifeiro a sangue-frio. Mas, o que dizer quando a vida de milhares de inocentes está em jogo, como no caso da bomba-relógio nuclear? O que dizer quando centenas de milhares de vidas estão em risco? O utilitarista argumentaria que, até certo ponto, mesmo o mais ardente defensor dos direitos humanos encontraria dificuldades para justificar que é moralmente preferível deixar um grande número de inocentes morrer a torturar um único terrorista suspeito que pode saber onde a bomba está escondida.(SANDEL, 2017, p.53)

Na sequência, pontua que o exemplo pode levar a um engano. Isso porque nem sempre um suspeito de atos terroristas é efetivamente um terrorista. Haveria também uma presunção de que, apenas o fato de ser suspeito de terrorismo já atrairia uma justificativa retributiva da violência para aquele indivíduo, ainda que seja inocente neste caso. Para Sandel, "as intuições morais no caso da bomba-relógio não estão relacionadas apenas com custos e benefícios, mas também com a ideia não utilitarista de que terroristas são pessoas más que merecem ser punidas."(SANDEL, 2017, p. 54)

O autor finaliza suas observações com um contra exemplo. Caso o terrorista não fale sob tortura e a única forma de se extrair algo for torturando sua filha pequena, que nada sabe das supostas atividades do pai, seria moralmente aceitável fazê-lo? Alguns utilitaristas aceitarão a ideia, no entanto, sem antes pensar até onde poderão chegar essa gradação de desacordos morais.

Sandel (2017, p. 55) prossegue agora com uma segunda objeção:

O utilitarismo procura mostra-se como uma ciência de moralidade baseada na quantificação, na agregação e no cômputo geral da felicidade. Ele pesa as preferências sem as julgar. As preferências de todos têm o mesmo peso. Essa proposta de não julgamento é a origem de grande parte de seu atrativo. E a promessa de tornar a escolha moral uma ciência esclarece grande parte do raciocínio econômico contemporâneo. Para agregar valores, no entanto, é necessário pesá-los todos em uma única balança, como se tivessem todos a mesma natureza. A ideia de Bentham sobre a utilidade nos oferece essa moeda comum.

De acordo com essa segunda objeção, não seria possível transformar em moeda corrente valores de naturezas distintas, principalmente se considerar-se a maneira pela qual a lógica utilitarista é aplicada em análises de custo e benefício, uma forma de tomada de decisões amplamente utilizada por governos e corporações. Tal análise tenta trazer a racionalidade e o rigor para as escolhas complexas da sociedade, transformando todos os custos e benefícios em termos monetários – e, então, comparando-os.

Outros críticos, afirmam que o hedonismo de Bentham seria igualitário demais, ou seja, os prazeres simples, os prazeres sensuais, seriam tão bons, pelo menos intrinsecamente, quanto os prazeres mais sofisticados e complexos. Julia Driver discorda "o prazer de beber uma cerveja na frente da TV certamente não é tão importante quanto o prazer que se obtém resolvendo um problema matemático complicado, ou lendo um poema, ou ouvindo Mozart." (DRIVER, 2012, p.17)

Essa visão de Bentham de que não havia diferenças qualitativas nos prazeres também o deixou aberto à crítica de que, em sua opinião, os prazeres humanos não tinham mais valor do que os prazeres animais, chegando a afirmar que o status moral dos animais, ligada à sua consciência, era a mesma dos humanos. Embora prejudicar um filhote de cachorro e prejudicar uma pessoa sejam ambos ruins, a maioria das pessoas, intuitivamente acha que prejudicar uma pessoa é pior. Nesse ponto, Stuart Mill procurou mudanças na teoria que pudessem acomodar esse tipo de intuição.

### *2.3.1.2 John Stuart Mill*

John Stuart Mill (1806-1873) era filho de James Mill, amigo e discípulo de Bentham. Nascido uma geração após a de Bentham, tentou repaginar o utilitarismo trazendo-lhe feições mais humanas. Discordava de algumas das afirmações de Bentham - particularmente sobre a natureza da "felicidade". Bentham, sustentou que não havia diferenças qualitativas entre os prazeres, apenas quantitativos. Isso o deixou aberto a uma variedade de críticas como vimos no tópico anterior.

Como já descrito quando tratou-se das críticas dirigidas a Bentham, as principais objeções ao princípio da “maior felicidade” foram a não atribuição de devido valor à dignidade humana e aos direitos individuais e a redução de tudo que tem importância moral a uma única escala de prazer e dor.

Nessa esteira, Mill tenta conciliar os direitos do indivíduo com a filosofia utilitarista de Bentham. Seu livro *On Liberty* (1859) traz argumentos em prol da liberdade individual nos



países da common law. Parte da ideia de que o que deve ser proibido é fazer mal a outros. A esfera da liberdade individual seria infensa à atuação estatal, salvo quando a ação atingir outros indivíduos. Em suas palavras: "O único aspecto do comportamento pelo qual ele é obrigado a fazer concessões à sociedade é o que diz respeito a outras pessoas. No aspecto que diz respeito a si mesmo, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, seu próprio corpo e sua mente, o indivíduo é soberano."(MILL, 2017, p. 58)

Sandel afirma que essa reflexão radical sobre os direitos individuais parece necessitar de algo mais forte do que a teoria do utilitarismo para se justificar. Para tal cita o seguinte exemplo:

Suponhamos que a maioria rejeite uma pequena crença religiosa e queira extingui-la. Não seria possível, ou até mesmo provável, que a extinção da crença produzisse maior felicidade para um número maior de pessoas? É claro que a minoria rejeitada sofreria, infeliz e frustrada. Mas, se a maioria for grande e entusiasta o bastante em seu repúdio aos "hereges", a felicidade coletiva compensará o sofrimento dos outros. Se este cenário for possível, então parece que o utilitarismo é uma base fraca e não confiável para a liberdade religiosa. O princípio da liberdade de Mill pareceria necessitar de uma base moral mais concreta do que o princípio da utilidade de Bentham. (SANDEL, 2017, p.65)

Mill (2017, p. 59) insiste que a liberdade individual depende inteiramente de considerações utilitaristas:

Convém declarar aqui que me abstenho de qualquer vantagem que eu pudesse obter para meu argumento que seja proveniente da ideia de um direito abstrato, como algo que independe de sua utilidade. Considero a utilidade a invocação definitiva em todas as questões éticas; mas deve ser uma utilidade em seu sentido mais amplo, fundamentada nos interesses permanentes do homem como um ser em progresso.

A maximização da utilidade com o respeito à liberdade individual se daria em período maior, levando à máxima felicidade, mas não imediatamente no caso a caso. Censurar determinados atos pode maximizar a utilidade hoje, porém tornará a sociedade pior e infeliz no longo prazo. Para tal, justifica que a opinião contrária poderá se provar verdadeira, ou parcialmente verdadeira, representando, assim, uma retificação da opinião da maioria. E, mesmo que esse não seja o caso, submeter a opinião da maioria a uma vigorosa contestação de ideias evitará que ela se transforme em dogma ou preconceito. Finalmente, a sociedade que força seus membros a abraçar costumes e convenções está sujeita a cair em um conformismo ridículo, privando-se da energia e da vitalidade que promovem avanço social.(SANDEL, 2017, p.65)

Sandel afirma que as especulações de Mill sobre os efeitos sociais salutares da liberdade são bastante plausíveis. Entretanto, não fornecem uma base moral convincente para os direitos do indivíduo por pelo menos duas razões:

Em primeiro lugar, respeitar os direitos individuais com o objetivo de promover o progresso social torna os direitos reféns da contingência. Suponhamos que uma sociedade atinja um tipo de felicidade de longo prazo por meios despóticos. Os utilitaristas não concluiriam, então, que nessa sociedade os direitos individuais não são moralmente necessários? Em segundo lugar, ao basear os direitos individuais em considerações utilitaristas, deixamos de considerar a ideia segundo a qual a violação dos direitos de alguém inflige um mal ao indivíduo, qualquer que seja seu efeito no bem-estar geral. Não seria a perseguição da maioria dos adeptos de determinada crença impopular uma injustiça com eles, como indivíduos, independentemente dos efeitos negativos que tal intolerância possa produzir para a sociedade como um todo ao longo do tempo? (SANDEL, 2017, p.65)

Para Mill, não é correto impôr às pessoas a obediência a regras, costumes e convenções ou com de concordar com a opinião dominante, porque isso as impedem de atingir a finalidade máxima da vida humana, que seria o desenvolvimento completo e livre de suas faculdades. Na lição de Sandel (SANDEL, 2017, p.66), a conformidade na teoria de Mill, é inimiga da melhor forma de viver. E continua:

As faculdades humanas de percepção, julgamento, sentimento discriminativo, atividade mental e até mesmo preferência moral só são exercitadas quando se faz uma escolha. Aquele que só faz alguma coisa porque é o costume, não faz escolha alguma. Ele não é capaz de discernir nem de desejar o que é melhor. As capacidades mentais e morais, assim como as musculares, só se aperfeiçoam se forem estimuladas (...) Quem abdica de tomar as próprias decisões não necessita de outra faculdade, apenas da capacidade de imitar, como os macacos. Aquele que decide por si, emprega todas as suas faculdades. Ações e consequências não são tudo, afinal. O caráter também conta. Para Mill, a individualidade tem menos importância pelo prazer que ela proporciona do que por aquilo que ela reflete. “Aquele cujos desejos e impulsos não são próprios não tem caráter, não mais do que uma máquina tem caráter.”

Segundo Sandell, a enfática celebração da individualidade é a mais importante contribuição de Mill na obra "Sobre a Liberdade", mas é também, de certa forma, um tipo de "heresia" em relação ao utilitarismo. Já que apela para os ideais morais além dos utilitários – ideais de caráter e desenvolvimento humano – não é, na realidade, a reelaboração do princípio de Bentham, e sim uma renúncia a ele, apesar de Mill afirmar o contrário.

De acordo com Julia Driver (2012, p.17), o hedonismo de Mill foi influenciado por intuições perfeccionistas, ou seja, existiriam alguns prazeres que seriam mais elevados do que outros, como por exemplo os prazeres intelectuais quando comparados aos meramente sensuais, estes últimos não exclusivos dos humanos. Para alguns, isso parece significar que Mill realmente não era um utilitarista hedonista. Sua visão do bem se afastou radicalmente da visão de Bentham.

A "prova" de Mill da afirmação de que os prazeres intelectuais são melhores do que outros, no entanto, é altamente suspeita. Ele não tenta um mero apelo à intuição crua. Em vez disso, ele argumenta que as pessoas que experimentaram ambos vêem o superior como melhor do que o inferior. Quem preferiria ser uma ostra feliz, levando uma vida extremamente longa, do que uma pessoa levando uma vida normal? Ou, para usar seu exemplo mais famoso, é melhor ser Sócrates "insatisfeito" do que um tolo "satisfeito". (DRIVER, 2012, p.17)

Mill também argumentou que tal afirmação poderia ser provada, usando outro argumento bastante notório (MILL, 2005, p.75):

A única A única prova que se pode apresentar para mostrar que um objecto é visível é o facto de as pessoas efectivamente o verem. A única prova de que um som é audível é o facto de as pessoas o ouvirem, e as coisas passam-se do mesmo modo com as outras fontes da nossa experiência. Similarmente, entendo que a única evidência que se pode produzir para mostrar que uma coisa é desejável é o facto de as pessoas efectivamente a desejarem. Se o fim que a doutrina utilitarista propõe a si própria não fosse, na teoria e na prática, reconhecido como um fim, nada poderia alguma vez convencer qualquer pessoa de que o era.

Deve-se notar, no entanto, que Mill estava oferecendo isso como uma alternativa à visão de Bentham, que havia sido criticada como uma "moralidade suína", localizando o bem no prazer de uma forma indiscriminada. As distinções que ele faz parecem a muitos como intuitivamente plausíveis. Bentham, entretanto, pode acomodar muitas das mesmas intuições dentro de seu sistema. Isso ocorre porque, conforme apontado acima, ele observa que há uma variedade de parâmetros ao longo dos quais medimos quantitativamente o prazer - intensidade e duração são apenas dois deles. (DRIVER, 2012, p.18)

Sua lista completa é a seguinte: intensidade, duração, certeza ou incerteza, proximidade ou afastamento, fecundidade, pureza e extensão. Assim, o que Mill chama de prazeres intelectuais terá uma pontuação mais alta do que os sensuais em vários parâmetros, e isso poderia dar uma razão para preferir esses prazeres. Contudo, seria uma razão quantitativa e não qualitativa, tomando-se por parâmetro a visão de Bentham.

Observe-se o seguinte exemplo: quando um aluno decide estudar para uma prova em vez de ir a uma festa, por exemplo, ele está tomando a melhor decisão, embora esteja sacrificando o prazer de curto prazo. Isso porque estudar para a prova, Bentham poderia argumentar, levará a resultados e prazeres melhores e mais duradouros no longo prazo, como alcançar boas colocações e ir a festas mais abastadas do que um simples prazer momentâneo e passageiro.

A versão do utilitarismo de Mill difere da de Bentham também por colocar peso na eficácia das sanções internas - emoções como culpa e remorso que servem para regular nossas ações. Este é um desdobramento da visão diferente da natureza humana adotada por

Mill. Somos o tipo de pessoa que tem sentimentos sociais, sentimentos pelos outros, não apenas por nós mesmos. Nós nos preocupamos com eles e, quando percebemos danos a eles, isso causa experiências dolorosas em nós. Quando alguém se percebe como o agente desse dano, as emoções negativas estão centradas em si mesmo. Sente-se culpado pelo que fez, não pelo que vê o outro fazer. (DRIVER, 2012, p. 19)

Como as formas externas de punição, as sanções internas são instrumentalmente muito importantes para a ação apropriada. Mill também afirmou que as características naturais da psicologia humana, como consciência e senso de justiça, garantem a motivação. O senso de justiça, por exemplo, resulta de impulsos muito naturais. Parte desse sentido envolve um desejo de punir aqueles que prejudicaram os outros, e este desejo, por sua vez, "é um desenvolvimento espontâneo de dois sentimentos, ambos naturais no grau mais elevado, que são ou se assemelham a instintos: o impulso de autodefesa e o sentimento de simpatia. (MILL, 2005, p. 92)

Claro, ele continua, a justificação deve ser uma questão separada. O sentimento existe naturalmente, mas é o nosso sentido "alargado", a nossa capacidade de incluir o bem-estar dos outros nas nossas considerações e de tomar decisões inteligentes, que lhe dá a força normativa adequada.

Como Bentham, Mill procurou usar o utilitarismo para informar a lei e a política social. O objetivo de aumentar a felicidade está na base de seus argumentos a favor do sufrágio feminino e da liberdade de expressão. Podemos dizer que temos certos direitos, então, mas esses direitos são subscritos pela utilidade. Se alguém puder mostrar que um suposto direito ou dever é prejudicial, então terá mostrado que não é genuíno. Um dos argumentos mais famosos de Mill nesse sentido pode ser encontrado em seus escritos sobre o sufrágio feminino, quando ele discute o casamento ideal de parceiros, observando que o ideal existe entre indivíduos de "faculdades cultivadas" que influenciam uns aos outros igualmente.

Melhorar o status social das mulheres era importante porque elas eram capazes dessas faculdades cultivadas, e negar-lhes acesso à educação e outras oportunidades de desenvolvimento é renunciar a uma fonte significativa de felicidade. Além disso, os homens que negariam às mulheres a oportunidade de educação, autoaperfeiçoamento e expressão política o fazem por motivos básicos, e os prazeres resultantes não são os da melhor espécie.

Bentham e Mill atacaram as tradições sociais que eram justificadas por apelos à ordem natural. O apelo correto é à própria utilidade. As tradições muitas vezes se revelaram "reliquias" de tempos "bárbaros" e apelos à natureza como forma de justificação eram apenas maneiras de tentar racionalizar a deferência contínua a essas reliquias. (DRIVER, 2012, p.19)

### 2.3.1.2.1 Críticas

Como dito, Bentham levaria em consideração todas essas preferências, independentemente de seu valor, ao determinar como a lei deveria ser. Portanto, se mais pessoas preferissem assistir a rinhas de galo do que visitar museus, a sociedade deveria através de seus governantes subsidiar arenas de luta.

Mill tenta salvar o utilitarismo dessa objeção. Ao contrário de Bentham, ele acredita que seja possível distinguir entre prazeres mais elevados e os mais desprezíveis – avaliar a qualidade, e não apenas a quantidade ou a intensidade dos nossos desejos. E acha que pode fazer essa distinção sem se basear em qualquer outra ideia moral que não a própria utilidade. Reconhece que alguns tipos de prazer são mais desejáveis e mais valiosos do que outros e propõe um teste simples para identificar esse salto qualitativo:

Entre dois prazeres, se houver um que obtenha a preferência de todos ou de quase todos que tenham experimentado ambos, independentemente de qualquer sentimento de obrigação moral para tal preferência, esse será o prazer mais desejável. (MILL, 2005, p.50)

Sandel afirma que este teste tem por vantagem o fato de não partir da ideia utilitarista de que a moralidade baseia-se única e simplesmente em nossos desejos. Mas indaga que o teste, como meio a se chegar a distinções qualitativas entre os prazeres, parece estar aberto a uma objeção: é muito comum, entre jovens, por exemplo, preferir-se prazeres menores como jogar videogame a ler uma obra clássica de Platão. E mesmo que as pessoas achem mais prazeroso a referida atividade lúdica a um clássico da filosofia, ainda assim elas sabem que a leitura lhe agregará mais do que um jogo eletrônico.

Com base nesse comportamento, o teste proposto por Mill falharia, pois a ampla maioria de jovens prefere atividades lúdicas a uma leitura clássica, em que pese compreenderem que a leitura é um prazer mais elevado. E ainda assim Mill mantém a ideia de que há maneiras de viver que são mais nobres do que outras, mesmo que seja mais difícil satisfazer as pessoas que as adotem. “Um ser com faculdades superiores precisa de mais para ser feliz, provavelmente é capaz de um sofrimento mais agudo e certamente é-lhe vulnerável em mais aspectos. Mas, apesar destas desvantagens, não pode nunca desejar realmente afundar-se naquilo que se lhe afigura como um nível de existência inferior.” (MILL, 2005, p. 50)

O que acontece com os direitos individuais acontece também com os prazeres mais elevados: Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade.

### 2.3.1.3 Henry Sidwick

O livro de Henry Sidwick's (1838-1900), *The Methods of Ethics* (1874), segundo Julia Driver (DRIVER, 2012, p.20) é um dos mais conhecidos trabalhos da moral filosófica utilitarista. O autor busca desenvolver diferentes métodos da Ética que estão implícitos no pensamento moral. Tais métodos seriam o egoísmo, moralidade intuitiva e utilitarismo. Na visão de Sidgwick, o utilitarismo seria a teoria mais básica. Confiar na intuição, por exemplo, não resolveria o conflito entre valores, ou regras, como a verdade e a justiça que podem se chocar no caso concreto. Precisam-se de princípios mais elevados para resolver a questão. Isso seria o utilitarismo.

Além disso, as regras que fazem parte senso moral comum são frequentemente vagas e pouco descritivas, e para aplicá-las é necessário um recurso a uma teoria mais simples, como o utilitarismo. Deve-se considerar também que interpretação absolutas sobre o emprego de regras parece algo muito contraintuitivo e, ainda assim, precisamos de alguma justificativa para qualquer exceção, providenciada, de novo, pelo utilitarismo. Sidgwick chama isso de a supremacia do utilitarismo. (DRIVER, 2012, p.20).

Sidgwick levantou questões que vão muito mais fundo em nosso entendimento básico do utilitarismo. Por exemplo, a forma como os utilitaristas anteriores caracterizaram o princípio da utilidade deixou em aberto sérias indeterminações. A principal delas se baseia na distinção entre utilidade total e média. Ele levantou a questão no contexto de crescimento populacional e aumento dos níveis de utilidade, aumentando o número de pessoas (ou seres sencientes). Em suas palavras:

Assuming, then, that the average happiness of human beings is a positive quantity, it seems clear that, supposing the average happiness enjoyed remains undiminished, Utilitarianism directs us to make the number enjoying it as great as possible. But if we foresee as possible that an increase in numbers will be accompanied by a decrease in average happiness or vice versa, a point arises which has not only never been formally noticed, but which seems to have been substantially overlooked by many Utilitarians. For if we take Utilitarianism to prescribe, as the ultimate end of action, happiness on the whole, and not any individual's happiness, unless considered as an element of the whole, it would follow that, if the additional population enjoy on the whole positive happiness, we ought to weigh the amount of

happiness gained by the extra number against the amount lost by the remainder. (SIDGWICK, 1981, p. 415)<sup>7</sup>

Para Sidgwick, a conclusão sobre essa questão não é simplesmente buscar uma maior utilidade média, mas aumentar a população a ponto de maximizar o produto do número de pessoas que estão vivas atualmente e a quantidade de felicidade média. Portanto, parece ser uma visão híbrida, total-média. Essa discussão também levantou a questão da política com relação ao crescimento populacional, e ambas seriam abordadas com mais detalhes por escritores posteriores, mais notavelmente Derek Parfit. (DRIVER, Julia, 2012, p. 22)

### 2.3.2 *Pragmatismo filosófico*

De início, justifica-se o estudo desta corrente de pensamento neste trabalho. Uma das três características essenciais do pragmatismo é sua visão consequencialista, conforme será desenvolvido mais a frente neste tópico. Portanto, como foi fonte de inspiração para muitas outras correntes de pensamento consequencialistas como a Análise Econômica do Direito e o Pragmatismo Jurídico, importante buscar-se seu início e seus principais expoentes até para evitar confusões terminológicas com o pragmatismo "jurídico" que trataremos em seguida.

Outrossim, em razão de a orientação filosófica pragmatista ter influenciado muitas correntes consequencialistas no Direito, principalmente o pragmatismo jurídico, corrente de pensamento jurídico voltada a obter a solução que, na visão do aplicador do direito, melhor corresponder às necessidades e expectativas humanas e sociais, passa-se a expôr seus contornos e principais autores.

De acordo com Thaís Nunes de Arruda (2011, p.27) e conforme já apontado no tópico 2.2, o pragmatismo filosófico teve sua gênese<sup>8</sup> por volta de 1870 nos Estados Unidos da América, reconhecido como trabalho pioneiro de três norte-americanos: Charles Sanders

---

<sup>7</sup> Em livre tradução: "Supondo, então, que a felicidade média dos seres humanos é uma quantidade positiva, parece claro que, supondo que a felicidade média desfrutada permaneça inalterada, o utilitarismo nos orienta a tornar o número que a desfruta o maior possível. Mas, se prevermos como possível que um aumento nos números será acompanhado por uma diminuição na felicidade média ou vice-versa, surge um ponto que não apenas nunca foi formalmente observado, mas que parece ter sido substancialmente esquecido por muitos utilitaristas. Pois se tomarmos o utilitarismo para prescrever, como o fim último da ação, a felicidade no todo, e não a felicidade de qualquer indivíduo, a menos que seja considerada como um elemento do todo, seguir-se-ia que, se a população adicional gozasse de felicidade positiva em geral, devemos pesar a quantidade de felicidade ganha pelo número extra contra a quantidade perdida pelo restante."

<sup>8</sup> Sobre a crítica à origem norte-americana do pragmatismo cf. De Waal (2007, pp. 20-22).

Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952)<sup>9</sup>. Peirce, juntamente com William James, Oliver Wendell Holmes Jr. e Nicholas Saint John Green, fundou o “Clube Metafísico de Harvard”, denominação irônica, já que naquela época a metafísica era considerada “fora de moda” nos círculos de debates filosóficos (DE WAAL, 2007, p. 17).

O autor holandês FransWaal (2007, p.17) esclarece:

A ideia do pragmatismo clássico era construir uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes: como o racionalismo alemão e o empirismo britânico. Ambas as formas admitem que a verdade seja obtida, quer no mundo sensível, quer num mundo inteligível, num pensamento ou numa razão absolutos. Desta forma, a verdade só poderia ser a transcrição de uma realidade exterior. Uma vez que estava fora do mundo inteligível, a verdade era impessoal, não exprimia o homem. Tais representações da verdade, para o pragmatismo, nada acrescentavam ao que já existia. James, por exemplo, acusava os racionalistas de escapismo, virando as costas para o mundo que encontramos na experiência, enquanto os empiristas levavam a experiência a sério demais, tendendo a aderir dogmaticamente ao materialismo<sup>10</sup>.(DE WAAL, 2007, p. 67-68)

As ideias pragmáticas tiveram inspiração na Antiguidade. O vocábulo "pragmatismo" foi uma apropriação da etimologia da palavra do grego que lhe deu origem. Pragma (pl. pragmata) “significava uma ocorrência, um fato concreto, em particular algo prático, com consequências relevantes.” (EINSENBURG, 2006, p. 656).

O termo pragmatismo foi utilizado primeiro por Peirce, mas somente ganhou notoriedade em 1898, através da palestra de William James “Concepções Filosóficas e Resultados Práticos”, ocorrida na Universidade Berkeley. A partir daí, as ideias desses autores passaram ser conhecidas como pertencentes ao pragmatismo. (ARRUDA, 2011, p.28)

O pragmatismo clássico pretendia unir teoria e prática. Foi concebido como um método para aclarar o significado das palavras, principalmente dos termos científicos, expondo que muitos problemas filosóficos centrais eram causados apenas por rebuscamento e hermetismo terminológico.

Assim, conceitos que não tivessem consequências práticas concebíveis, isto é, que fossem absolutamente incognoscíveis, não teriam significado pragmático (DE WAAL, 2007, p. 18). Para Peirce, autor do artigo “Como fazer nossas ideias claras”, de 1878, o pragmatismo era um critério de significação, que estipulava o significado de qualquer conceito como a soma total de suas consequências práticas concebíveis.

<sup>9</sup> Tendo em vista que o objeto deste trabalho é o consequencialismo jurídico, as explicações que se seguem neste item visam apenas enunciar os principais argumentos do pragmatismo filosófico, a partir de leituras realizadas sobre os seus principais autores, acima citados. Cf. Magee (1999, pp. 186-191), Ghiraldelli Júnior. (2007, pp. 08-32) e, especialmente, De Waal (2007, pp. 17-79, 129-172).

<sup>10</sup> 13 Cf. De Waal (2007, pp. 67-68).



Thaís Arruda(2011, p.28) esclarece como seria o conceito pragmático para cada um de seus principais autores:

Enquanto para Peirce o significado de um conceito era dado pelas consequências práticas concebíveis que o objeto de investigação seria capaz de proporcionar e que afetariam a conduta humana, para James, o significado pragmático de um termo seriam os efeitos práticos que ele provoca na crença do indivíduo, isto é, naquilo que moveria a ação do homem da forma por ele consagrada como satisfatória e, portanto, verdadeira. De tal sorte, o pragmatismo, para James, era mais do que um método de significação do agir humano, mas uma teoria da verdade. Peirce almejava relacionar o significado de uma ideia ou objeto com as consequências práticas que a ideia ou objeto ocasionam. Já James relacionava o significado de uma ideia ou objeto a sensações e reações particulares. Peirce e James concordavam que o pragmatismo não era uma filosofia propriamente dita, isto é, não teria caráter normativo, no sentido de que não dizer nada sobre como deve ser o mundo e o conhecimento que temos dele, e muito menos se configurava como uma doutrina ou metafísica. Pragmatismo era um método por meio do qual o significado dos conceitos é depurado pelos fatos, pela experiência, o qual adotava uma postura filosófica do desassossego, disposta a enfrentar novos desafios e a testar velhas linhas mestras do conhecimento.

De acordo com Diego Werneck e Fernando Leal (2009, p.176), podem ser elencadas três características do pragmatismo clássico: o antifundacionalismo, o consequencialismo e o contextualismo. E esclarecem:

[p]artiremos de uma leitura do pragmatismo (filosófico) clássico como uma concepção do pensamento humano que envolve basicamente três características: antifundacionalismo (rejeição de qualquer critério ou fundação última, estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento), contextualismo (por enfatizar o papel da experiência humana, com suas crenças, tradições e ideais no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica) e consequencialismo (expresso na ideia de que a escolha entre diversas interpretações e explicações de fenômenos deve ser feita a partir de suas respectivas consequências práticas - o que leva a uma atitude empiricista e experimentalista).

Nesse sentido, Thaís Arruda(2011, p.38) aduz que o antifundacionalismo, "consistiria numa rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc." Consistiria em negar que o pensamento seja passível de fundações estáticas, rejeitando a concepção fundacional epistemológica como uma disciplina *a priori*, cuja missão seria a de fornecer a base de todas as reivindicações legítimas do conhecimento. Não nega função prática a conceitos como "liberdade", "igualdade" e "justiça", mas acredita, ao revés, que o significado destes termos está nas experiências vivenciadas sobre eles.

O contextualismo nada mais seria do que empreender investigações filosóficas considerando a importância do contexto em seu desenvolvimento, levando em consideração a

cultura de uma sociedade e as suas relações com as instituições e práticas sociais. A esse corpo de crenças o pragmatismo dá o nome de “experiência”, isto é, a prática aliada à teoria e que remete diretamente à formulação do conceito pragmatista de ação. (ARRUDA, 2011, p. 38)

O consequencialismo, tema central desta dissertação, teria conceito semelhante ao o que já trabalhou-se acima. Trata-se de escolher as soluções para os problemas partindo-se das consequências práticas concebíveis pela experiência. Seria a antecipação das consequências futuras que se produziria o conhecimento no âmbito do pragmatismo. Tais consequências futuras devem ser permanentemente antecipadas para que se possa conhecer qual delas é melhor, mais útil. (ARRUDA, 2011, p.38)

Nesse sentido, para a concepção pragmatista, ainda que esta não tenha lastro em dogmas ou verdades universais absolutas, indica que determinada decisão será melhor quanto mais venha demonstrar estar de acordo com as necessidades humanas e sociais, em dado grau de utilidade e estágio histórico. (ARRUDA, 2011, p. 28 )

Charles Sanders Peirce tinha por tese central a ideia de que o conhecimento seria atividade; não se trataria de uma intuição ou processo racional introspectivo. Para ele, a intuição jamais seria razão única e suficiente para o conhecimento. Toda noção de conhecimento intuitivo, se fundamentaria na ideia de que algo concorda com a razão, na medida em que, se não vemos nada de errado com uma concepção, então ela poderia ser considerada verdadeira. (ARRUDA, 2011, p.29)

Contudo, ponderava que o perigo da intuição era de que esta não somente daria um impulso para acreditar em algo como também determinaria em que se deve acreditar. Isso poderia limitar a prática investigativa científica, cujo método seria capaz de guiar a respostas corretas e à fixação das crenças que levariam a agir quando houvesse estímulo. A própria história do pensamento tem demonstrado que concepções tidas como verdadeiras se descobriram incorretas ou contestáveis, tais como a de que Terra era o centro do universo. Não havia, para Peirce, portanto, um método de conhecimento *a priori*, de modo que as opiniões que hoje parecem inabaláveis, no futuro podem se achar completamente abrogadas. (ARRUDA, 2011, p.29)

A experiência seria o corpo de crenças presentes na cultura de uma sociedade e das relações mantidas com as instituições e práticas sociais. Uma afirmação que façamos que não tenha qualquer relação com a experiência seria, pois, desprovida de significado. Assim, considerando-se a concepção pragmatista, se toda experiência sem conceito é cega, todo

conceito sem conteúdo prático é vazio de substância. Tem-se de extrair de cada palavra o seu valor prático, pô-lo para trabalhar dentro da experiência. (ARRUDA, 2011, p. 30)

No terreno metodológico, portanto, o pragmatismo clássico não rejeitava a elaboração de hipóteses ou teorias, mas exigia que estas partissem dos dados da experiência e apresentem consequências práticas e verificáveis. Thaís Arruda (2011, p. 31) após centrar atenção nas ideias de Charles Peirce, menciona outros autores do pragmatismo:

James concebia a experiência do ponto de vista mais psicológico e individual, no sentido de sensações e reações, o que é representativo em sua compreensão do pragmatismo enquanto teoria da verdade. Dewey, por sua vez, caracterizava a experiência de duas formas: i) a experiência psíquica, visitada em nossa memória, nossa vida psíquica e situações subjetivas e; ii) a experiência social, referente à nossa vida coletiva, ao que todos os que nos cercam viveram, à nossa cultura, ao passado do nosso povo, família ou clã. Para Dewey, a experiência era também a relação entre os elementos do universo, que só ganhavam status ontológico no âmbito dessas relações.

O método de investigação com base científica era considerado pelos pragmatistas clássicos como o padrão desejável de toda investigação: necessário para tanto enunciar o problema para que se pudesse trabalhar a sua solução e, em seguida, testá-la empiricamente. Se a solução fosse refutada pelos testes, precisaria ser repensada. Caso confirmada experimentalmente, considerava-se resolvida a questão e avançava-se (MAGEE, 1999, p. 191). Para James, as teorias nada mais seriam que modos mentais de adaptação à realidade, atalhos contextuais frutos da linguagem pelos quais a natureza seria descrita. (ARRUDA, p. 31)

O que se combatia eram as teorias abstratas metafísicas, sem elo com a experiência. Portanto, não concebiam a natureza humana como um conjunto imutável de necessidades e faculdades, mas sim contingente e sob influência de um meio social mutável. Tal seria comprovado ainda, pela teoria da evolução de Charles Darwin indicando que a natureza, incluindo a humanidade, deveria ser compreendida como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas. (ARRUDA, 2011, p.32)

Arruda(2011, p.32) reforça a necessidade da relação da teoria com a vida cotidiana:

O eixo central do pragmatismo clássico era a ênfase na utilidade prática da filosofia. Por tal motivo, a filosofia, de essência investigativa sobre o pensar e agir humanos, não poderia se isolar na “torre de marfim” das Academias. Deveria, ao revés, começar na vida cotidiana, avaliando as preocupações, pressões e fatos da existência contemporânea. As teorias filosóficas serviriam, para o pragmatismo, como abordagem crítica e reconstrutiva das práticas e instituições sociais de modo que, embora a prática acadêmica da filosofia pudesse parecer excessivamente técnica e desprezada dos problemas da sociedade, isso não implicaria o seu abandono.

Para Ghiraldelli (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 18), "se a experiência era a pedra de toque do pragmatismo, o que se queria com ela não era o desenvolvimento de um dogma de verdade, mas o modo pelo qual no âmbito da prática social poderíamos dizer que algo é verdadeiro." Portanto, para os pragmatistas clássicos, o conhecimento era concebido como essencialmente modificador da realidade e, portanto, a construção da verdade deveria corresponder à construção da própria realidade e não de algo abstrato e metafísico.

Charles Sanders compreendia que a verdade de um conceito relacionava-se diretamente a seu processo de verificabilidade; e esta só poderia ser atingida ao final de um processo investigativo, quando as opiniões dos participantes do processo convergissem, como consequência natural dele. "A verdade seria aquilo que estivesse fadado a ser concordado por todos." (ARRUDA, 2011, p.33)

De acordo com De Waal (2007, p.62), William James considerava "verdade" como algo equivalente a "pensamento" ou "proposição filosófica" (DE WAAL, 2007, p. 62). Uma ideia seria verdadeira na medida em que acreditar nela fosse proveitoso para a vida de alguém, no sentido de se adaptar continuamente a nossa experiência. Como defendia James, os pragmatistas não queriam afirmar que o mundo material estivesse "lá fora", como um elemento em parte ou totalmente construído pela razão, nem tampouco que o mundo "é dado" como elemento alheio independente do sujeito, trazido à mente apenas pelos sentidos. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2007, p. 18).

Para o pragmatismo clássico, as experiências levam a mudanças daquilo que se conhece. A investigação parte de um suporte fático ou de uma ideia que será testada e, conseqüentemente, aplicada ou rejeitada. O resultado disso, no entendimento de James, seria um novo equilíbrio em que cada passo à frente no processo de aprendizagem chega a um fim, até que seja dado um novo passo. "Velhas verdades não são permanentes; são equilíbrios precários para o aprendizado." (ARRUDA, 2011, p. 37)

Portanto, dá ênfase às conseqüências oriundas da experimentação. É o sentido prático e funcional de tais conseqüências que compôs a construção do que entenderam como verdade: aquilo que mais contribui para a satisfação da humanidade em geral. Aqui pode-se traçar um paralelo com o utilitarismo de Stuart Mill.

Nesse sentido, conclui Thaís Nunes (2011, p.39):

Como resumiu Dewey em sua obra *Como Pensamos* (1910), o pragmatismo trata o ponto de vista do conhecimento, em todos os seus padrões, estruturas e propósitos, como se evoluísse da orientação e do enriquecimento dos fatos e como se operasse no interesse dessa orientação e desse enriquecimento. O pragmatismo clássico se afastaria da abstração para se voltar à concretude, aos fatos e à ação.

### 2.3.3 *Pragmatismo jurídico*

Destrinchadas as teorias, correntes e conceitos, começaremos a trabalhar com a corrente de pensamento jurídica que recebeu grande influxo de ideias do pragmatismo filosófico clássico e, a partir daí, tomou rumos próprios e heterogêneos, dada a gama de autores e idiossincrasias doutrinárias. Apesar da nomenclatura semelhante, o pragmatismo jurídico trabalha algumas das ideias do pragmatismo filosófico dando ênfase para seu impacto no ordenamento jurídico, principalmente o norte-americano, sistema da common law.

Sobre um conceito fechado de pragmatismo jurídico, Bruno Salama informa que

[N]ão há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty, Ronald Dworkin (se é que Dworkin é realmente pragmático) e Richard Posner. De fato, o pragmatismo abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico 'um instrumentalismo orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações mais efetivas'. Com isso, se rejeita tanto a visão conservadora de que 'o que for será melhor' quanto a visão fatalista de que nenhuma consequência é intencional; do mesmo modo, tanto o ceticismo e o relativismo (como posições filosóficas dogmáticas), quanto a metafísica são rejeitadas: a ênfase do Direito e Economia Normativo, em sua versão pragmática, está no prático, no consequencial e no empírico." (...) Sob a perspectiva pragmática, o direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devem ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências." (SALAMA, 2017, p.32)

Richard Posner (2007b, p.40), um dos principais expoentes do Pragmatismo Jurídico, conceitua ao desconceituar:

Dizer que alguém é pragmático é dizer pouco. A vertente pragmática que adota enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática – em outras palavras, rejeita a “metafísica” – vê com olhar duvidoso a descoberta de “verdades objetivas” em qualquer campo da pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e – nos limites da prudência – prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado.

De forma mais "pragmática", Bruno Farage também contribui para a empreitada (2018, p.19):

“Pragmatismo” é um termo polissêmico. Ele pode servir, em primeiro lugar, para designar um tipo de temperamento de pessoas concretas quando estas tem de lidar, no dia-a-dia, com escolhas e decisões, como quando falamos “vamos ser pragmáticos” querendo dizer “chega de papo-furado” ou “vamos focar no que importa.” Pragmatismo pode, ainda, designar um temperamento atribuído retroativamente a certos pensadores antigos e clássicos, ou mesmo a pensadores contemporâneos que, por eventual autoengano, não se enxergam dentro do empreendimento pragmático. Dentre os pensadores antigos se destacam os sofistas,

que são admirados pelos filósofos pragmáticos em razão de sua praticidade, versatilidade, adaptabilidade, rejeição de especulações e capacidade de convencimento. Posner, por sua vez, reconhece que as palavras retórica, sofista e sofisticado têm, “para a maioria de nós, a conotação negativa de discurso traiçoeiro e complicado, o oposto de ir direto ao assunto”, mas também registra que, para os pragmatistas, “tal como para os sofistas da Grécia antiga, os quais eles reverberam as teorias morais, políticas e jurídicas têm valor apenas como retórica, e não como filosofia.”

Ainda, importante cotejar a ponderação de Jane Reis (2016, p.351)

Qualificar o pragmatismo não é uma tarefa simples, pois há diferenças importantes entre os diversos autores. As variadas concepções pragmatistas possuem, como referencial comum, a noção de que a melhor forma de testar as hipóteses construídas é identificar suas consequências práticas e compará-las com os efeitos concretos das teses adversárias. Nesse sentido, a utilidade de uma teoria é avaliada a partir da sua aptidão para resolver os problemas, que pode ser verificada a partir da passagem do tempo e da experimentação.

Com o pragmatismo, em razão das inúmeras correntes, há extensa dúvida sobre sua definição, que atinge inclusive a própria finalidade do pragmatismo jurídico como empreendimento teórico. De acordo com Diego Arguellhes e Fernando Leal (ARGUELHES; LEAL, 2009, p. 174),

Será uma maneira de compreender o fenômeno jurídico diante de outros fenômenos sociais que o afetam e são por ele influenciados? Uma meta-teoria que pode nos orientar no diálogo entre diferentes teorias e abordagens sobre problemas jurídicos? Uma teoria descritiva sobre os quais os fatores que efetivamente levam os juízes a decidir desta ou daquela maneira? Ou ainda uma teoria normativa sobre a decisão judicial, i.e., um esforço de apresentar parâmetros que indiquem como um juiz deve tomar uma decisão em um dado ordenamento jurídico? Como se pode ver, tratam-se de níveis de análise muito diferentes- do foco no direito como fenômeno social à solução pontual de problemas mtemos ao sistema jurídico; da descrição de regularidades no comportamento dos juízes à prescrição de parâmetros que eles deveriam levar em conta na tomada de decisão; além de inúmeras outras combinações possíveis.

A postura antimetafísica do pragmático fez com que, na teoria do Direito, ele se aproximasse de tradições que são igualmente antimetafísicas. Em especial, o pragmático, a depender de suas convicções, tende a aplaudir ora teorias positivistas, ora teorias realistas, ora teorias hermenêuticas.

Bruno Torrano observa que, em que pese serem teorias próximas em ideias, o pragmatismo filosófico, estudado no tópico anterior, e o pragmatismo jurídico são coisas distintas. Para ele,

[p]ragmatistas costumam salientar a separação que existe, de um lado, entre postura filosófica, convicção religiosa e crença moral, e de outro, conduta, ação política e motivação moral. Coerentes a isso, eles não presumem que o pragmatismo filosófico, por si só, tenha algo a ver com melhoria de nossas práticas jurídico-institucionais. Quando se trata do direito, Rorty, Grey e Posner concordam que “juízes desejáveis não precisam nunca considerar, e podem para sempre permanecer

em alegre ignorância acerca das críticas lançadas pelo filósofo pragmático contra a metafísica e o fundacionalismo epistemológico.

Nesse sentido, Richard Posner (2009, p.5) na seguinte passagem:

A atitude pragmática é ativista (voltada para o progresso e a capacidade de execução) e rejeita tanto o conselho conservador Segundo o qual tudo o que já existe é melhor quanto o conselho fatalista de que todas as consequências são imprevistas. O pragmatista crê no progresso sem fingir-se capaz de defini-lo e acredita na possibilidade de alcançá-lo através da ação humana calculada. Essas crenças estão ligadas ao caráter instrumental do pragmatismo, que é uma filosofia da ação e do aperfeiçoamento, embora isso não signifique que o juiz pragmatista seja necessariamente um ativista. O ativismo judicial propriamente dito é uma visão das competências e responsabilidades dos tribunais perante outros órgãos do Estado. Um pragmatista poderia ter boas razões pragmáticas para pensar que os juizes não deveriam atrair atenção para si mesmos.

Assim, para o pragmático, a investigação tem lugar de destaque, pois buscaria a solução de problemas indeterminados e não a verdade absoluta. Para Posner, quando se trata do direito, isso significa que o pragmático (POSNER, 2007b, p.414)

[p]ermanece aberto a qualquer argumento pragmático em favor das normas, por exemplo, o de que não se deve confiar que os juizes sejam capazes de tomar decisões inteligentes a menos que sejam guiados pelas normas, ou o de que as decisões baseadas em padrões produzem uma incerteza desproporcionalmente maior que qualquer ganho em matéria de flexibilidade.

Daniel Farber, tratando em específico do direito constitucional norte-americano (1988, p. 1331), argumenta que, se os juizes praticassem o *judicial review* se preocupando em resolver em definitivo os intermináveis debates e questões políticas e filosóficas envolvidas na tentativa de fundamentar teoricamente essa prática, o próprio caso *Marbury vs Madison* estaria sendo julgado até hoje, tal seria o número de problemas institucionais e conceituais que o Chief Justice Marshall não teria resolvido em seu julgamento e que ainda estão sendo debatidos pelos acadêmicos. (ARRUDA, 2011, p.119).

Portanto, o lastro teórico do *judicial review* seria o que Farber chama de "pragmatismo jurídico" - "uma disposição para resolver problemas jurídicos empregando toda e qualquer ferramenta que estiver disponível, incluindo precedentes, tradição, textos legais e consequências políticas e sociais" (FARBER, 1988, p. 1348).

Em resumo, as consequências balizam as decisões judiciais, indicando que o Direito não é um fim em si, mas instrumental para resolução de conflitos e pacificação social.

Como fugiria do objeto deste trabalho, imperioso realizar um corte epistemológico, auxiliado pelas leituras realizadas durante a pesquisa, de forma a identificar os principais autores do pragmatismo jurídico e expôr suas principais ideias.

### 2.3.3.1 Richard Posner

Richard Allen Posner é um jurista norte-americano. Formou-se em letras por Yale em 1959 e em direito por Harvard em 1962. Depois de formado, trabalhou na Suprema Corte dos EUA assistindo o Justice William Brennan, Jr., entre 1962 e 1963; depois, na Comissão Federal de Comércio (órgão regulador da concorrência), e com o procurador-geral dos EUA, Thurgood Marshall. (Wikipedia, online)

Posner começou a dar aulas em 1968, em Stanford e, em 1969, na Universidade de Chicago, até tornar-se, em 1981, juiz do tribunal de apelação para a 7ª região (U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit), tribunal do qual foi presidente (*Chief Justice*) entre 1993 e 2000.

Bruno Salama no artigo "A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner" traça as duas principais fases teóricas de Richard Posner: da maximização da riqueza como fundação ética do Direito para o pragmatismo jurídico.

Com relação à primeira fase, Posner formulou-a em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970<sup>11</sup> e posteriormente, em 1983, sedimentou suas ideias no livro "A Economia da Justiça". Nesse livro, Posner, partindo da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, traduz a ideia de eficiência como maximização da riqueza, negando o paradigma utilitarista de maximização da felicidade. Nessa fase, riqueza e felicidade não se confundem. O juiz poderia decidir alocando recursos de modo eficiente, de forma a aumentar a riqueza geral, mas não a felicidade geral, algo imensurável. (POSNER, 1983, p.75).

A tese de Posner causou muita polêmica, recebendo críticas de quase todos os lados.<sup>12</sup>

A ideia central da riqueza como fundamento para o Direito, na síntese de Bruno Salama(2017, p.42), seria:

[q]ue as instituições jurídico-políticas (inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas) devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. O Direito, visto como um sistema de incentivos indutor de condutas, deve promover

<sup>11</sup> Dentre tais artigos de Richard Posner destacam-se: "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory". The Journal of Legal Studies, v. 8, n.1, 1979, pp. 103-140; "Some Uses and Abuses of Economics in Law". The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, 1979, pp. 281-306; e "The Homeric Version of the Minimal State". Ethics, v. 90, n.1, 1979, pp. 27-46.

<sup>12</sup> Dentre estas críticas destacam-se: COLEMAN, Jules. "The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's 'The Economics of Justice'". Stanford Law Review, v. 34, n. 5, 1982, pp. 1105-1131; DWORKIN, Ronald M. "Is Wealth a Value?" The Journal of Legal Studies, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226; KRONMAN, Anthony T. "Wealth Maximization as a Normative Principle". The Journal of Legal Studies, v.9, n.2, 1980, pp. 227- 242; e MICHELMAN, Frank I. "A Comment on 'Some Uses and Abuses of Economics in Law'". The University of Chicago Law Review, v. 46, n.2, 1979, pp. 307-315.



a maximização da riqueza. Dessa ótica, a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas é a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade. Isto leva à noção de que a maximização de riqueza seja fundacional ao Direito, no sentido de que possa ser o critério ético que venha a distinguir regras justas de injustas.

O Direito então, criaria valor ao ofertar o aparato institucional necessário para instrumentalizar os intercâmbios econômicos. No exemplo citado por Salama, o direito de propriedade encorajaria investimentos produtivos e trocas em mercado; sem propriedade, não há mercado. A responsabilização civil reduziria os custos sociais dos acidentes e outros intercâmbios não contratuais. Em suma, em uma economia de mercado, as instituições jurídico-políticas se relacionam intimamente com a “mão invisível” do mercado a que aludiu Adam Smith. (SALAMA, 2017, p.44)

Posner utilizou-se, seletivamente, de partes da deontologia Kantiana e do utilitarismo para caracterizar sua ética da maximização de riqueza. Dos utilitaristas manteve uma concepção consequencialista de moralidade e justiça, e de individualismo. Diz-se que Posner foi seletivo porque não utilizou-se de todas as máximas utilitaristas. Por exemplo, trocou o critério de felicidade, de preenchimento subjetivo, por critério mais objetivo como a maximização da riqueza. Com relação aos "Kantianos", afastou a intrínseca aversão ao raciocínio consequencialista e apropriou-se de conceitos de autonomia e do consenso.

Essa noção criada por Posner foi muito criticada, levando-o a rever sua posição. De acordo com Bruno Meyerhof (2017, p. 45), um primeiro grupo de críticas concentrou-se nas limitações da ciência econômica, que não conseguiria sequer prever comportamentos em mercados, quíça nas relações no âmbito jurídico, com suas contingências casuísticas. Assim, as hipóteses da análise econômica do Direito não poderiam ser testadas porque geralmente não há dados disponíveis para os levantamentos empíricos que confirmariam tais hipóteses, ou os dados disponíveis não são confiáveis ou as hipóteses formuladas não seriam falsificáveis, por utilizar os modelos ideais de comportamento ao invés dos dados empíricos.

Prosseguindo no elenco de críticas, Salama(2017, p. 45) afirma ainda que um segundo grupo de críticas

[r]ejeita a confusão entre eficiência e justiça com base em argumentos puramente normativos. Tais críticas incluem os seguintes argumentos: (a) a maximização de riqueza não é um valor porque não é um fim em si próprio (ou então, se for um valor, é um valor repugnante à maioria das pessoas e portanto não pode guiar nem as políticas públicas, nem o Direito);<sup>88</sup> (b) diversas liberdades (como a liberdade religiosa e a liberdade sexual) costumam ser defendidas por serem intrinsecamente desejáveis, e não por serem conducentes ao progresso econômico ou à criação de valor; (c) a maximização de riqueza ignora considerações sobre a distribuição inicial de direitos na sociedade, e por isso é no mínimo um critério incompleto de justiça, se não também uma nova capa para o pensamento puramente conservador; e (d) a maximização de riqueza trata as pessoas como se fossem células de um único organismo e o bem-estar da célula é importante apenas na medida em que promova

o bem-estar de todo o organismo, com o que teorias racistas ou xenófobas poderiam passar como moralmente aceitáveis (afinal, a escravidão, a tortura, ou mesmo o assassinato de uma minoria improdutiva, corrupta ou simplesmente diferente, poderia ser justificada se isso promovesse a prosperidade de uma sociedade).

As referidas críticas indicaram deficiências da tese de Posner, levando-o a, em uma segunda fase pragmática, rever seu posicionamento. No livro *Problemas da Filosofia do Direito*, Posner (2007b), abandonou o conceito de que a maximização de riqueza pudesse servir de lastro, inclusive moral, para o Direito. Resigna-se o norte-americano: "(...)tanto ao defender um papel significativo para a justiça corretiva quanto ao insistir na atribuição de um papel apenas limitado à maximização da riqueza, este livro altera alguns de meus pontos de vista anteriormente publicados."

A partir da referida obra, minimizou o espaço da maximização de riqueza em suas ideias e passou apenas a defender o pragmatismo jurídico. Somente alguns autores, como Louis Kaplow e Steven Shavell continuaram a defender a maximização da riqueza como fundação ética para o Direito.(SALAMA, 2017, p.41)

Renovado, Posner observou que sua teoria anterior “tem sido extremamente polêmica por sua própria natureza. Em sua maior parte, os que contribuem para o debate sobre ela concluem que se trata de uma teoria insatisfatória, e ainda que muitas dessas críticas possam ser respondidas, algumas não são passíveis de resposta”. (POSNER, 2007b, p.503)

Como pragmático, Posner buscou ressignificar o critério da eficiência no Direito. A eficiência não mais seria suficiente para avaliar as questões postas ao Direito e também não ganharia contornos superiores aos demais valores da sociedade. (SALAMA, 2017, p. 46)

Para a jusfilosofia pragmática de Posner, o Direito seria instrumento para a consecução de fins sociais. Por isso, a ideia de que o Direito é fundado em princípios petrificados e que é posto em prática através da sua manipulação lógica, deve ser rejeitada.<sup>13</sup> O significado das coisas seria social, e não intrínseco, e é nesse sentido que as ações devem ser apreciadas de acordo com suas peculiaridades e avaliadas também por suas consequências. (SALAMA, 2017, p.47)

Bruno Meyerhof (2017, p. 48) sintetiza:

[A]o longo dos últimos dois milênios, reflete Posner, a Filosofia do Direito foi dominada por duas posições rivais. A primeira, objetivista, no sentido de que é possível obter uma resposta correta até mesmo para as mais difíceis questões jurídicas. A segunda, subjetivista, no sentido de que questões difíceis podem ser corretamente respondidas de várias formas, com o que os poderes dos juízes são

<sup>13</sup> Bruno Salama(2017, p.47) afirma: "Afasta-se, portanto, do racionalismo platônico segundo o qual a verdade sobre argumentos metafísicos e éticos pode ser alcançada através de métodos puramente analíticos. O pragmatismo jurídico é antitético ao conceitualismo, e é uma forma de meio-termo entre o formalismo jurídico e o realismo jurídico."

fundamentalmente arbitrários. Posner utiliza-se do pragmatismo jurídico para encontrar um caminho intermediário, rejeitando tanto o objetivismo (por ser excessivamente metafísico e indemonstrável) e o subjetivismo (por ser niilista).

Posner traz a noção de que questões jurídicas não podem ser respondidas exclusivamente através da aplicação de conceitos derivados de princípios e regras e com um exame meramente superficial da relação entre o Direito e o mundo dos fatos. A pesquisa empírica deve ter um grande papel nesse processo ao modular os argumentos extrajurídicos. Com essa mudança de pensamento, Posner deixa claro que pautar a normatividade do direito em critérios absolutos, como ele mesmo fez com a eficiência, deve ser rejeitado.

Reconheceu, portanto, que, o critério da eficiência não poderia justificar a atuação do Direito como nos casos de repulsa ao trabalho escravo, à exploração de menores, à tortura, às discriminações raciais, etc. E complementa: “em algum momento mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral.”(POSNER, 1995, p.23)

Com relação aos juízes, podem adotar postura formalista ou criativa, desde que não se afastem dos valores da tradição jurídica despidos de boas razões pragmáticas. Outra preocupação do juiz pragmatista é de cotejar as possíveis consequências das diferentes interpretações do texto legal com os valores constitucionais. Como ocorre na compromissária constituição brasileira, a relação conflituosa princípios e finalidades da Carta Magna, a interpretação e aplicação do Direito continuará sendo uma arte a ser realizada no caso concreto; não uma ciência com protocolos pré-determinados.

De acordo com Bruno Salama, a "dogmática posneriana" gerou reflexões importantes para a doutrina jurídica. Elenca duas principais: a primeira, seria a descrição do direito norte-americano em bases microeconômicas, a chamada análise “microeficientista” do direito. A segunda seria a reconstrução do pragmatismo jurídico nas bases do que se pode chamar de um “pragmatismo posneriano”. Entretanto, o autor paulista (SALAMA, 2017, p. 62) faz três importantes advertências sobre os escritos de Richard Posner:

A primeira é de natureza epistemológica. A interdisciplinaridade entre o direito e a economia, traço distintivo dos escritos enfocados neste trabalho, expõe uma série de problemas que dizem respeito às possibilidades e também às limitações que surgem no enlace entre diferentes metodologias. É que enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade; enquanto o direito é exclusivamente verbal, a economia é também matemática; enquanto o direito é marcadamente hermenêutico, a economia é marcadamente empírica; enquanto o direito aspira ser justo, a economia aspira ser científica. A segunda barreira é contextual. Posner não é um universalista. Seus escritos discutem institutos da Common Law, e da Common Law norte-americana em particular. Salvo raríssimas exceções, seu diálogo se dá com autores também da Common Law norte-americana – um ponto que costumeiramente passa despercebido pelos leitores do mundo da Civil Law. E mesmo suas teses normativas mais arrojadas são, nas suas próprias palavras, contextuais: dizem respeito aos Estados Unidos, mas não necessariamente

para outros lugares. A terceira barreira diz respeito à existência de descontinuidades na obra de Posner. Houve descontinuidades tanto no nível filosófico quanto nos níveis metodológico e temático, e quem sabe até no nível ideológico.

Bruno Salama aduz que "o traço comum dos primeiros escritos de Posner foi um estudo dos incentivos criados pelas mais influentes interpretações e construções jurídicas da Common Law norte-americana." Sua hipótese indica que a Common Law norte-americana evoluiu no sentido de "prover incentivos para uma maior eficiência econômica, isto é, a maximização da riqueza medida em padrões monetários." (SALAMA, 2017, p.46)

Partindo da doutrina e das construções jurídicas dos tribunais norte-americanos, em um período que abarcou a Constituição de 1787 até o século 20, desenvolve sua obra mais afamada, a *Economic Analysis of Law*. Lançado em 1973, durante décadas foi sendo revisado, com a inclusão de novos temas. Segundo Salama, Posner busca empreender uma descrição do fenômeno jurídico norte-americano, sob a ótica e instrumentos proporcionados pela microeconomia. E sua grande inovação seria a metodologia "microeficientista" utilizada. Assim explica, Bruno Meyerhof (2017, p. 67):

[A] formação da Common Law poderia então, na visão de Posner, ser entendida como uma resposta dos juízes para tornar as normas cada vez mais eficientes. Posner não procura demonstrar que toda decisão ou doutrina do Common Law seja eficiente. Para Posner, a hipótese da evolução da Common Law americana no sentido da eficiência é a expressão jurídica de um sistema social mais amplo que está voltado à maximização da riqueza da sociedade. (...) O livro *Economic Analysis of Law* se desenha, então, em torno do que Posner identifica como sendo as três forças motrizes da Common Law. Primeiro, o direito da propriedade, que se ocuparia de criar e definir os "direitos de exclusividade" sobre recursos escassos. Segundo, o direito contratual/obrigacional, que se ocuparia de facilitar os intercâmbios voluntários desses "direitos de exclusividade". Da ótica econômica, a transferência de tais direitos para os indivíduos com maior disposição de pagar permitiria a geração de valor. Terceiro, o direito da responsabilização civil, tomado em sentido amplo. Este, da ótica econômica, se ocuparia de proteger os "direitos de exclusividade", inclusive o direito de exclusividade sobre o próprio corpo. Tomados em conjunto, essas três forças motrizes forneceriam o aparato institucional que permitiria corrigir externalidades e reduzir custos de transação.

Seguindo as lições de Richard Posner, pode-se dizer que duas são as etapas a serem percorridas para que sejam atribuídas a decisões judiciais a alcunha de "pragmáticas": 1) deve-se determinar quais serão as consequências esperadas com a tomada de cada uma das decisões entre as quais o juiz pode optar; 2) estabelecer critérios para indicar as relações de preferência entre as consequências possíveis.

Vista a evolução das principais ideias de Richard Posner como um pragmático, necessário voltar os olhos para outro grande expoente do pragmatismo, Guido Calabresi, catedrático da escola de New Haven.

#### 2.3.3.2 Guido Calabresi

Guido Calabresi (nascido em 18 de outubro de 1932) é um estudioso jurídico americano nascido na Itália e ex-juiz sênior do Tribunal de Apelações do Segundo Circuito dos Estados Unidos. Ele é ex-reitor da Yale Law School, onde é professor desde 1959. Calabresi é considerado, junto com Ronald Coase e Richard Posner, um dos fundadores da área de direito e economia. (Wikipedia, *online*)

Calabresi não questionou os pressupostos metodológicos dos modelos microeconômicos de análise do Direito, entretanto aduzia que a eficiência não poderia ser fundação ética do Direito, pois os sistemas jurídicos, ante sua natureza axiológica, devem, em primeiro lugar, ser justos, e apenas em segundo lugar, devem contribuir para a maximização da riqueza e redução dos custos sociais.(SALAMA, 2017, p.41).

Bruno Salama denomina a vertente de Guido Calabresi sobre a relação entre justiça e eficiência como a "versão regulatória" da AED(SALAMA, 2017, p.50). Isso porque vê no Direito uma fonte de regulação de atividades, e portanto de concretização de políticas públicas. Esta visão está identificada com a Escola de Direito e Economia de New Haven, capitaneada por Guido Calabresi. Embora o referido autor não seja um pragmático autodeclarado, suas ideias, grosso modo, diferenciam-se do pragmatismo posneriano "muito mais em função de sua agenda política (Posner e a Escola de Chicago mas à direita, e Calabresi e a Escola de New Haven mais a esquerda) do que de seu substrato teórico."(SALAMA, 2017, p.52)

Uma das seguidoras dessa versão regulatória do pragmatismo é Susan Rose-Ackerman. Para ela, (ACKERMAN, 1989, *apud* MERCURO; MEDEMA, 1999, p.79) "o Direito e Economia serviria para (a) definir a justificativa econômica da ação pública, (b) analisar de modo realista as instituições jurídicas e burocráticas e (c) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas."

Calabresi possui um obra clássica que, juntamente com o artigo "Some thoughts on risk distribution and the law of torts", de 1961, lhe gerou o título, agraciado também a outros como Ronald Coase, de *founding father* da Análise Econômica do Direito. Em "The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis", de 1970, o autor ítalo-americano amplia a discussão sobre eficiência e justiça partindo de uma visão "regulatória".

Em uma das passagens, observa que os custos de preservação de vidas humanas, nem sempre são observados como primordial pelas sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas. Calabresi observa que nem mesmo as sociedades ocidentais modernas e desenvolvidas estão comprometidas com a noção de que a vida deva ser preservada a

qualquer custo. Há muitas atividades que, ao menos estatisticamente, certamente causarão a perda de vidas. (SALAMA, 2017, p. 51)

Prossegue o professor de New Haven (CALABRESI, 1970, p. 17-18): “nós construímos um túnel sob o Mont Blanc porque isso é essencial para o mercado comum europeu e diminui o tempo de viagem de Roma a Paris, ainda que saibamos que aproximadamente um homem por quilômetro construído de túnel morrerá.”

O que Calabresi quer dizer é que a sociedade não está disposta a preservar vidas a qualquer custo, mas considera aceitável, em certos casos, algum tipo de sacrifício alheio em prol de um maior número de beneficiados. Trata-se de um caso em que o que é eficiente pode ser injusto. Nas palavras do autor "aquilo que é eficiente pode ser injusto. nós tomamos aviões e carros ao invés de outros meios de transporte mais seguros e lentos. E talvez mais notavelmente, nós usamos equipamentos relativamente seguros ao invés do equipamento mais seguro imaginável porque – e não se trata de um mau motivo – o mais seguro de todos custa muito caro”. (CALABRESI, 1970, p.18)

Esclarece contudo que, em certas situações, “as decisões que sopesem vidas humanas contra custos e conveniência não podem ser exclusivamente monetárias, de modo que a solução via mercado não é jamais a única a ser utilizada”. Assim, por exemplo, “a discussão sobre a legalização da prostituição não se limita ao cálculo dos seus custos e benefícios” porque “grandes dilemas morais se prestam à determinação política e devem ser decididos através dos sistemas políticos adotados pela sociedade.” (CALABRESI, 1970, p.19)

Bruno Salama (2017, p. 51) afirma que o ponto relevante da argumentação de Calabresi

[n]ão é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, dos custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a Escola de Direito e Economia de New Haven buscou foi congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo.

Como resultado obtem-se novos métodos de pesquisa e instrumentalização do Direito, mais adequados às demandas sociais, como a pesquisa empírica, a jurimetria e os conceitos econômicos da micro e macroeconomia.

A versão regulatória preconiza que nos casos difíceis, albergados por normas abertas e programáticas, em que a decisão não pode ocorrer por meio de subsunção imediata dos fatos à lei, a tarefa do juiz é criar a norma do caso concreto, buscando elementos racionais ainda que fora da esfera judicial. Portanto, "em casos difíceis e com muitas susceptibilidades

políticas, econômicas e sociais, integrar as consequências à lógica da formulação das decisões ajuda no encaminhamento não apenas de soluções mais eficientes, como também de soluções mais justas." (SALAMA, 2017, p.52-53).

### **2.3.4 *Análise econômica do direito*<sup>14</sup>**

Após breve análise do pragmatismo jurídico, descendente direto do pragmatismo filosófico e uma das correntes de pensamento que entronizou, com metodologia, o pensamento consequencialista no Direito, principalmente na Common Law, passaremos a um de seus veios que se tornou muito famoso no mundo todo, principalmente pelos escritos de autores norte-americanos como Richard A. Posner e Ronald Coase. Seria um pragmatismo jurídico especializado em proporcionar ferramental ao operador jurídico na compreensão do Direito pelos vieses da economia.

Não se irá aqui esmiuçar a heterogênea produção bibliográfica de seus autores, apenas pretende-se ilustrar como o consequencialismo foi buscando seu espaço no Direito, principalmente nos países da common law.

Bruno Salama(2017, p.15) conceitua a disciplina de Direito e Economia como "um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas."

Na síntese de Richard Posner(POSNER, 1975, p. 757), o Direito e Economia compreende "a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico." Para Nicholas Mercurio e Steven Medema(1999, p.3) trata-se da "aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais".

Retomando o conceito, a AED (análise econômica do direito) é uma corrente de pensamento que propõe transportar o método científico para o estudo das mais diversas expressões do comportamento humano que sejam relevantes para questões jurídicas. Seu ponto de partida ocorreu no final da década de 1950 e início dos anos 1960, com os trabalhos de Gary Becker (em 1959 na obra "The economics of discrimination"), Ronald Coase (em 1960 na obra "The problem of social cost") e com Guido Calabresi (em 1961, na obra "Some thoughts on Risk distribution and the law of torts").

---

<sup>14</sup> Utilizou-se neste dissertação o termo mais popular no Brasil, qual seja, "Análise Econômica do Direito", em que pese a justificativa técnica aduzida por Bruno Salama em seu artigo "O que é pesquisa em Direito e Economia." (SALAMA, 2017).

Se originou e se estabeleceu como um movimento externo ao âmbito jurídico e indiferente às tradicionais concepções ao redor das quais disputavam diferentes escolas de pensamento no Direito, como formalismo, realismo, jusnaturalismo e positivismo. Ronald Coase, considerado por muitos o pensador que inaugurou o movimento da análise econômica do Direito, declarou expressamente que, ao escrever o artigo “The Problem of Social Cost”, não possuía nenhuma intenção de contribuir para a academia jurídica e sua preocupação era apenas influenciar o debate econômico, *in verbis*:

It is generally agreed that this article has had an immense influence on legal scholarship, but this was no part of my intention. For me, "The Problem of Social Cost" was an essay in economics. It was aimed at economists. What I wanted to do was to improve our analysis of the working of the economic system. Law came into the article because, in a regime of positive transaction costs, the character of the law becomes one of the main factors determining the performance of the economy. (COASE, 1993, p. 250).

Primeiro se faz necessário desmistificar uma visão equivocada do que seja a AED: esta disciplina não se propõe a dar respostas definitivas para dilemas normativos. O que não quer dizer que a discussão sobre eficiência seja insignificante, porque a percepção do que possa ser uma regra eficiente em uma situação específica pode contribuir para a formulação de políticas públicas melhores e mais justas. O formulador de política pública que persegue objetivos não eficientes deve ter ciência dos custos que impõe à sociedade.

E é dentro dessa mentalidade dos custos dos direitos e a constante invocação do Poder Judiciário para integrar a formulação de políticas públicas que aporta o interesse pelo Estudo do consequencialismo, mais precisamente sob o viés da racionalidade econômica, através da AED.

A chamada Análise Econômica do Direito (“AED”) tem ganhado significativo espaço na produção jurídica brasileira. A AED ocupa-se, basicamente, da utilização de ferramentas de análise próprias da Economia, sobretudo da microeconomia, para tentar explicar ou prever quais as consequências, na organização social e econômica, da aplicação de determinadas normas jurídicas ou de determinadas interpretações das normas jurídicas. Tais consequências são deduzidas a partir da análise das escolhas racionais feitas por indivíduos ou grupos de indivíduos, com a utilização de ferramentas e modelos próprios da ciência econômica. Como ensina Ivo Gico Jr., “a EAD é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito” (TIMM, 2019, p.14).

#### 2.3.4.1 Principais Matrizes Teóricas da AED



Os antecedentes históricos da AED repousam no Século XVIII e tem cunho basicamente filosófico. São, por assim dizer, as bases filosóficas do movimento que, apropriando-se dessas ideias, justifica-se como método de análise do direito (WOLKART, 2019, p. 94).

Os primórdios do movimento remontam aos pensadores do iluminismo escocês, especificamente aos escritos de David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith, todos da segunda metade do século XVIII. Nesse mesmo século, mas fora do grupo dos escoceses, é fundamental a contribuição de Beccaria (SHAVELL, p. 4).

Em “Tratado da natureza humana”, Hume definiu as três leis da natureza que fundariam a paz e a segurança da sociedade, quais sejam: (i) a estabilidade da posse; (ii) a transferência por consentimento; (iii) o cumprimento das promessas. Hume deixou claro que os incentivos ao comportamento humano, em um mundo onde os recursos são escassos, são a fonte de onde a justiça deriva sua origem (HUME, 2001, p. 275).

A ideia de Hume de vincular a justiça ao comportamento humano baseado em incentivos é absolutamente fundamental para a AED. Todos os métodos da AED estão baseados na ideia de incentivos providos para inibir ou estimular o comportamento das pessoas.

Beccaria, em “Dos Delitos e das penas”, é citado por Posner como se já tivesse alertado para a necessária relação entre o curso da pena e o benefício do crime. Tal seria crucial para buscar a prevenção do comportamento criminoso, no sentido de que o mal da pena deva exceder o benefício do crime (POSNER, 2010, p. 36). Surge daí a análise de custo-benefício, essencial à AED, tanto do ponto de vista normativo quanto descritivo.

Adam Ferguson (FERGUSON, 1789, apud WOLKART, 2019, p.96) em “An Essay on the History of Civil Society”, saúda o Código Civil romano e o *common law* inglês como as fontes da *rule of law*. Assim como Beccaria, trabalha a questão dos incentivos, uma vez que busca na lei a forma necessária à proteção da propriedade em face do desejo de lucro que motiva todo tipo de injúrias. (WOLKART, 2019, p.96).

Adam Smith, um dos pais das ciências econômicas é um antecedente remoto da AED. Em sua obra mais reconhecida “A Riqueza das Nações”, trabalha questões relativas à eficiência do sistema de justiça. Aponta a burocracia da justiça como fundamental para que ela escape da influência do rei e realmente funcione como mecanismo de proteção do cidadão.(WOLKART, 2019, p. 97)

Jeremy Bentham é considerado por muitos o avô da AED e é, certamente uma das grandes inspirações de Posner (POSNER, 2010, p.4-5). Um dos fundadores do utilitarismo,

Bentham criou a teoria da utilidade e deixou explícito o que em Beccaria estava sugerido, ou seja, que a pena é uma forma de impor custos à atividade criminal, alterando os incentivos com o objetivo de evitar a prática de certas condutas. Como afirma Posner, Bentham lançou as bases da moderna análise econômica dos crimes e das penas. (POSNER, 2010, p. 51).

O caráter normativo da AED encontra muito de sua inspiração em Mill. O filósofo reconhecia que a lei era, muitas vezes, contrária ao ideal de aumento do bem-estar geral, pugnando por reforma, como foi, por exemplo, com sua campanha pela igualdade entre os sexos. (MILL, 2001, p. 19)

Por outro lado, como ressalta Calabresi, uma das críticas de Mill a Bentham era o fato de que a análise da experiência humana tem capacidade de modificar a própria teoria que analisa. (CALABRESI, 2016, p. 6) Essa bilateralidade é fundamental para o desenvolvimento da AED. Assim, se determinados comportamentos não se encaixam em determinada teoria, há, para Mill, duas possibilidades: (i) a necessidade de se incentivar a alteração do comportamento e (ii) a indicação de que a teoria deve ser aprimorada. Nessa visão, o utilitarismo, assim como a AED, é dinâmico e está em constante evolução.

Guido Calabresi critica a noção de eficiência da escola de Chicago, pois não consideram, dentro do contexto da eficiência, a análise de razões de distribuição pertinentes a cada sociedade e que fica alheia à noção de eficiência. É preciso saber que se tratam de preferências e não da natureza da eficiência.

O critério de eficiência utilizado por Richard Posner é, de longe, o mais conhecido de toda a teoria da AED. É incluído por alguns, como um dos *founding fathers* da AED e, certamente, o mais produtivo desse grupo pioneiro que, como visto inclui prestigiosos autores. Não se repetirão os pormenores dos contributos de Posner em razão de já terem sido vistos, ainda que de forma condensada, no tópico anterior.

#### 2.3.4.2 Bruno Salama: dois níveis epistemológicos de AED

Bruno Meyerhof Salama possui prolíficos ensaios sobre a relação Direito e Economia. Foi orientando do Prof. Dr. Robert Cooter<sup>15</sup> na Universidade de Yale. Sua abordagem clara e precisa sobre os meandros da importação dessa linha de pensamento da Common Law para o Direito brasileiro, os necessários ajustes e aplicação cotejando o contexto político e a abertura axiológica da CF/88, trazem luzes para melhor compreensão

---

<sup>15</sup> Sua obra conjunta "Direito e Economia" é uma referência no estudo sistemático da AED.

dessa imbricação entre Direito e Economia. Seus escritos são extremamente didáticos e ricos em informações, essenciais para quem quiser começar a entender o que é Direito e Economia.

Juntamente com Mariana Pargendler no artigo “Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método” trazem aspectos interessantes sobre a crescente produção doutrinária e pesquisa no Brasil envolvendo o Direito, a Economia e outras ciências, em um âmbito interdisciplinar. (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p.95-144)

Para os autores, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequencialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tal incremento na forma de interpretação jurídica se divide e justifica-se em razão de três aspectos: (i) um ligado aos seus vetores, (ii) outro ligado à sua fenomenologia jurídica, e (iii) um terceiro ligado aos seus limites.

No que tange aos vetores, entenda-se que a paulatina mudança no método da produção acadêmica explica-se por fatores decorrentes da profunda transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um estado liberal a um estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas — de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios —, fizeram ampliar a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas.

Ligado à fenomenologia jurídica, tem-se que ponderações sobre as prováveis consequências fáticas de determinadas normas jurídicas — antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia etc.) — hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil. Os autores atribuem isso principalmente

[p]orque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins — juízos estes que necessariamente dependem de ilações sobre os efeitos concretos de um ou outro regime jurídico. Assim, a própria incidência normativa dependerá intimamente de suas prováveis consequências futuras. (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p.98)

Há contudo "limites": apesar do recurso à discussão das consequências, subsistirá o papel do jurista como formulador de doutrina como não ciência. Os autores justificam a necessidade de o sistema jurídico extrair legitimidade de si próprio e continuar a aplicação principiológica, ainda que esbarre na racionalidade econômica, por dois motivos (i) a incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências

concretas de diferentes normas jurídicas) e (ii) a conhecida figura filosófica “guilhotina de Hume” (de acordo com a qual não se pode deduzir o que “deve ser” com base em uma proposição sobre o que “é”). (HUME, 2001)

Em resumo, a cientifização da pesquisa em direito não pode substituir o juízo de ponderação não científica (logo, dogmática e propriamente doutrinária) do jurista — tal como, aliás, a progressiva cientifização da produção acadêmica em economia não teve o condão de erradicar a doutrina econômica naquela disciplina.

Após breve introdução sobre o contexto consequencialista subjacente ao Direito brasileiro, em que escreve Bruno Salama, necessário apresentar suas bases epistemológicas, estabelecidas no excepcional ensaio “O que é Pesquisa em Direito?”. De forma didática, divide o estudo da disciplina Direito e Economia em duas dimensões, de forma a permitir a melhor compreensão sobre o tema, em suas palavras:

É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). A primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e a segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar. (SALAMA, 2017, p. 21)

#### 2.3.4.2.1 Direito e Economia Positivo (dimensão descritiva)

Segundo Bruno Salama (SALAMA, 2017, p. 22), o argumento central do Direito e Economia Positivo é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do Direito. Tal argumento possui diversas versões, conforme observado por Robert Cooter, das quais três merecem destaque: (a) a versão reducionista; (b) a versão explicativa, e (c) a versão preditiva. (COOTER, 1982, p. 1260).

A versão reducionista é afastada de plano por Salama. Em suma, infere que o Direito pode ser reduzido à Economia e que categorias jurídicas tradicionais como direitos subjetivos, culpa, dolo, dentre outras, poderiam ser substituídas por categorias econômicas.

A versão explicativa indica que a Economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. A ideia central é que os sistemas jurídicos poderiam ser compreendidos como sendo a resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez. Salama exemplifica, com clara

inspiração na obra de Guido Calabresi “The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis”, de 1970, as regras de responsabilização civil, na modalidade subjetiva e objetiva.

Àquela, lastreada na culpa, seria explicada como resultante da tentativa de dar incentivos para que tanto os potenciais causadores de danos, quanto as potenciais vítimas, tomem atitudes para mitigarem as chances de ocorrência e extensão de danos. Já a responsabilidade objetiva, sem o elemento subjetivo, resultaria dos altos custos de prova da culpabilidade em dadas circunstâncias.

Bruno critica essa versão (2017, p. 23), principalmente por desconsiderar na equação uma “série de fatores culturais e históricos.” O papel exclusivo da Economia apesar de importante, não captaria toda a realidade subjacente (COOTER, 1982, p.1260), sendo necessária sua conjugação com outros ramos do conhecimento como a Antropologia, a Psicologia, a História, a Sociologia e a Filosofia.

A versão preditiva afirma que a Economia pode ser utilizada para prever os prováveis efeitos (consequências) das diversas regras jurídicas sobre o comportamento dos “atores sociais relevantes em cada caso.” (SALAMA, 2017, p. 23) Cita como exemplo a lei de propriedade industrial. Da perspectiva do Direito e Economia, a análise partiria da funcionalidade dos institutos jurídicos.

Então seria importante indagar para que serve uma patente, quais seriam os custos e benefícios envolvidos na ampliação ou redução da patente. Como a análise econômica não fornece respostas definitivas, o debate envolvido convidaria a uma análise mais complexa que tornaria mais transparente as escolhas normativas realizadas pelo aplicador da lei. Por exemplo: quanto mais duradoura for a patente, tanto maiores serão os incentivos à inovação e tanto menores os incentivos à circulação. Lado outro, a própria restrição à circulação dificultaria a inovação porque a tecnologia patenteada também pode servir de insumo para outras inovações.

Salama faz importantíssima observação quando refere-se à variação da força explicativa e preditiva da teoria econômica em variados campos de aplicação, inclusive entre searas específicas do Direito. E continua em nota de rodapé (SALAMA, 2017, p. 24):

Há uma diferença fundamental entre a análise econômica dos mercados e a análise econômica do Direito que está na proporção de fenômenos que podem ser quantificados objetivamente. Essa proporção é alta nos mercados, e bem mais baixa no Direito. Os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes, podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do Direito, contudo, frequentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como

essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é a tarefa trivial.

Portanto, pode-se concluir que o Direito e Economia Positivo emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia. Ainda que haja abertura interdisciplinar, utilizam-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos<sup>16</sup>. (SALAMA, 2017, p. 27).

Na sequência, trabalha os conceitos econômicos de escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. Salama aponta a Teoria Neo-Institucionalista, desenvolvida por Oliver Williamson e Douglass North, como orientadora de três ideias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independentemente de contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos, etc que tornam custosas mudanças radicais; (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação de ir além da filosofia prática e especulativa, visando à compreensão do mundo tal qual ele se apresenta.

Análise econômica parte do conceito de escassez. Em resumo, escassez na economia é quando não há produção e distribuição de bens e serviços que atendam igualmente todo o conjunto da sociedade. Os bens são escassos e a demanda é crescente. Na conceituação clássica de Lionel Robbins, a Economia é a “ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos.” (ROBBINS, online)

A escassez leva os indivíduos a fazerem escolhas, sacrifícios pois para se ter alguma coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa, ainda que seja somente o lapso temporal. Chama-se de custo de oportunidade. Portanto, significa dizer que tudo tem um custo e que a alocação financeira em determinada escolha importará em não se gastar em outra seara.

---

16 Bruno Salama explica: “A Teoria dos Jogos considera interações dinâmicas entre indivíduos que procuram maximizar seus resultados considerando as expectativas de decisões dos outros indivíduos com os quais interage. A Teoria dos Jogos conduz a descobertas que contrariam a intuição, como por exemplo a descoberta de que em determinados casos as pessoas podem ficar em pior situação agindo racionalmente na busca de seu próprio interesse (conforme ilustrado pelo famoso jogo do “Dilema do Prisioneiro”). (SALAMA, 2017, p.28)

Trazendo o custo de oportunidade para o Direito é possível afirmar que a proteção ou maior efetividade de direitos consomem recursos, inclusive os direitos fundamentais de primeira dimensão como a liberdade, a segurança e a propriedade privada.

Como afirmado, quando tratou-se brevemente sobre a Teoria dos Preços, os indivíduos farão escolhas que atenderão seus interesses pessoais, tenham eles a natureza que for. Daí pode-se afirmar que indivíduos racionais dirigem suas ações para uma finalidade maximizadora de seu bem-estar. (POSNER, 1983, p. 60-76).

Desse modo, o conceito de maximização racional induz que na formulação de teorias, a que se partir da premissa de que os indivíduos dirigem suas ações para alcançarem os maiores benefícios com o menor custo possível. Tal iter comportamental leva ao chamado processo de decisão marginalista. Ou seja, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa atividade marginal forem maiores ou iguais a seus custos marginais, em um cálculo prévio. (SALAMA, 2017, 28).

#### **2.4 Conceito de argumento consequencialista em juízo**

Do estudo procedido acima, é possível avaliar os conceitos de consequencialismo que serão citados, de forma a obter um que preencha, razoavelmente, a compreensão deste autor. Iniciando com um dos grandes estudiosos do tema, Ricardo Lobo Torres (TORRES, 2010, p. 440) afirma:

[O] consequencialismo, na verdade, é um dos tipos possíveis de argumentação jurídica, ao lado da equidade, da praticidade, da justiça, da segurança e de outros modelos. A sua hierarquização depende das próprias prioridades estabelecidas pela metodologia jurídica. Kaufmann opta pela regra de prioridade de Rawls, alicerçada no princípio da diferença, que privilegia as pessoas situadas na camada mais carente da sociedade e que transforma no melhor argumento a proteção da minoria na sua segurança existencial, os direitos fundamentais e as liberdades básicas. O consequencialismo se fortalece no plano da argumentação jurídica quando sinaliza no sentido da proteção dos direitos fundamentais e, entre estes, do mínimo existencial, que constitui o conteúdo essencial irreduzível e intangível da dignidade humana. O consequencialismo apoiado em argumentos insusceptíveis de universalização não se sustenta.

Basile Georges, em seu artigo "Argumento Consequencialista no Direito em Juízo" (2015, p.5) também traz seu contributo:

[U]m conceito amplo de consequencialismo envolve a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de uma ação. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a depender também dos resultados que produz. Num conceito estrito de consequencialismo, apenas as consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação. Em todos os casos, não há uma resposta uníssona sobre quais são os resultados que devem ser considerados, como e por quê.

Diego Argueles (2013, p.4-5) afirma com relação ao argumento consequencialista:

Podemos defini-lo como sendo aquele tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão. Assim, pode-se empregá-lo para justificar uma decisão com base tanto nas consequências indesejáveis ou desejáveis que a sua não-realização teria ou poderia ter, quanto nas consequências indesejáveis ou desejáveis que a sua efetivação teria ou poderia ter.

Portanto, em razão da abrangência em relação aos vários tipos de consequencialismos encontrados no direito, desde os que defendem uma ampla e irrestrita utilização de razões consequencialistas para decidir, até os que valoram o elemento consequencialista implicitamente, adota-se, para fins desta dissertação, como conceito de argumento consequencialista em juízo aquele descrito por Luís Fernando Schwartz(2008, p.383-384): “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”.

Nesses termos, denominar-se-á de "consequencialista" não apenas a posição segundo a qual uma decisão 'D' é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis, tomando-se por parâmetro um critério 'X' de prioridade, àquelas associadas à 'D'.

Assim, será tratada como consequencialista tanto a posição que reserva à valoração das consequências da decisão um papel residual no referido juízo de adequação (quando, e. g., entender-se que a consideração das consequências somente deva entrar em cena se as técnicas jurídicas convencionais supostamente não forem capazes de reduzir o conjunto das decisões juridicamente adequadas a um único elemento, i. e., a uma única decisão correta), quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista e com um peso maior ou menor no processo decisório, formas diferentes de argumentação (e. g., a que se ocupa em medir a "distância" da decisão ou de suas premissas daquilo que supostamente seria exigido pela interpretação gramatical de um dispositivo legal ou de um precedente paradigmático).

Tal argumento poderá abordar os diferentes campos extrajurídicos, como a Economia, Finanças, Cultura, Segurança Pública, Saúde, dentre outros. Dessa forma, uma tipologia possível considera, por exemplo, como argumento consequencialista econômico todo aquele cuja premissa ou conclusão abordar impactos extrajurídicos de uma decisão judicial relacionados a valores pecuniários, seja numa perspectiva macro ou



microeconômica.<sup>17</sup>

Economia aqui deve ser entendida no sentido amplo, como tudo que diz respeito a como os seres humanos administram recursos escassos. Pode ser uma premissa, como por exemplo, quando se diz que não há recursos suficientes e, por isso, uma política de saúde não pode ser suportada pelo Estado, portanto, não é devida. Ou pode ser uma conclusão, como por exemplo, quando se diz que a implementação de uma determinada política de saúde, como o fornecimento em larga escala de um determinado medicamento, pode levar à diminuição de outra política de saúde, como o programa de vacinação.

O argumento consequencialista também pode aparecer como um juízo de prognose. O juiz avalia quais serão as possíveis consequências de determinada decisão e, a partir dessa avaliação, fundamentam a própria decisão. Um juiz pode argumentar, por exemplo, que uma decisão que condene um banco a pagar indenização por dano moral em virtude de o cliente ter esperado mais tempo na fila do que determina a lei e os regulamentos bancários, acabaria por ocasionar um aumento de ações judiciais com pedidos semelhantes, o que geraria uma indústria do dano moral e resultaria no encarecimento dos serviços, sem evidentes benefícios de diminuição do tempo de espera. Nesse caso, temos que o juiz utiliza um argumento consequencialista econômico (encarecimento dos serviços bancários) para tomar a decisão de negar o direito à indenização.<sup>18</sup>

Vê-se que o uso de argumentos consequencialistas aproxima-se de uma das características do pragmatismo, seja ele o filosófico, de Dewel e Peirce, ou o jurídico de Richard Posner. Posner define o pragmatismo judicial como o método que dá mais ênfase às consequências da decisão do que à doutrina jurídica. Segundo Posner (POSNER, 2012, p.539), “[j]udges who don’t insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call ‘pragmatists’, not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine.”<sup>19</sup>

Quando se fala em enfatizar mais as consequências da decisão do que a doutrina jurídica, tem-se por horizonte as normas principiológicas e os conceitos jurídicos indeterminados. Uma das funções primordiais da doutrina e jurisprudência é densificar os chamados conceitos jurídicos indeterminados, o que é feito partindo-se do texto legal, mas

---

<sup>17</sup> Sobre os conceitos de micro e macroeconomia ver NUSDEO, Fabio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 11ª ed. revista. 2020.

<sup>18</sup> Para mais sobre o tema, ver VIDAL, Bernardo; JORGE NETO, Nagibe de Mello. "Os argumentos econômicos e as limitações ao seu uso". Revista Themis, n.1/2021.

<sup>19</sup> Em tradução livre: Os juízes que não insistem que um algoritmo legal irá decidir todo caso são os que eu chamo “pramatistas”, não em algum pretensioso sentido filosófico, mas no sentido de uma abordagem da decisão que enfatiza as consequências sobre a doutrina.

sofrendo o influxo de fatores contingentes como o método hermenêutico utilizado.

A Constituição da República estabelece, por exemplo, que os fundamentos da ordem econômica são a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Quando vistos como conceitos puramente econômicos, essas ideias podem aparecer como objetivos conflitantes. Se a livre iniciativa é protegida com a menor intervenção do Estado no domínio das relações trabalhistas, o princípio da valorização do trabalho pode restar atingido em seu núcleo essencial.

A redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego, previstas como princípios da ordem econômica no art. 170, incs. VII e VIII, da Constituição da República, podem entrar em conflito com o desenvolvimento nacional, considerado de modo mais amplo, que está previsto no art. 3.º, inc. II, da Carta Magna, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, o uso dos argumentos consequencialistas apresenta uma série de problemas propriamente jurídicos, que dizem respeito à interpretação, à argumentação e à filosofia do Direito. O lugar de densificação e saturação (ALEXY, 2017a, p.235) dos conceitos jurídicos indeterminados é o discurso jurídico, ainda que com base em conceitos econômicos ou com escora nas próprias consequências econômicas.

Visto o conceito e sua legitimidade filosófica, necessário passar ao estudo do ordenamento jurídico brasileiro para perscrutar sobre fundamentos normativos ao uso do argumento consequencialista.

### **3 CONSEQUENCIALISMO APLICADO NO DIREITO BRASILEIRO**

A legitimidade do uso de argumentos consequencialistas foi vista nos capítulos anteriores. Há base doutrinária tanto na filosofia geral como na filosofia do Direito, para albergá-lo como método racional de tomada de decisão. Firmada sua legitimidade, necessário analisar sua fundamentação: quais normas do ordenamento jurídico brasileiro permitem que o juiz fundamente uma decisão judicial lastreado nas consequências produzidas ou produzíveis?

Nessa toada, considerando-se que o Poder Judiciário cria a norma do caso concreto, serão objeto de análise também decisões consequencialistas tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça, mormente considerando-se a abrangência e grau de influência dos julgados ali resolvidos.

#### **3.1 Fundamentação**

Como um argumento que retira sua força de uma avaliação das consequências de uma decisão específica pode ser compatibilizado com a idéia de Estado de Direito? A construção de argumentos consequencialistas pode ser entendida como uma forma válida de obediência às normas jurídicas?

Para o uso de argumentos consequencialistas em juízo, é necessário retirar fundamento de alguma norma que dê esteio a esse agir do juiz que já está limitado tanto pelo princípio da inércia como pelo princípio da legalidade estrita. Portanto, a fundamentação ao uso de argumentos consequencialistas no direito brasileiro, deve primeiro buscar sua autorização estatal, através das regras e princípios positivados no ordenamento jurídico brasileiro. É o que será visto a seguir.

### ***3.1.1 Tipologia: Consequencialismo econômico, social, cultural***

Conforme mencionado anteriormente, o argumento consequencialista poderá abordar os diferentes campos extrajurídicos, como a Economia, Finanças, Cultura, Segurança Pública, Saúde, dentre outros. Dessa forma, uma tipologia possível considera, por exemplo, como argumento consequencialista econômico todo aquele cuja premissa ou conclusão abordar impactos de uma decisão judicial relacionados a valores pecuniários, seja numa perspectiva macro ou microeconômica.

Quando o STF(BRASIL, 2014, online) debateu a modulação dos efeitos do julgamento em que se discutiu sobre o direito ao crédito de IPI decorrente da aquisição de matéria-prima cuja entrada seria não tributada ou sobre a qual incidiria a alíquota zero. O Ministro Ricardo Lewandowski suscitou questão de ordem e decidiu no sentido de que "convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as consequências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social". O voto do Ministro acatou argumento consequencialista econômico e social, em razão da preocupação com os contribuintes e o impacto da decisão na economia brasileira.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o TRF da 1ª Região ao revogar liminar concedida pelo juiz federal substituto Rolando Valcir Spanholo, da 21ª VF de Bsb, que liberou a importação de vacinas contra o COVID-19 para algumas sociedades empresárias e associações, deu voz também ao argumento consequencialista social e sanitário, pois a liminar tinha potencial risco de 'grave lesão à ordem pública' ao interferir em funções da Anvisa,

como autorização para importação de vacinas, e deveriam ser derrubadas.<sup>20</sup>

A própria AGU embasou-se também em argumento consequencialista, ao aduzir que havia o risco de um efeito ‘multiplicador’ da decisão se espalhar pelo País e comprometer o Plano Nacional de Vacinação pelo SUS.

Em resumo, a seara onde serão produzidos os efeitos da decisão judicial caracterizaria o tipo de argumento consequencialista. Se gerar efeitos financeiros, consequencialismo financeiro; se observar a destruição da cultura de um local, consequencialismo cultural, etc.

De forma a não fugir do objetivo desta dissertação, deixaremos os pormenores metodológicos dessa tipologia para um outro trabalho, posto que importa saber como o consequencialismo está sendo usado, autorizado, pesquisado no Direito e não qual o predicado daquela consequência. Portanto, urge prosseguir.

### ***3.1.2 Direito Positivo Brasileiro: leis, princípios e atos normativos***

#### ***3.1.2.1 Leis***

A preocupação de contextualizar e de buscar a melhor produção de resultados decorrentes da interpretação da norma são diretrizes há muito fixadas pelo ordenamento jurídico pátrio, como se observa dos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB” - Decreto-Lei nº 4.657/1942), antes das recentes alterações realizadas pela Lei nº 13.655/2018: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Na mesma toada, o art. 8º do Código de Processo Civil de 2015, ao determinar que o juiz ao aplicar o ordenamento jurídico, "atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência."

Questões “extrajurídicas” (de ordem econômica, política ou social), porém indissociáveis da vida em sociedade, autorizam que a Suprema Corte promova o exame de demanda que lhe tenha sido dirigida, podendo dela não conhecer se entender por irrelevantes as eventuais repercussões da decisão recorrida (repercussão geral do recurso extraordinário, §1º do art. 1.035 do Código de Processo Civil<sup>21</sup>).

---

<sup>20</sup> Vide <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/em-12-dias-justica-do-df-autoriza-nove-entidades-a-comprar-vacinas-sem-doacao-ao-sus/>. Acessado em 14 de abr. 2021.

<sup>21</sup> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada **a existência ou não de questões relevantes do ponto de**

Também sob o prisma decisional, o art. 4º<sup>22</sup> da lei nº 8.437/1992 autoriza o Presidente do respectivo Tribunal a decretar a suspensão de tutelas de urgência concedidas em face do poder público, não apenas por motivos de ordem jurídica, mas por questões de relevante interesse coletivo. No mesmo sentido, a Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), no art. 15, caput<sup>23</sup>.

Importantíssimo expoente é a Lei nº 9.868/1999, principalmente no art. 27, em que prevê a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (grifou-se):

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o supremo tribunal federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Alteração recente, trazida pela Lei nº 13.655/2018, modificou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Um dos dispositivos mais importantes relativos ao tema aqui tratado é o art. 20, in 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.”(Grifou-se)

Carlos Ari Sundfeld, um dos responsáveis pelo projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/2018, destacava que se vive “hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão”.

O administrativista aponta ainda que as mudanças inseridas na LINDB pela referida lei buscaram, entre outros, “conferir mais segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade ao direito público”(SUNDFELD, 2017, p.22).

Humberto Ávila (ÁVILA, 2014, p.334) chama de “segurança de conteúdo pela inteligibilidade normativa” uma das faces da segurança jurídica relativo ao conhecimento do direito pelos tutelados. Através dela, o direito só serviria de mecanismo de orientação se o destinatário conseguisse compreendê-lo e por tal razão há necessidade de determinação e da

---

**vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**

<sup>22</sup>Art. 4º Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do ministério público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

<sup>23</sup> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do ministério público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

clareza das normas.

Sundfeld afirma que o propósito do art. 20 da LINDB é garantir a segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas, já que “o uso retórico de princípios muito vagos vem sendo um elemento facilitador e legitimador da superficialidade e do voluntarismo”. E continua(SUNDFELD, 2014, p. 225): “A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz.”

Nesse sentido, Fernando Leal(LEAL, 2017, p.27):

[e]m um cenário de elevada carência argumentativa, obrigar tomadores de decisão a, ao lado de princípios vagos, considerar mais um elemento de justificação pode contribuir para o aumento da qualidade da fundamentação das suas decisões. Se decisões são tomadas exclusivamente com base em padrões vagos, exigir do juiz que pense nos efeitos das alternativas decisórias que lhe são apresentadas e incorpore em seu julgamento essas re exões deixará os resultados menos sujeitos a críticas sobre um possível déficit de justificação. Pelo menos em termos quantitativos. Recorrer a um princípio vago e discorrer sobre as consequências de alternativas de decisão parece, assim, melhor do que simplesmente mencionar um princípio vago.

Fredie Didier e Rafael Alexandria (2019, p.119) ponderam a necessidade de diferenciar a existência de conceitos jurídicos indeterminados dispostos em regras e colisão entre princípios. O art. 20 da LINDB apenas obrigaria o juiz a buscar as consequências práticas da decisão na presença de normas abstratas. Assim, advertem:

Se a regra contém, necessariamente, a descrição das consequências jurídicas vinculadas àquele fato, não há razão para se exigir do juiz que considere as consequências práticas de optar entre este ou aquele sentido no momento de interpretar o texto normativo: a consequência possível é aquela descrita na própria regra, de modo que a atividade do juiz é identificar se houve, ou não, subsunção dos fatos à norma. Se a regra estiver enunciada em termos vagos, cabe ao julgador, na fundamentação decisória, demonstrar que o caso concreto se amolda àqueles termos vagos (art. 489, §1º, II, CPC). Nada impede que ele faça um exame das consequências práticas da sua opção interpretativa, mas o art. 20 da LINDB não exige que assim o faça. [...] Exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com qualquer conceito vago – enunciado em princípios ou em regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira.O pragmatismo prestigiado pelo art. 20 da LINDB também merece ser analisado sob esse viés consequencialista e pragmático. Lembremos que, de modo geral, para os conceitos vagos já existe a exigência de fundamentação de que trata o art. 489, §1º, II, do CPC.

Portanto, o âmbito de aplicação próprio do art. 20 da LINDB são os casos em que a decisão se baseia num princípio normativo menos densificado. Fernando Leal(2017, p.27), inclusive, acredita que o art. 20 da LINDB não teria inovado como se poderia presumir, pois “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos

atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados”.

No caso concreto, não bastaria ao magistrado invocar, por exemplo, o direito fundamental à saúde, fazendo considerações genéricas sobre o tema, seria preciso que considerasse e tratasse expressamente das consequências dessa sua decisão, especialmente quanto aos reflexos que ela pode gerar, como influxos orçamentários em outras políticas públicas e para outros pacientes preteridos, que não recorressem ao Judiciário.

Fredie Didier e Rafael Alexandria(2019, p.124) avançam na questão ao considerar que o art. 20 da LINDB, em verdade, aumentou o dever de fundamentar do julgador, dentro do prescrito pelo art. 489 e seguintes do Código de Processo Civil:

O que o art. 20 da LINDB faz é acrescentar mais uma regra específica de fundamentação decisória, ao exigir que a incidência do conceito jurídico indeterminado não apenas esteja demonstrada no caso concreto como também que fique claro que o julgador considerou as consequências práticas decorrentes de cada um dos sentidos possíveis e que avaliou tais consequências à luz da proporcionalidade. O art. 20 da LINDB funciona como mais um parágrafo do art. 489 do CPC, seja porque estabelece mais um postulado normativo (tal como os §§2º e 3º do art. 489), seja porque estabelece mais uma situação em que a fundamentação pode ser considerada deficiente (tal como o §1º do art. 489)<sup>24</sup>23 – nesse sentido, inclusive, o desatendimento do disposto no parágrafo único do art. 20 da LINDB é omissão apta a ensejar a oposição de embargos de declaração, nos termos do art. 1.022, II, par. ún., II, do CPC.

Nesse ponto, há que se ter cautela e incluir a ressalva feita pelos próprios autores, para evitar a confusão conceitual entre decisões que preenchem conceitos jurídicos indeterminados daquelas que ponderam princípios em colisão, estas últimas objeto do art. 20 da LINDB.

Interessante lições são trazidas por Fredie Didier e Rafael Alexandria(2019, p.127) ao apontarem qual seria o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. A primeira pressupõe que o julgador identifique mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso e constatada que duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele teria o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções.

A segunda lição orienta que o julgador nem sempre está obrigado a considerar todas as consequências possíveis. A própria capacidade institucional do Poder Judiciário aponta para esta inviabilidade. As consequências a serem consideradas são aquelas postas no

---

<sup>24</sup> Também enxergando essa aproximação entre os dois dispositivos, JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), novembro/2018, p. 35.

debate judicial, sobre as quais tenha havido efetivo contraditório e tenham sido previamente discutidas com as partes, conforme dispõem os arts. 9º e 10, ambos do Código de Processo Civil.

Assim, exsurgiriam dois deveres ao julgador: o primeiro, seria a submissão do debate consequencialista ao contraditório prévio. O segundo seria a exigência de que o julgador explique o caminho argumentativo, inclusive com pesquisa empírica, que trilhou para chegar na conclusão consequencialista. Deste modo, poderia-se, inclusive evitar argumentos generalizantes do tipo realizado pelo ministro Cezar Peluso, no célebre RE nº 407.688-8. (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.127)

Discorda-se, respeitosamente, do entendimento dos citados autores em relação ao pragmatismo jurídico e sua suposta ausência de "tradição doutrinária que ilumine a sua compreensão ou jurisprudência que a concretize". (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p.130)

Conforme citou-se na primeira etapa deste trabalho, há inúmeras correntes, tanto na filosofia geral como na filosofia do direito que há muitos anos já desenvolvem seu lastro teórico, bem como a jurisprudência, como será visto mais à frente desta dissertação.

Voltando ao importante dispositivo, de acordo com Irene Nohara, (2020, p.29), a finalidade da alteração no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB) foi "reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução."

Nesse sentido, e aqui concorda-se com a autora, a norma reforçou o consequencialismo que já vinha, como visto, encontrando morada em outros dispositivos legais. Havia necessidade de maior segurança jurídica e, portanto, previsibilidade na interpretação das normas abstratas. Existem decisões judiciais que não se preocupam com um possível impacto negativo em termos de consequências e, acabam por prejudicar, profundamente, o direito fundamental que supunham estar tutelando. Por isso, a importância do exame das alternativas, opções e impactos da decisão.

Assim, por exemplo, na área da concessão judicial de tratamento de saúde ou de medicamentos, já não seria mais suficiente dizer pura e simplesmente que há um direito à saúde, aliado genericamente à dignidade humana, mas a orientação legal determina ser necessário perscrutar criteriosamente quais são os tratamentos existentes, quais são os tratamentos existentes, quais são os medicamentos alternativos para evitar os excessos dos impactos negativos provocados pelo ativismo nessa área, sobretudo no caso do controle judicial, para que a decisão de controle não impacte negativamente no planejamento



administrativo de políticas públicas. (BUCCI; DUARTE, 2017)

No mesmo sentido, o Enunciado 4 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo ("IBDA") em congresso realizado em Tiradentes/2019. Adverte que as consequências práticas às quais se refere o art. 20 da LINDB devem considerar, entre outros fatores, interferências recíprocas em políticas públicas já existentes.

O Enunciado 6 do mesmo instituto esclarece que a referência legal "valores jurídicos abstratos" não se restringe à interpretação e aplicação de princípios, abrangendo regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Já o art. 3º, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, especifica que se consideram valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

Para Irene Nohara(2020, p.31):

Interpretação mais adequada do art. 20, caput da LINDB, seria considerar que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, a justificativa da decisão não pode ser genérica e que desconsidere consequências concretas, que devem ser ponderadas, para que produza uma decisão mais equilibrada e ajustada, sendo considerados os efeitos que ela irá produzir.

No entanto, reitere-se que uma interpretação (possível) que deve ser afastada é aquela que entende que mais importante do que argumentos ético-valorativos são os argumentos de índole pragmático-consequencial.

(...)

O bom-senso irá dizer quando o argumento deve ser motivado principalmente em função das consequências que produz e quando se está fora de cogitação calcular as consequências que produz e quando se está fora de cogitação calcular as consequências, diante de uma solução em que há direitos fundamentais que, aplicados concretamente, representam freios éticos ao cálculo utilitarista.

Nesse ponto, discorda-se, respeitosamente, da professora paulista. Explicar como não se usar de forma abusiva conceitos jurídicos indeterminados utilizando-se de outro conceito indeterminado como "bom-senso" produz, em verdade, contrassenso. O argumento consequencialista deve ter esteio em norma referenciável ao ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, sua aplicação nunca deverá ser fundamento exclusivo de uma decisão, salvo quando sua desconsideração importar no esvaziamento de outra norma principiológica que dá esteio a determinado direito fundamental.

Portanto, em tese, pela aplicação do art. 20 da LINDB, o juiz poderia deixar de condenar o estado a fornecer a um doente grave determinado tratamento médico de alto custo sob o argumento de que os recursos alocados para fazer frente a essa despesa fariam falta para custear o tratamento de centenas de outras pessoas ("consequências práticas da decisão"). Esse exemplo enquadra-se na hipótese excepcional em que o argumento consequencialista é utilizado como fundamento exclusivo de uma decisão judicial. De toda forma, não chega a ser

exclusivo, posto que irá se reportar à salvaguarda de outro direito fundamental.

Sobre tal dispositivo há críticos. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ingressou, em julho de 2018, com Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6146)<sup>25</sup>, impugnando os artigos 20 a 23 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018. A petição inicial argumenta que os referidos dispositivos exigem do magistrado “um juízo de futurologia”, além de afrontarem os princípios constitucionais da separação dos Poderes e do contraditório. Imporiam ao juiz exercício de um juízo de futurologia (dizer de consequências da decisão e alternativas não adotadas), transformariam o juiz em um consultor ou parecerista, deixando de lado sua função única de julgador.

A autora aduz na petição inicial que o CPC/15 já dispôs sobre os requisitos da validade das decisões judiciais no art. 489, § 1º e incisos. Com o dispositivo impugnado o magistrado deverá ir além do disposto no art. 489 do CPC/15 para dispor, na sua sentença ou voto, sobre as “consequências práticas da decisão” e isso, implicaria em possível decisão extra petita, posto que o julgador fatalmente iria além do que consta dos autos (pedido e contestação).

Com efeito, somente nessa hipótese é que o julgador teria um campo de atuação delimitado para exercer a jurisdição, e poderia então dispor na sua decisão sobre “as consequências práticas” da mesma. Alegam que cada julgador poderá, a depender de sua ciência e consciência, ter noções sobre as consequências práticas da decisão que vier a proferir, mas, para fins de consideração de validade ou invalidade da mesma, mostra-se necessário restringir o universo das consequências práticas, àquelas que foram apresentadas pelas partes, sob pena de exigir-se do juiz que trate de matéria estranha à lide e aos autos.

Para os autores, o art. 20 da LINDB teria criado novo requisito de validade da decisão judicial, entretanto somente seria exigível após o contraditório e a ampla defesa, sem o que, não terá como o julgador “prever” todas as consequências práticas que haveriam e ser objeto de consideração na decisão.

Como condição de validade da decisão judicial, a norma somente poderia exigir a presença das “consequências práticas” e das “possíveis alternativas” que tivessem sido apresentadas pelas partes no processo. As consequências práticas e as possíveis alternativas não consideradas pelo julgador, porque não apresentadas pelas partes, não podem constituir motivo de invalidade da decisão judicial.

De outro lado, há autores como Carlos Ari Sunfeld, Adilson de Abreu Dallari,

---

<sup>25</sup>[https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq\\_objetoincidente=5702503](https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seq_objetoincidente=5702503)

Maria Sylvia Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Gustavo Binembojm (2018, online), dentre outros que, em parecer conjunto, entendem:

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.

A expressão “consequências práticas da decisão” é bem ampla. No entanto, indica que a principal intenção do legislador foi a de impor a exigência de que o julgador considere, principalmente, as consequências da decisão proferida, dentro dos limites materiais que sua instituição lhe permite avançar.

O art. 20 da LINDB não demonstra pecha de inconstitucionalidade e, desde que o magistrado siga os passos indicados acima, haverá ganho em legitimidade para o Poder Judiciário bem como mitigação do decisionismo envolvendo normas abstratas.

### 3.1.2.2 *Atos Normativos*

#### 1) Código de Ética da Magistratura - CNJ

Mais do que uma atividade ontológica ou pragmática, sopesar as consequências concretas da decisão insere-se na deontologia da magistratura, como um dever ético. A redação do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional não deixa de impor ao julgador essa preocupação:

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

José Roberto Nalini, especialista na deontologia da magistratura, conclui (2013, p.39/40)

O juiz não pode ser o nefelibata, desvinculado da realidade e sua função é fazer incidir a vontade concreta da lei sobre a realidade submetida à sua apreciação, ainda que isso traga mais injustiças do que a sensação do justo. Nem precisaria ter sido explicitado no artigo 25, um comando que deriva do bom senso. (...) E as consequências da sentença que desconsidere seus efeitos práticos no mundo real podem ser terríveis. Assim como os da sentença que tarda. Da sentença que se limita à resposta procedimental no processualismo estéril, quando poderia resolver o problema concreto posto pela parte à consideração do Estado-juiz. Padre Antônio Vieira no sermão da Primeira Domingo do Advento, indaga alguma coisa que deveria habitar, perenemente, a consciência de todo julgador: "Quais serão as

consequências de um voto injusto em um tribunal?". Difícil recusar espaço para as cogitações em relação ao consequencialismo.

## 2) Decreto federal nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB

Em 2019, o Presidente da República editou o decreto nº 9.830/2019 que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, inseridos pela lei no 13.655/2018.

Esta regulamentação assume grande importância porque os arts. 20 a 30 da LINDB são repletos de conceitos abstratos ou que foram ainda pouco trabalhados pela doutrina, de forma que o decreto será o ponto de partida para a aplicação das inovações trazidas pela lei no 13.655/2018, ao menos em âmbito federal.

Não é objetivo dessa dissertação esmiuçar os dispositivos do Decreto, apenas trazer alguns pontos pertinentes ao consequencialismo, naquilo em que realmente houve algum tipo de regulamentação.

O artigo 3º e seus parágrafos<sup>26</sup> trouxeram conceitos, e.g., “necessidade” e “adequação” que foram emprestados da explicação que a doutrina dá a respeito do princípio da proporcionalidade, principalmente nas lições de Robert Alexy. (ALEXY, 2017, p.116-120).

De acordo com essa técnica, de forma resumida<sup>27</sup>, o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios:

- A) Subprincípio da Adequação: no qual deve ser analisado se a medida adotada é idônea (capaz) para atingir o objetivo almejado;
- B) Subprincípio da Necessidade: consiste na análise se há meios menos gravosos para implementar aquela medida; e
- C) Subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito: representa a análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

Portanto, denota-se que o Decreto intenta normatizar a técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy, que já é muito aplicada pela doutrina e jurisprudência.

Outrossim definiu que o julgador não precisará analisar todas as consequências

<sup>26</sup> Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. §3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

<sup>27</sup> Ver Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais.

práticas da decisão, apenas aquelas que tiver condições materiais e técnicas de avaliar.

Nesse sentido, o art. 3º, §2º, do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta a LINDB, dispõe que: "na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos."

Aqui acredita-se que o regulador intentou ponderar a crítica doutrinária das capacidades institucionais, relatadas no tópico 3.3.1 abaixo. De forma a evitar repetições, remete-se o leitor à referida seção.

Apesar de não ter aplicação vinculante, o Decreto serve como uma diretriz nesse campo ainda pouco explorado cientificamente pela pesquisa e dogmática jurídica brasileira.

### ***3.1.3 Uso de argumentos consequencialistas na Jurisprudência***

#### *3.1.3.1 Supremo Tribunal Federal*

Há muitos exemplos de uso de argumentos consequencialistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Lapidar caso refere-se à compatibilidade entre a penhorabilidade do bem de família do fiador, prevista pelo art. 3º, VII, da Lei 8.009 de 1990, e a garantia do direito à moradia prevista pelo art. 6º da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

O relator Ministro Cezar Peluso reconheceu a constitucionalidade da regra. Aduziu que em caso de procedência do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 a consequência seria um rompimento do “equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.”

Ou seja, caso afastada a penhorabilidade, a garantia fidejussória, que é a menos custosa para a maioria dos locatários, seria substituída pelo locador, por outros tipos de garantias, e.g. carta de fiança bancária, aumentando sobremaneira o custo contratual, restringindo o acesso à moradia.

Lado outro, Eros Grau, que ficara vencido, adotou outra interpretação:

[S]e o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar alugueis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição da casa própria, gozaria de proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador

cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupando para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade.

Flávio Jaime de Moraes (JARDIM, 2019, p.226) sintetiza o pano de fundo da argumentação jurídica:

[H]ouve uma evidente dúvida sobre se o direito social de moradia (1) abrangia o direito a ser proprietário do imóvel ou (2) deveria ser entendido como o direito a ter facilitada a residência, ainda que na condição de locatário. O legislativo havia optado pelo sentido (2) quando editou o art. 3º, VII, da Lei nº 8.069/1990 e o STF examinou se essa escolha era compatível com o referido preceito da Constituição. Para fazer essa análise, debateu consequências que sua decisão poderia ter no mundo real. Alguns ministros se sensibilizaram com os efeitos que a perda de efetividade da garantia fidejussória teria para os locadores no mercado imobiliário, outros entenderam que o gravame sustentado para evitar tal efeito era muito alto.

Frise-se que o voto do Ministro Peluso não fez referência a nenhum dado estatístico nem houve pesquisa com metodologia para sustentar suas ilações. Simplesmente pressupôs uma consequência (aumento do custo das locações residenciais), sem fornecer suporte ou backing ao ser argumento, que justificaria a ocorrência no mundo real dessas consequências. Sendo muito fraco ou inexistente, não deveria ser considerado como razão de decidir, posto que derrotável em suas premissas lógicas formais.

Para George Marlmstein (2012, online), faltou ao Ministro Peluso, contudo, demonstrar o acerto do raciocínio com dados consistentes. Em sua visão, os argumentos apresentados não estavam lastreados em estudo mais profundo demonstrando que aceitar a penhora do bem de família do fiador iria diminuir o preço das locações ou que não aceitar essa penhora acarretará uma diminuição da oferta de moradias para locação.

Continua o autor cearense, "da mesma forma que o Ministro Peluso estabeleceu uma lógica econômica em favor da sua tese, também seria possível, com a mesma lógica (ou seja, sem base empírica), chegar a solução completamente oposta."

Para explicar seu argumento, George se utiliza do seguinte exemplo:

Veamos, pois, a questão sob a ótica do fiador para demonstrar que a penhora do bem de família do fiador poderá prejudicar o mercado imobiliário para pessoas de baixa renda.

A partir do momento em que uma pessoa sabe que, assumindo o encargo de fiador, poderá perder seu bem de família, certamente ele pensará duas vezes antes de assinar o contrato. Ou seja, menos pessoas aceitarão ser fiadores de contratos de locação e, conseqüentemente, será mais difícil conseguir alugar um imóvel. É preciso reconhecer que ninguém ganha dinheiro sendo fiador. O encargo é, muitas vezes, resultado de uma relação de confiança e não algo que trará alguma vantagem financeira ao fiador.

Desse modo, como o fiador poderá perder seu imóvel se o inquilino não cumprir com suas obrigações, poucas pessoas aceitarão esse encargo. Logo, os proprietários

terão que aceitar alugar seu bem mesmo sem a assinatura de um fiador e, conseqüentemente, terão menos garantias de que o contrato será cumprido. Com menos garantias, os custos de locação aumentarão e, conseqüentemente, o preço de aluguel também irá subir, fazendo com que menos pessoas consigam ter a capacidade econômica para firmar o contrato de inquilinato.

Conclui-se com o exemplo que, com um argumento econômico fraco, posto que aduzido sem qualquer base empírica, até mesmo sob a mesma ótica consequencialista, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador não se justificaria.

Maria Pargendler e Bruno Salama (PARGENDLER; SALAMA; 2013, p.233) observam que, frequentemente, os Tribunais Superiores, ao aplicarem o princípio da proporcionalidade, fazem uso de raciocínio consequencialista econômico, com análise de estímulos, mas nem sempre o argumento está escorado em estudos empíricos:

[C]ontudo, com frequência se atingem os mesmos objetivos por meio do vocabulário “proporcionalidade” — e é talvez por isso que ainda não se tenha refletido de forma cuidadosa sobre como lidar com as afirmativas empíricas controversas suscitadas por este tipo de exame. É certo, porém, que semelhante técnica de decisão gera demanda por estudos científicos — teóricos, empíricos ou experimentais — nos moldes das demais ciências. Caso tivesse sido detectado, por exemplo, que a penhorabilidade do bem de família do fiador não apresenta qualquer influência positiva no mercado de locações de modo a promover o acesso à moradia de não-proprietários, é possível que a Corte tivesse decidido de forma diferente.

Um outro exemplo do uso de argumentos consequencialistas em juízo, do qual o argumento econômico é espécie, é representado por um dos casos da reforma trabalhista, sob julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Na ADI 5.766 (BRASIL, , a Procuradoria-Geral da República questionou três artigos da Lei nº 13.467/2017, que estabelecem a necessidade de pagamento de honorários periciais e advocatícios pela parte derrotada (honorários de sucumbência), mesmo que esta seja beneficiária da Justiça gratuita. Também é alvo da ADI dispositivo no qual se estabelece pagamento de custas pelo beneficiário da Justiça gratuita que faltar injustificadamente à audiência de julgamento. Além disso, créditos obtidos por vitórias em outros processos trabalhistas devem ser utilizados para pagar as custas do processo em que ocorreu a sucumbência.

Para o legitimado da ADI, as disposições violariam o acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB). Entretanto, em seu voto, o relator Min. Luís Roberto Barroso entendeu que não há desproporcionalidade nas regras questionadas, uma vez que a limitação tem como objetivo restringir a judicialização excessiva das relações de trabalho. Essa sobre-utilização do Judiciário leva, por sua vez, à piora dos serviços prestados pela Justiça e prejudica os

próprios empregados, dado que a morosidade incentiva os maus empregadores a faltarem com suas obrigações, buscando acordos favoráveis no futuro.

Durante seu voto, o ministro Barroso trabalha com a pesquisa empírica e a estatística contida nos relatórios do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça. Aponta que foram ajuizadas, apenas em 2015, 5(cinco) milhões de novas ações trabalhistas, comparando com alguns países, como EUA com 200 mil ações na seara trabalhista e França com 75 mil.

Aduz ainda que, dos custos para movimentar a máquina judiciária em cada processo, apenas 11% são recuperados por meio de taxas, custas e emolumentos. O restante é pago pela sociedade. Portanto, 89% do custo do Poder Judiciário acaba sendo retirado do erário que poderia ser destinado para outras políticas públicas maximizadoras de direitos fundamentais.

De acordo com dados de 2012 do CNJ, foram gastos R\$ 85 (oitenta e cinco) bilhões de reais com o Poder Judiciário e, 20% (vinte por cento) disso foi para a Justiça do Trabalho. Em outro ponto do voto, Barroso traz estudo realizado pelo IPEA, em 2015, que indica que 22,6% das ações trabalhistas foram arquivadas ou pelo não comparecimento do reclamante ou pela inépcia da petição inicial no procedimento sumaríssimo. Para Barroso, o custo individual do litígio não pode ultrapassar o custo social.

Denota-se que o Ministro Barroso, diferentemente do julgamento do Recurso Extraordinário nº 407.688-8 (penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato locatício), trabalhou efetivamente com pesquisa empírica no Direito, reforçando o suporte/*backing* argumentativo de seu voto.

Com efeito, importante estudo sobre a Justiça Trabalhista no Brasil apontou que o excesso de litigância naquela seara tem direta relação com o baixo custo de litigar. (SALAMA; YEUNG; CARLOTTI; 2019, p.5)

Nesse sentido, importante trazer a lume as considerações feitas por Luiz Fux e Bruno Bodart (2019, p.37-38) sobre as consequências oriundas da reforma trabalhista:

[A]pós a reforma, houve dramática redução do total de novas ações naquele ramo do Judiciário(...). Gilberto Santos Ferreira conclui que a Lei nº 13.467/2017 pode ter reduzido o número de ações ao nível real, eliminando o uso desnecessário da Justiça simplesmente por ser gratuita. No longo prazo, o autor conjectura que a reforma poderá proporcionar: (i) diminuição na estrutura da Justiça do Trabalho, provocando redução de custos aos cofres públicos; (ii) maior celeridade no julgamento dos processos ajuizados, pois a diminuição no número de ações levará a uma redução no estoque de processos; e (iii) melhoria nos indicadores de emprego, gerada pela maior segurança jurídica percebida pelas empresas.



Nesse caso, a consequência invocada pelo argumento do Min. Barroso estava amparada em estudo científico, o que dá ao argumento econômico maior sustentação, ou seja, maior força obtida por meio de um *backing* robusto. Os estudos apresentados no voto são o *backing* da regra inferencial segundo a qual as mudanças nos custos do processo trabalhista trouxeram por consequência maior efetividade da jurisdição e melhoria dos indicadores de emprego.

Outro caso, desta feita com argumento consequencialista utilizado na seara constitucional penal, tem relatoria do ministro Barroso, trata-se do Habeas Corpus nº 126.292/São Paulo (BRASIL, 2016a, online) que analisou a possibilidade de execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, trouxe análise das consequências da decisão a partir de dados coligidos através de pesquisa empírica direta e referencial. A metodologia do voto ilustra bem a repartição entre a análise dos argumentos jurídicos dos pragmáticos, *in verbis*:

[...]O voto que se segue está estruturado em três partes. A Parte I cuida do delineamento da controvérsia. A Parte II é dedicada à apresentação dos fundamentos jurídicos para a possibilidade de execução da condenação penal após a decisão de segundo grau. Por fim, a Parte III expõe os fundamentos pragmáticos para o novo entendimento, preconizado no voto.

Ainda na primeira parte da decisão, traz importantes dados oriundos de pesquisa empírica sobre os recursos extraordinários providos em favor dos réus:

[E]m primeiro lugar, funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios. Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5% . Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões .

E continua, agora em relação à prescrição oriunda da espera no julgamento dos recursos extraordinários:

[E]m terceiro lugar, o novo entendimento contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade. A necessidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE para iniciar a execução da pena tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição definitiva.

Em certo ponto do voto, o Ministro esclarece que os métodos de atuação e argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional e os chamados casos difíceis, tem uma inegável dimensão política, que proporcionaria ao intérprete desempenhar uma atuação criativa – para atribuição de sentido a cláusulas abertas e para realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis – , cotejando também as consequências práticas de suas decisões. Vertendo linhas a definir o pragmatismo, destaca duas características características relativas ao caso julgado:

"[(i)] o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo."

Portanto, de grande importância é o voto do Ministro Barroso para exemplificar como foi utilizado o argumento consequencialista (do qual é exemplo o argumento econômico) pelo Supremo Tribunal Federal.

Há, no entanto, críticas. Rodrigo Brandão e André Farah indicam que o ministro Celso de Mello, utilizando-se de dados estatísticos do portal da Corte, seguiu direção oposta, em favor da concessão da ordem. Quanto aos números, apontou que de 2006 a 2008, 25,2% e 3,3% dos recursos extraordinários criminais foram providos, no todo e em parte, respectivamente, pelo STF.

No mesmo sentido e para defender a impossibilidade da execução da pena em segunda instância, o ministro Ricardo Lewandowski disse que o Brasil, à época, tinha a quarta população carcerária, ficando atrás de Estados Unidos, China e Rússia. Disse, ainda, que existiam 600 mil presos e que 40% desses eram provisórios. Pela utilização de dados levada a efeito pelos ministros supra, verificou-se que o ministro Barroso teve grande preocupação em apontar os respectivos estudos e seus autores.

Já o Ministro Celso de Mello teve preocupação ainda mais intensa, enquanto ministro Ricardo Lewandowski não apontou os estudos nos quais se baseara. A metodologia e eventuais conclusões, porém, não foram abordadas pelos julgadores. Também, ao que tudo indica, as partes não tiveram oportunidade de estudar previamente os citados dados, passando despercebida esta preocupação.

Um quarto exemplo é o Recurso Extraordinário nº 574.706 (BRASIL, 2016b, online)<sup>28</sup>, julgado em outubro de 2017. A corte reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Trata-se do debate travado no recurso extraordinário no 574.706, cuja discussão jurídica se desenrolava por quase duas décadas. Conforme dados divulgados via petição pela AGU, o fisco deixaria de arrecadar mais de R\$ 20 bilhões anuais com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Além disso, teria que devolver entre R\$ 100 bilhões e R\$ 250 bilhões. A PGR concordou com a modulação dos efeitos ex nunc. Nos termos da manifestação da procuradoria, a modulação de efeitos se justifica especialmente à luz dos impactos fiscais que uma decisão abrangente, que assegurasse a restituição a todos os contribuintes, causaria. Destaca, ainda, a “atual e notória crise econômica pela qual passa o país” como dado agravante ao cenário de eficácia retrospectiva da decisão. (STF, online)

No julgamento da ADI 1.946-DF<sup>29</sup>, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 14 da Emenda Constitucional n.20/98 deveria ser interpretado conforme a Constituição de modo a excluir do seu âmbito de incidência o salário da licença à gestante prevista no artigo 7º, XVIII.

O principal argumento seria o de que a aplicação do dispositivo a essas hipóteses levaria a uma maior discriminação da mulher no mercado de trabalho. O artigo questionado estabelecia que “o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição é fixado em R\$1.200,00 (...)”. Segundo o PTB, autor da ADIn, aplicar este dispositivo ao benefício da licença-maternidade levaria à violação dos artigos 3º, IV (promoção do bem de todos) e 5º, I (igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações).

O conflito aqui não era imediato, perceptível em tese, mas apenas no longo prazo. Se os empregadores fossem obrigados a arcar com o valor do salário da gestante licenciada, a própria Constituição estaria lhes dando um incentivo para não contratar mulheres em idade fértil. Por unanimidade, o Supremo concordou com os argumentos do PTB e decidiu pela não-aplicação do artigo em questão ao benefício da licença-maternidade. Como afirmou o Relator no acórdão, Ministro Sydney Sanches (BRASIL, 2012, online):

---

<sup>28</sup>BRASIL. STF, RE 574.706/SP – São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Teori Zavascki; Julgamento: 17/02/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Publicado em 17-05-2016.

<sup>29</sup>BRASIL. STF, ADI 1946/DF – São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Teori Zavascki; Julgamento: 17/02/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Publicado em 17-05-2016.

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7o, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no inciso I do art.5º da Constituição Federal. (...) Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência social, desatento a tais consequências. O que está em questão não é a eficiência da regra do teto constitucional. O que está em questão é o atingimento de outros valores constitucionais, como a inclusão da mulher no mercado de trabalho. E o argumento econômico é parte do percurso narrativo ou retórico da decisão judicial voltada a promover o princípio constitucional. De novo, não é uma discussão sobre eficiência. Estamos falando do meio jurídico adequado a atingir um fim constitucional.

Neste caso, a inconstitucionalidade da norma só pode ser compreendida a partir do argumento consequencialista utilizado pelo PTB e acolhido pelo STF: embora à primeira vista a EC/98 pareça garantir um direito da mulher, no longo prazo o seu impacto na realidade dificultará a inserção das mulheres férteis no mercado de trabalho. Em outras palavras: é a consequência da existência da norma que a torna inconstitucional, mesmo que o seu texto ou a sua conexão de sentido sejam compatíveis com o resto da Constituição. (ARGUELES, 2013, p.9)

O que parece ficar explícito nesse caso é uma maneira específica de cumprir o dever de fidelidade às normas jurídicas envolvidas. É certo que, considerada em si, a previsão da EC/98 que onerava os empregadores em casos de licença-maternidade não violava o art. 5º, I. Poder-se-ia dizer que esta medida respeitava ou honrava a igualdade entre homens e mulheres, isto é, não estabelecia de modo imediato condutas discriminatórias. Mas, é igualmente certo que, considerando-se a consequência gerada pela aplicação da norma em questão, a EC/98 promovia uma consequência contrária ao exigido pela igualdade entre homens e mulheres.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº.135.328-7/SP<sup>30</sup>, o Supremo Tribunal Federal também se viu diante de evidente questão de interdependência. O Estado de São Paulo argumentava que, a partir da Constituição de 1988, o Ministério Público somente poderia exercer “funções compatíveis com a sua finalidade”, qual seja, “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis”, nos termos dos

<sup>30</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. Recurso Extraordinário 135.328-7, Origem: São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília-DF, 29 de junho de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207841>>. Acesso em: 14 abr. 2021. BRASIL. RE nº.135.328-7-SP – São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Teori Zavascki; Julgamento: 17/02/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Publicado em 17-05-2016.

arts. 127 e 129<sup>31</sup>.

Dessa forma, segundo o Estado de São Paulo, o art. 68 do CPP, que estabelece a legitimidade do MP para a propositura de ação na esfera cível para reparação ex delicto, não teria sido recepcionado pela Constituição. A função de representação judicial de pessoas com baixa renda teria sido atribuída pelo Constituinte a uma instituição específica: a Defensoria Pública, nos termos dos arts. 5º, LXXIV e 134<sup>32</sup>.

No decorrer dos debates entre os Ministros, o que poderia ter sido apenas uma interpretação de expressões como “funções compatíveis com sua finalidade”, “interesses sociais e individuais indisponíveis”, ou ainda das normas constitucionais que delimitam a competência da Defensoria Pública e do Ministério Público, tornou-se uma investigação acerca das possíveis consequências da não-recepção do art. 68 do CPP. A mudança de enfoque ficou particularmente evidente no Voto do Ministro Néri da Silveira, que asseverou:

Se o artigo 68 do Código de Processo Penal, que é norma anterior ao sistema da Constituição de 1988, prevê que, “quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória” será requerida “pelo Ministério Público”, não me parece que, a esta altura, em face do artigo 134, parágrafo único da Constituição, ao afirmar que o Ministério Público não deve mais dar assistência judiciária aos pobres, poderá a Corte assentar decisão de consequência contrária ao espírito da própria Constituição, pois ela quer os necessitados tenham assistência jurídica e judiciária pelo Estado.

Redescrevendo este raciocínio nos termos desenvolvidos ao longo da dissertação, poderíamos dizer que a decisão pela não-recepção do art. 68 do CPP seria um “elo” em uma cadeia causal que resultaria, como consequência, em um estado de coisas no qual os pobres não teriam o seu acesso à justiça garantido, portanto contrário ao disposto no art. 5º, LXXIV da Constituição. Assim, a obediência estrita aos arts. 127, 129 e 134 impediria a promoção de fins deonticamente caracterizados pela Constituição Brasileira.

Neste caso, portanto, o argumento consequencialista do Ministro Néri da Silveira esclareceu a conexão sistemática entre as normas que instituem o Ministério Público, de um lado, e o princípio constitucional da prestação de assistência jurídica gratuita aos que dela

---

<sup>31</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.(...) Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

<sup>32</sup> Art. 5º.(...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (...)Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5o, LXXIV.

necessitarem, de outro. O argumento consequencialista, em que pese secundário na argumentação, foi o fiel da balança ao ponderar direitos fundamentais em colisão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.874/DF<sup>33</sup>, debateu os limites constitucionais à concessão de indulto em caráter geral pelo Presidente da República.

Em seu pedido, a Procuradoria-Geral da República (PGR) argumentou que o Decreto nº 9.246/2017 concedeu indulto natalino e comutação de penas a condenados que cumpriram frações ínfimas da pena, ou que já foram beneficiados pela legislação e não estavam encarcerados, à pena de multa e a casos ainda não julgados definitivamente. Isso violaria a proibição do Poder Executivo legislar sobre matéria penal, a separação dos Poderes, a individualização da pena e a proibição à proteção insuficiente.

Na decisão que concedeu a medida cautelar, o ministro Luís Roberto Barroso destacou que o poder presidencial de perdoar penas não pode ser ilimitado e deve se pautar pelo desenho feito pelo legislador, aduzindo que “uma compreensão sistêmica da realidade jurídica e dos efeitos concretos gerados pela aplicação das normas possibilitará um de-bate público qualificado sobre o tema”.

Após analisar institutos legais de direito penal, o ministro afirmou a existência de centenas de milhares de mandados de prisão à espera de cumprimento, para assegurar que o sistema de execução penal brasileiro é menos severo do que o de outros países. A partir daí, números foram inseridos na decisão de concessão da medida cautelar. Foi dito que o Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 720 mil presos, em condições degradantes. Adicionou que mais da metade dos encarcerados são acusados ou condenados por crimes não violentos e que 0,25% são de detentos por prática de delitos contra a administração pública.

Além disso, a decisão expôs que 40% dos presos são provisórios, maioria derivada de flagrante por tráfico de drogas, e 60% são analfabetos ou não completaram o ensino fundamental. Após esses números, a decisão partiu para uma análise rápida da leniência com o delito de “colarinho branco” e uma explicação sobre o indulto.

Apontou que informações de Tribunais de Justiça de cinco estados da federação constataram que, entre 2013 e 2017, foram concedidos 27.681 indultos. Tudo isso e mais inúmeros outros argumentos, sobretudo de conotação constitucional, serviram, para ao final, o ministro Barroso deferir a medida cautelar na extensão que entendeu adequada para suspender

---

<sup>33</sup>BRASIL. STF, ADI 5.874 MC/DF - Distrito Federal; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Relator: Min. Roberto Barroso; Julgamento: 12/03/2018; Publicação Processo Eletrônico DJE-049 Divulg 13/03/2018 Public 14/03/2018.

do âmbito de incidência do decreto sob análise, os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, corrupção ativa, tráfico de influência, os praticados contra o sistema financeiro nacional, os previstos na Lei de Licitações, os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, os previstos na Lei de Organizações Criminosas e a associação criminosa.

A decisão monocrática analisou de maneira criteriosa e densa a questão, porém, no que se refere aos dados empíricos citados, não explicitou o local de publicação dos respectivos estudos, a sua metodologia, autores e conclusões e onde estão disponíveis para acesso. Esse ponto prejudica a racionalidade da decisão, pois a pesquisa empírica precisa cercar-se de expedientes científicos falsificáveis.

Ademais, tudo aponta no sentido de que as partes não tiveram oportunidade de estudar previamente – já que se tratava de deferimento de cautelar – os dados e apresentar argumentos e outros dados em sentido contrário, antes mesmo da apontada decisão. Todavia, frise-se, alguns amici curiae foram admitidos, trazendo legitimidade, em tese, na legitimidade do julgamento.

No Recurso Extraordinário nº 888.815/RS (BRASIL, 2019, online), o STF enfrentou a questão da juridicidade do ensino domiciliar. Na origem, tratava-se de mandado de segurança impetrado contra ato da Secretaria Municipal de Educação de Canela/RS que impediu a educação domiciliar a um menor e recomendou a imediata matrícula na rede regular de ensino.

Ao ascender à Corte, esta, por enxergar o dever de solidariedade entre a família e o Estado na formação educacional das crianças, jovens e adolescentes, por maioria, julgou inconstitucionais as espécies de *unschooling* radical – desescolarização radical –, *unschooling* moderado – desescolarização moderada –, e *homeschooling* puro. Entendeu que o ensino domiciliar não é um direito público subjetivo e que sua criação dependia de lei federal editada pelo Congresso Nacional. O ministro Luís Roberto Barroso, relator e vencido, partiu de três pré-compreensões para dar sua solução.

Uma, o Estado brasileiro é grande, ineficiente e pratica políticas públicas inadequadas e sem monitoramento. Duas, os resultados de 2017 da Prova Brasil, integrante do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, que teriam sido divulgados na semana em que se proferiu o presente julgamento, apontaram que 5% e 1,7% dos alunos se situaram na faixa adequada nos testes de matemática e português, respectivamente. E três, sua preferência, em regra, à autonomia e à emancipação das pessoas do que ao paternalismo estatal.

Dentre os sete motivos para pais e responsáveis optarem pela escolarização do-

miciliar, o relator apontou a proteção da integridade física e mental dos educandos, retirando-os de ambientes escolares agressivos, incapacitantes ou limitadores; o descontentamento com a real eficácia do sistema escolar ofertado pela rede pública ou privada; e a dificuldade de acesso às instituições de ensino tradicionais em virtude de restrições financeiras ou geográficas.

Além disso, afirmou o ministro Barroso que fez um levantamento e constatou o crescimento, sobretudo em países desenvolvidos, da população praticante da educação doméstica familiar. Assim, apontou que no Reino Unido o número seria de 100 mil educandos; no Canadá, 95 mil; na Austrália, 55 mil famílias; na Nova Zelândia, 6 mil; na França e Taiwan, 500; nos Estados Unidos, segundo o Departamento de Educação, em 2012, o número era de 1,8 milhão de crianças e adolescentes. Frisou que no Brasil inexistia estatística oficial.

Aduziu ainda, ao debater o tema da socialização das crianças e adolescentes em ensino domiciliar, que

“[c]onforme pesquisas empíricas relevantes - e as quais eu tive acesso -, elas não apenas têm melhor desempenho acadêmico, o que é indisputado, como também apresentam um nível elevado de socialização, acima da média”. O julgador acrescentou que “por circunstâncias diversas, (...) a verdade é que pesquisas empíricas realizadas predominantemente nos Estados Unidos documentam que não há problemas de socialização com as crianças que se encontram no ensino domiciliar”.

Assim, por argumentos constitucionais, aliados aos consequencialistas referidos e ainda outros, o ministro Barroso entendeu pela legitimidade do ensino domiciliar, em conformidade com os parâmetros por ele fixados no voto, ainda que tenha admitido uma regulamentação estatal. É de se frisar que muitos dos dados empíricos citados vieram com referências aos respectivos estudos.

No mesmo julgamento, o redator para o acórdão, o ministro Alexandre de Moraes, para dar lastro à sua posição, em determinado momento, fez uso de argumento empírico, ao afirmar que “o Brasil tem a terceira maior taxa de evasão escolar entre cem países”, explicando que “o PNUD [Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento] trouxe esse problema”. Esclareceu que em vinte anos, o Brasil reduziu a taxa de analfabetismo de 65% para 16%. E falou que nos Estados Unidos a questão do homeschooling tem ligação com a liberdade religiosa, já que 75% são mórmons.

Isso aliado a outros argumentos, inclusive de ordem constitucional, levou o julgador a entender pela inexistência de um direito público subjetivo de ensino domiciliar e pela necessidade, para viabilizar esta espécie de ensino, de lei proveniente do Congresso



Nacional.

Igualmente, para dar lastro aos seus argumentos e afirmar a inconstitucionalidade do ensino domiciliar, o ministro Luiz Fux pautou-se em “[d]ados oficiais sobre abuso sexual infantil”, dizendo que “24,1% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos, e 32,2% são amigos ou conhecidos da vítima”. Isso apontaria para o profissional da educação como o mais capacitado a realizar a respectiva função.

O ministro Gilmar Mendes votou pelo desprovimento do recurso. Apontando sua fonte, o Programme for International Student Assessment (PISA), afirmou que, compulsando a edição de 2015, foi possível concluir que o homeschooling não resultou em qualquer ganho para o desempenho da educação no ranking entre os países. Os Estados Unidos e Portugal, permissivos a tal prática, ocuparam a 25ª e a 23ª colocações. A Suécia que admite apenas por exceção ficou na 28ª posição, enquanto a Alemanha, que a proíbe, ficou na 16ª posição.

Também o ministro Marco Aurélio, para fundamentar seu pensamento, usou de argumentos constitucionais e de dados. Indicando sua fonte, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), especificamente a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) datada de 2015, alertou que 97,7% dos que possuem 6 e 14 anos estavam matriculados no ensino fundamental. Enfatizou que apenas 76% dos estudantes encerraram o ensino fundamental no momento adequado, que cerca de 2,5 milhões de jovens entre 4 e 17 anos estavam fora da escola e que, destes, cerca de 1,5 milhão eram para estar no ensino médio. Ao final, votou pelo desprovimento do recurso.

Em relação a muitos dos dados acima utilizados, sobretudo os citados pelos ministros Barroso, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, foram assinalados os respectivos estudos e os autores, mas não a metodologia e as conclusões. Ademais, não há notícia de que as partes não tiveram oportunidade de estudá-los previamente, apesar de alguns amici curiae terem sido admitidos. Apesar disso, o que chama bastante atenção é o fato de sobre a mesma questão, poderem, em tese, como o STF comprovou neste caso, ser utilizados dados empíricos que direcionaram a soluções antagônicas.

Analisando alguns dos julgados citados acima, em percuciente estudo, Rodrigo Brandão e André Farah (2020, p. 842) concluem:

[P]ara analisar como o empirismo é concretizado pelo STF, ao menos nos apontados casos, algumas conclusões provisórias são autorizadas. Em primeiro, há ministros mais abertos do que outros ao emprego de elementos empíricos para fundamentar as suas decisões. Dos que o fazem, não há um padrão sobre como fundamentar uma decisão ou voto com o uso de dados empíricos. Os estudos e seus autores podem até, mas não sempre, ser citados, porém, a metodologia, as conclusões e como acessá-los não o são frequentemente. Além disso, é rara a preocupação em conferir às partes, a oportunidade de se pronunciar sobre dados e estudos empíricos reputados relevantes

anteriormente à prolação da decisão, inclusive em hipóteses de reversão de jurisprudência. Ficou constatada uma variação grande em como os integrantes da Corte fazem uso de investigações empíricas. Isso revela um estágio embrionário no emprego de dados empíricos como razões de decidir, devendo haver maior cuidado em oportunizar às partes do processo a possibilidade de manifestação sobre o seu teor antes da prolação da decisão.

### 3.1.3.2 Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Tanto as recentes inovações legais trazidas pelo CPC/2015 quanto a determinação constitucional atribuindo ao Superior Tribunal de Justiça lugar de destaque na resolução de controvérsias de âmbito nacional, induzem a comunidade jurídica a respeitar seus julgados e reforça a necessidade de uniformização de entendimento desde as instâncias iniciais.

A improcedência liminar do pedido, prevista no art. 332<sup>34</sup> do CPC decorre dessa imperatividade na uniformização jurisprudencial, até em razão da celeridade dos julgamentos.

O art. 1.036 do Código de Processo Civil-CPC/2015 dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada, a controvérsia. Recurso repetitivo, portanto, é aquele que representa um grupo de recursos especiais que tenham teses idênticas, ou seja, que possuam fundamento em idêntica questão de direito.

Segundo a legislação processual, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionar dois ou mais recursos que melhor representem a questão de direito repetitiva e encaminhá-los ao Superior Tribunal de Justiça para afetação, devendo os demais recursos sobre a mesma matéria ter a tramitação suspensa. Após o julgamento e publicação da decisão colegiada sobre o tema repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça a mesma solução será aplicada aos demais processos que estiverem suspensos na origem.

Essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica.

---

<sup>34</sup> DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) ressalta a importância do precedente firmado pelo STJ no julgamento de recursos repetitivos e prevê providências administrativas relacionadas à divulgação e à publicidade, com o intuito de facilitar o acesso a esses dados pelas partes, advogados, juízes e tribunais.

Feitas essas considerações iniciais, passaremos aos julgados que adotaram, como um de seus fundamentos, o argumento consequencialista.

No Recurso Especial no 1.648.305/RS, o pedido versava sobre a extensão do auxílio acompanhante, previsto no art. 45 da lei n. 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do regime geral da previdência social, nos termos do voto do relator.

Argumentação sumarizada do voto vencedor: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da isonomia; c) princípio da vedação à proteção insuficiente de direito fundamental; d) benefício de caráter assistencial, não se enquadra na regra da contrapartida; e) Brasil foi signatário da CIDPD/NY de 2007, que foi admitida com status de emenda constitucional.

Argumentação do voto vencido: a) ausência de previsão legal. O Poder Judiciário não pode se substituir ao Legislativo; b) não há caráter assistencial no adicional de 25%, portanto necessário indicar a fonte de custeio (§5º do art. 195 da CF); c) princípio da seletividade (art. 194, parágrafo único, III CF/88 - atendimento pela necessidade) e a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, de caráter contributivo (art. 201, CF); d) estimativa de aumento do déficit da previdência social em R\$ 456.509.000,00 (quatrocentos e cinquenta e seis milhões, quinhentos e nove mil reais) apenas considerando-se os benefícios concedidos entre 2015 e 2017.

Outro julgado que se utilizou da argumentação consequencialista foi o Eresp 1141788/RS, min. Rel. João Otávio de Noronha, julgado em 07/12/2016, sobre a condição de beneficiário do menor sob guarda para fins previdenciários. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela lei no 9.528/97 na lei no 8.213/91. O art. 33, § 3º do eca deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social, em homenagem ao princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88).

No REsp n. 771.787(BRASIL, 2008, online)<sup>35</sup> discutia-se a legalidade da

---

<sup>35</sup> BRASIL. STJ, REsp n. 363.943– MG 2001/0121073-3; Relator: Min. Humberto Gomes de Barros; Processo

imposição pelo governo de um teto inferior ao custo de produção para o preço de derivados da cana. Entendendo-se pela ilegalidade do teto, discutia-se também a medida da indenização a ser paga aos produtores. Para examinar a medida da indenização e rejeitar a forma de cálculo proposta pelos autores da demanda, o voto do Ministro Herman Benjamin partiu de lições da economia.

Na ação, os autores pleiteavam que o valor da indexação corresponderia à diferença entre o teto imposto pelo Governo e o preço a que se teria chegado com base no custo de produção. Porém, em seu voto, escorando-se em alguns conceitos básicos retirados da obra do Professor português Vasco Rodrigues, cujo tema é análise econômica do Direito, o Ministro entendeu que essa fórmula pleiteada pelo autor exageraria no valor dos danos, trazendo consequências nefastas ao mercado se assim fosse deferido o pedido.

Ilustre-se a posição do Ministro Herman:

De fato, como o álcool não é produto de elasticidade, de demanda a preço neutro, diante de um aumento de seu preço, necessariamente, haverá queda no consumo. Dito de outra forma, pode-se afirmar, sem medo de errar, que o fato de o preço não ter sido fixado no patamar pleiteado pelas empresas [ou seja, o preço foi mais baixo] fez aumentar a demanda de álcool. Numa palavra, preço menor, maior consumo de álcool; preço maior, menor consumo de álcool.

E mais adiante, conclui o Ministro, aduzindo que sua análise era jurídica ainda que se valesse de ferramentas e conceitos econômicos. Isso porque o argumento econômico estaria voltado à compreensão do conceito de lucro cessante. De toda forma, o uso da análise econômica do direito está presente no voto e, ilustra como o consequencialismo está se tornando, ainda que inconscientemente, caminho comum no percurso argumentativo processual.

No Recurso Especial n. 3.694<sup>36</sup>, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros (BRASIL, 2004, online) discutiu-se o escopo do art. 6º da lei que regulava as concessões de serviços públicos. A lei, expressamente, permitia às concessionárias suspenderem a oferta de serviços públicos aos clientes em caso de atraso. A questão era saber se essa regra se aplicaria também à oferta de serviços essenciais, posto que o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que as concessionárias são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Daí se lia que

---

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Publicação DJ 01/03/2004 p. 119. Julgamento 10 de Dezemb03

<sup>36</sup> BRASIL. STJ, REsp REsp 771787 DF 2005/0109243-7; Relator Ministro João Otávio. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Publicação DJe 27/11/2008, DJe 27/11/2008 Julgamento 15 de Abril de 2008.

serviço essencial há de ser sempre fornecido continuamente – ou pelo menos assim entendia o autor da ação.

Ao entender em sentido contrário – e, portanto, defender a possibilidade de interrupção de serviços – o Ministro Relator afirmou que o corte, por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido. Segue o voto:

Neguei a liminar com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo que se denomina efeito dominó. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz. Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora não terá renda e, não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras até a iluminação pública.

### **3.2 Principais críticas ao uso de argumentos consequencialistas**

Segundo Basile Georges Campos Christopoulos (2015, p.4), as discussões sobre o uso de argumentos consequencialistas no direito giram em torno de algumas questões.

Com base em argumentos fundados em consequências, poderia o juiz suprir as lacunas do ordenamento ou mesmo desprezar o texto legislativo de forma a considerar os efeitos futuros de sua decisão? O uso de consequências no direito pressupõe um modelo no qual o juiz também é considerado criador da norma jurídica, assumindo o texto legal um papel diverso do tradicional? As teorias que defendem o uso de argumentos consequencialistas no direito discordarão sobre os limites entre a norma e as consequências.

O autor, no mesmo artigo, apresenta a seguinte classificação das divergências sobre a aplicação de argumentos consequencialistas (CHRISTOPOULOS, 2015, p. 7):

Podem-se classificar tais divergências: i) se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis; ii) se argumentos consequencialistas podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, ou quando, por exemplo, há uma regra específica tratando da matéria; iii) no conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, quais devem prevalecer; iv) que tipo de argumento consequencialista pode ser considerado no direito, apenas consequências jurídicas podem ser consideradas, ou também consequências econômicas, sociais etc.; v) como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos).

Serão essas críticas pontuadas por Basiles que serão desenvolvidas nos tópicos a seguir, ainda que com outra nomenclatura.

#### **3.2.1 Argumento de Capacidades Institucionais**

Aqui analisa-se o quinto ponto levantado por Basiles, "como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos)" na forma como trabalhada por Diego Argueles.

Tomando por base o texto "Interpretation and Institutions", de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, como matriz básica do argumento baseado em capacidades institucionais (SUNSTEIN, VERMEULE, 2003, p.885-951), Diego Argueles e Fernando Leal (2011, p.6) explicam a crítica trazida pelo argumento:

A expressão "capacidades institucionais" tem sido cada vez mais usada como recurso argumentativo no debate constitucional brasileiro para orientar e criticar escolhas do Poder Judiciário entre diferentes cursos de decisão, bem como entre teorias sobre interpretação jurídica e de posturas alternativas diante das outras instituições políticas. Embora os usos da expressão não tenham sido uniformes, é possível identificar dois grandes padrões. De um lado, a referência às "capacidades" de juízes e tribunais pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional.

Essas capacidades serviriam de base para se recomendar ou criticar a adoção de posturas deferentes ou não às decisões de outras instituições. Em linhas gerais, a forma típica que o argumento parece assumir nesses casos é, em resumo, a seguinte: uma dada teoria sobre a interpretação de determinado caso deve ser aplicada com ressalvas por outro juiz, em outro caso ou jurisdição, em razão das contingências de cada processo.

É certo afirmar que o Judiciário pode dar alguma resposta para um dado conjunto de questões que estejam sendo submetidas à apreciação judicial. Contudo, ao se comparar os recursos e limitações do Judiciário com os de outras instituições que poderiam fornecer suas próprias respostas ao tipo de problema em exame, constata-se que, por não ter a expertise e o aparato idôneo, a performance judicial deixa a desejar, como por exemplo, determinada Agência Reguladora e sua discricionariedade técnica. (ARGUELES; LEAL, 2011, p. 8)

Por tal (in)capacidade institucional, quando defrontado com problemas consequencialistas extrajurídicos, em áreas nas quais há grande necessidade de expertise técnica ou de ponderação livre entre múltiplas e complexas variáveis políticas, o Judiciário deveria adotar postura mais autocontida. Ou para buscar assessoramento em peritos no assunto, por exemplo, quanto necessitar cotejar determinado argumento consequencialista.

Em essência, a crítica das capacidades institucionais "prescreve a incorporação de considerações sobre os recursos e limitações de que uma dada instituição dispõe para resolver os problemas que lhe são submetidos." (ARGUELES; LEAL, 2011, p. 8)

O Ministro Luis Fux, incentivador da análise econômica do Direito, citou o argumento das capacidades institucionais como reforço argumentativo no julgamento, em

2011, na extradição de Cesare Battisti. *In verbis*:

[C]umpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. (...) Compete ao Presidente da República, (...) apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente (...). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “institutional capacities”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior. (STF, 2011, online)

A crítica realizada no argumento das capacidades institucionais é valiosa: ao mesmo tempo que evita a tensão institucional, força o decisor a, caso entenda por sua plena capacidade, aprimorar a pesquisa empírica de modo a reforçar sua argumentação; haverá ganho em legitimidade, evitando-se a arbitrariedade, argumentos banais e/ou absurdos.

### 3.2.2 *Conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos*

Como mencionado no início, a discussão deste tópico foi apontada por Basiles como um dos pontos controvertidos sobre o uso de argumentos consequencialistas no direito brasileiro. Para responder a questão sobre qual prevalece em um conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, é necessário remontar algumas discussões da filosofia do Direito.

De acordo com Cristiano Carvalho (2013, p.84), as teorias consequencialistas seriam antagônicas às deontológicas. Essas estariam no campo moral, e defenderiam “cumprimento rígido de princípios e regras que refletem valores morais”.

Lado outro, as teorias consequencialistas teriam foco no resultado e, por objeto principal, a ação, sendo “o critério máximo para a avaliação de um curso de ação ou de uma instituição o valor de suas consequências globais – os benefícios menos os custos, para todos os afetados”. (MACCORMICK, 2008, p.58)

Nesse sentido, Diego Argueles ao analisar artigo de Humberto Ávila afirma que o autor gaúcho encara as consequências como externas às normas que, em última instância, representam os deveres básicos do juiz para com a sociedade em geral. E continua:

Tal perspectiva, encontraria eco no âmbito da ética normativa, onde é bastante frequente o recurso à distinção entre o que é certo [right] e o que é bom [good]. As condutas certas são aquelas moralmente devidas e/ou exigíveis. Condutas boas são

aquelas desejáveis sob determinado critério de “bondade”. Dependendo da concepção ética normativa que se adote, pode-se definir o que é certo em função do que é considerado bom por um critério qualquer (como fazem o utilitarismo e as teorias “teleológicas” em geral), ou, por outro lado, definir a correção de uma conduta como independente dos resultados bons que produza ou das boas motivações que a geraram (teorias “deontológicas”). (ARGUELES, 2013, p.11-12)

Citando a obra “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen, afirma que toda norma social sempre estabelecerá uma relação entre uma condição e uma consequência, e prescreve que a consequência deve seguir a condição. O deontológico então seria a relação do dever-ser, a imputação lógica que liga o antecedente ou a hipótese normativa à consequência estipulada e que faz parte da estrutura normativa. (CHRISTOPOULOS, 2015, p.6)

Basiles Christopoulos (2015, p.6) organiza o pensamento:

O padrão deontológico é o clássico modo pelo qual a decisão judicial é expressa no direito. Embora ele não possa ser desprezado, evidentemente ele é, como toda linguagem, uma simplificação da realidade, que tem como objetivo traduzir uma expressão silogística do direito. Samuel Scheffler explica nesse viés que, em contraste com as concepções de consequencialismo, o padrão deontológico afirma que em alguns casos é errado fazer o que produzirá o melhor resultado global disponível. Isto é, pensando deontologicamente, mesmo as decisões que produzem resultados indesejados deveriam ser tomadas, por serem corretas. As teorias normativas deontológicas identificariam por meio de certos critérios os direitos individuais, as exigências da imparcialidade, a proibição das discriminações arbitrárias e prescreveriam “o que se deve e o que não se deve fazer de um modo que, pelo menos em parte, é independente das consequências.

Bruno Salama(2017, p. 82) esclarece essa questão sob a ótica de Posner, que foi alvejado de críticas por autores como Ronald Dworkin (1980, p.191-226) e Martha C. Nussbaum(1998, p.1776-1795), justamente, por pretender transformar um argumento consequencialista em fundação ética do direito, como visto no capítulo segundo.

Afirma então que Posner, após aproveitar-se seletivamente do utilitarismo, fez um contraponto na filosofia moral, com o “Kantismo”, termo que usa para se referir a um amplo grupo de teorias éticas que “subordinam o bem-estar (*social welfare*) a noções de autonomia do ser humano e auto-respeito como critérios de conduta ética.”(POSNER, 1983, p. 55) ou ainda, “composto pelo grupo de teorias filosóficas que, de um modo geral, estão centradas no princípio de que há coisas que são absoluta e intrinsecamente “erradas”, independentemente do bem que possam fazer a um indivíduo ou à sociedade em geral.” (SALAMA, 2017, p. 82)

Bruno Meyerhof continua: (SALAMA, 2017, p.81):

A deontologia é o ramo da ética cujo objeto de estudo reside na discussão dos fundamentos do dever e das normas morais. O ponto central para distinguir a deontologia do consequencialismo reside no fato de que deontologia enxerga a



justiça ou injustiça na própria conduta, e não nas suas consequências. Do ponto de vista da deontologia, a justiça depende de um, ou de alguns, princípios de justiça. Kant propusera que a moralidade estaria fundada em normas morais categóricas. Uma norma moral categórica, no sentido Kantiano, existe de maneira independente dos desejos, interesses e finalidades do indivíduo. A norma categórica “trabalhe duro” poderia ser um exemplo de norma ética categórica (“categórica imperativa”, no sentido Kantiano). Uma norma imperativa categórica como essa se oporia a uma norma hipotética imperativa, de que seria exemplo a proposição “se quiser ser admirado, trabalhe duro”. Para Kant, as normas morais são absolutas. Violar um categórico imperativo seria, portanto, moralmente inaceitável, mesmo nas circunstâncias em que houvesse consequências mais positivas da violação do que do cumprimento.

Posner (1983, p.58) inicia sua crítica de forma didática: faz uma adaptação do exemplo clássico criado pelo filósofo inglês Bernard Williams. Em um país não democrático, George hospeda-se na casa de um militar, que tem por missão executar um grupo de prisioneiros políticos. E lhe faz uma proposta: caso George atire em um dos prisioneiros, os demais serão soltos. Caso rejeite-a, o militar executará todo o grupo. Bernard Williams aduz que a solução é que George não deve atirar em ninguém, pois haveria uma diferença essencial entre fazer o mal, e deixar de prevenir o mal. Atirar em um dos prisioneiros seria uma atitude moralmente equivocada, justamente por fazer o mal, ainda que a consequência fosse boa. (SALAMA, 2017, p. 83)

Posner não aceita a resolutiva de Bernard. Afirma que, “a diferença [entre fazer o mal e deixar de preveni-lo] é difícil de enxergar no exemplo” (POSNER, 1983, p. 58). Isso porque a rejeição da proposta levará todos os prisioneiros à morte, ao invés de um, no caso de aceite. A rejeição da proposta por George seria um exemplo do que Posner chamou de “Fanatismo Kantiano”. Para ele, há uma contradição na visão de alguns kantianos que indicam que se fosse uma quantidade expressiva de pessoas a serem salvas, ou a humanidade, aí a morte de uma pessoa seria justificada.

Para o autor norte-americano, a partir do momento em que se admite a realização de tortura, ainda que em um caso *sui generis* como salvar a humanidade, sob o ponto de vista lógico, tal argumento indicaria a importância das consequências na análise da moralidade das condutas e permitiria, por exemplo, “matar dois inocentes para salvar 200 milhões de norte-americanos – dez para salvar três milhões de habitantes de Chicago – vinte para salvar sessenta mil residentes de um bairro de Chicago.” (POSNER, 1983, p.58-59)

George Marmelstein(2007, online) afirma que o pensamento ético-jurídico não deveria funcionar de modo utilitarista. O argumento econômico seria capaz de justificar barbaridades, como a pena de morte, a eutanásia eugênica e o experimento médico com seres humanos.

Pensar eticamente, em sua ótica, é pensar no outro, independentemente de quem seja o outro e independentemente das vantagens que trará para quem assim o faz. De toda forma, o autor no artigo em referência, teria se surpreendido positivamente com as idéias básicas da AED, crendo ser de utilidade até para a teoria dos direitos fundamentais.

Traz como exemplo, o Teorema de Pareto que teria utilização no problema da colisão de direitos fundamentais. Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se ao menos um indivíduo melhora de situação, sem que o outro piore. O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais exige que o intérprete sempre tente fazer com que o direito fundamental atinja a sua realização plena. O ideal é que, ao realizar essa tarefa de concretização, nenhum outro direito fundamental seja afetado de modo negativo. Ou seja, a situação perfeita é conseguir maximizar a efetividade de um dado direito fundamental sem prejudicar a situação jurídica de outras pessoas.

### ***3.2.3 Crítica de Jane Reis<sup>37</sup>: limites impostos pelo Estado de Direito para proteção dos direitos fundamentais***

A professora Jane Reis traça as dificuldades em se utilizar o argumento consequencialista sem uma fundamentação lastreada no ordenamento jurídico. Haveria que se perquirir até que ponto o ideal regulativo do Estado de Direito admitiria o uso de argumentos consequencialistas (REIS, 2016, p.358). Nesse sentido, André Berten (2011, p.49), afirma que haveria um limite *a priori* que seria a lógica interna do direito que infirmaria um uso indiscriminado de argumentos pragmatistas.

Portanto, haveriam limites quantitativos e qualitativos oriundos da própria funcionalidade das normas jurídicas. Sob o ângulo quantitativo, um emprego extensivo e corriqueiro de julgamentos que se afastem das prescrições normativas para prestigiar o contexto, as consequências práticas e a promoção do bem comum (ou, em verdade, do que o juiz entende ser o bem comum) danifica a clareza, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica, elementos que tanto as visões formais como as substantivas do Estado de Direito valorizam."(REIS, 2016, p.359)

Visto pelo ângulo qualitativo, "o uso disseminado de argumentos pragmatistas esbarra na pretensão normativa de que os juízes julguem de forma consistente com o conteúdo das normas constitucionais, bem como colide com a ideia de que certos direitos individuais

---

<sup>37</sup> Ideia trabalhada no excelente artigo "As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais." Direitos Fundamentais & Justiça. Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Ano 10 - n.35 - JUL./DEZ/ 2016. p. 1-385.

não estão sujeitos ao cálculo de custo-benefício, especialmente quando se trata de debilitá-los para atender a metas coletivas ou subordiná-los a leituras contextuais do que o bem comum representa para o intérprete." (REIS, 2016, p.359).

Em que pese a crítica, a autora indica que há possibilidade de uso dos argumentos consequencialistas, desde que seja "quantitativamente moderado e qualitativamente reverente à relevância axiológica dos direitos fundamentais". Tais limites seriam inafastáveis em sistemas como o brasileiro, que atribuiu aos direitos fundamentais caráter vinculante e centralidade valorativa, fundada em sua qualificação como cláusulas pétreas. (REIS, 2016, p.359)

A autora analisa julgados do STF e deduz duas formas empregadas de uso de argumentos consequencialistas como ferramenta para "restringir direitos fundamentais em favor de metas coletivas". Na primeira, as tais metas coletivas são diretamente colocadas como fundamento da restrição. (REIS, 2016, p.367)

Na outra forma, a restrição de uns direitos fundamentais promove direitos fundamentais de outros grupos de indivíduos. Cita como exemplo o caso do RE nº 407.688, em que o ex-Ministro Peluzo, relator, argumentou que reconhecer a penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação promove o direito à moradia ao aumentar a oferta, ou no outro julgado relativo à execução provisória da pena após condenação em 2º grau, que "a execução provisória da pena protege o direito das vítimas".

Ato seguinte, critica a aplicação desse tipo de restrição sem uma delimitação argumentativa cuidadosa ou excepcional. Para Jane Reis (REIS, 2016, p.368)

A adoção da ideia de que os direitos fundamentais são vinculantes serviu para conferir força e legitimação à ascensão institucional do Poder Judiciário, dando espaço para as teses que justificam o poder dos juizes a partir da lógica de proteção dos indivíduos contra as maiorias. Essa forma de pensar os direitos fundamentais é tributária do entendimento destes como trunfos contra os interesses majoritários, o que implica entendê-los como garantias excluídas do cálculo de interesses sociais e da negociação política.

A autora parece seguir as ideias "radicalmente liberais" de Ronald Dworkin e John Rawls<sup>38</sup>. Entende que "os direitos devem ser entendidos como grandezas insuscetíveis de

---

<sup>38</sup> A própria autora fornece o conceito (2016, p.368): "A noção de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria relaciona-se às concepções liberais em seus variados matizes. A metáfora em questão tornou-se célebre a partir da obra de DWORKIN, Ronald (Levando os direitos a sério. p.364-366), que afirma que os direitos são como trunfos nas mãos dos indivíduos, pois devem preponderar sobre outras justificativas que fundamentam decisões políticas e sobre metas a serem atingidas pela sociedade. Também RAWLS, John sustenta

ponderação com bens coletivos, os mesmos postulados normativos que lastreiam seu entendimento como normas vinculantes dotadas de alta carga ética podem ser utilizados para fundamentar a ideia de que estes desfrutam de prioridade sobre as metas comuns." (REIS, 2016, p.368)

Para que o consequencialismo, chamado por ela de "metas comuns", possa ser aplicado quando em colisão com os direitos fundamentais, devem estar claramente explicitadas no texto constitucional. *Data venia* à eminente doutrinadora, mas, seria praticamente inviável deixar para o texto constitucional referendar questões que somente aparecem no caso concreto, justamente pela inabilidade do legislador em prever todas as hipóteses fáticas. A integração deve ser feita pelo magistrado, claro, com o devido cuidado argumentativo, respeitando a maximização da aplicação dos direitos fundamentais. (REIS, 2016, p. 369)

Ao final do texto, reconhece que há hipóteses concretas em que há a necessidade de cotejo das consequências da decisão para a justa resolução de questões jurídicas, bem como para reforçar a aplicabilidade dos próprios direitos fundamentais. Alerta, no entanto, que o julgador deve perceber a diferença que há entre o uso de argumentos pragmáticos para aumentar a proteção a direitos e quando são invocados para subjugar-los a certas metas coletivas, posto que há, a depender do viés dado, diferentes "repercussões normativas e funcionais". Conclui retomando a ideia inicial de que, os principais limites ao uso de argumentos consequencialistas derivam do ideal do Estado de Direito e da imposição constitucional de proteção aos direitos fundamentais.

### ***3.2.4 A hierarquização de argumentos jurídicos proposta por Humberto Ávila<sup>39</sup> e o contraponto de Diego A. Werneck<sup>40</sup>***

Diego Werneck Arguelhes utilizando aportes doutrinário de Humberto Ávila escreveu o artigo "Argumentos consequencialistas e Estado de Direito: subsídios para uma compatibilização" em que pretende explicar como "os argumentos consequencialistas podem e devem ser utilizados na interpretação jurídica" afirmando ainda que o critério para se aferir a força de um argumento na decisão judicial seria sua recondução ou não ao ordenamento

---

que os direitos "têm um peso absoluto com respeito às razões do bem público e dos valores perfeccionistas"(RAWLS, John. O liberalismo político., São Paulo: Ática, 2000, p.348-349).

<sup>39</sup> Ver ÁVILA, H., "Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico".

<sup>40</sup> Ver ARGUELES, Diego Werneck. "Argumentos consequencialistas e estado de direito: subsídios para uma compatibilização."

jurídico.

O argumento é institucional se retira fundamenta direto das normas jurídicas vigentes, identificáveis segundo um critério formal e objetivo, e pode ser verificada na prática. A partir deste critério, Humberto Ávila propõe uma hierarquização dos diferentes argumentos de acordo com o seu peso, sendo este aferido a partir da recondutibilidade do argumento ao ordenamento jurídico brasileiro. Esta hierarquização é assim justificada:

Os argumentos institucionais são aqueles que, por serem determinados por atos institucionais - parlamentares, administrativos, judiciais -, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não-institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação.(ÁVILA, 2002, p.07)

Diego Arguelles aduz que, na visão de Humberto Ávila, ser institucional, portanto, é possuir no ordenamento jurídico vigente um ponto de referência objetivo, isto é, um fundamento normativo passível de verificação por outros participantes do discurso. Lado outro, todo argumento prático seria não-institucional e todo argumento não-institucional seria necessariamente um argumento prático. (ARGUELES, 2013, p. 2)

A colocação dos argumentos práticos no degrau mais baixo da hierarquia proposta é justificada por Ávila da seguinte forma:

Os argumentos não institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vistas econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui.(ÁVILA, 2002, p. 18)

Tratando sobre a tributação de livros eletrônicos em debate nos idos dos anos 2002, Ávila utilizando-se de argumento consequencialista (ou não-institucional ou prático) aduziu que considerá-lo como “livro” para fins de incidência da imunidade constitucional prevista no art. 150, IV, b implicaria uma redução significativa na receita estatal, tendo em vista que os livros eletrônicos seriam o futuro com os avanços tecnológicos.

Humberto Ávila (2002,p.18) aceita o uso do argumento consequencialista em juízo, no entanto, lhe atribui peso subsidiário por não ser institucional:

A análise das conseqüências econômicas ou sociais de uma dada interpretação não pode ser reconduzida ao ordenamento jurídico, ao contrário das considerações linguísticas, sistemáticas e históricas. O

argumento não tem por base imediata fundamentos jurídicos, mas sim econômicos. Assim, por força das exigências da separação de poderes e do princípio democrático, este e outros argumentos práticos não poderiam obrigar a decisão da mesma forma que os argumentos baseados no ordenamento jurídico obrigariam – pois a vinculação básica do juiz é com o direito, e não com a eficiência econômica, com a estabilidade política ou qualquer outro estado de coisas desejável segundo um critério de dever ser.<sup>41</sup>

De acordo com o autor gaúcho, uma outra razão para conferir menor peso aos argumentos consequencialistas quando comparado com os institucionais seria o fato destes últimos possuírem como base argumentativa uma ou mais normas jurídicas, o que garantiria à sociedade um fundamento objetivo de análise. Já os os argumentos consequencialistas “apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se portanto às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito”. (ÁVILA, 2002, p.26) Aqui cabe uma crítica à visão de Humberto Ávila, pois como defende-se nesta dissertação, para o uso de argumentos consequencialistas, deve o jurista auxiliar-se da pesquisa empírica e de modelos racionais de decisão, que justamente impediriam o que o autor chama de "opiniões subjetivas e individuais".

Diego Werneck (2013, p.4) ao fazer um contraponto à essa classificação de Ávila, pretende mostrar que

[o]s argumentos “práticos” ou “consequencialistas” podem em muitos casos ser reconduzidos ao ordenamento jurídico vigente (isto é, não são necessariamente não-institucionais) e, conseqüentemente, seu peso que não deve ser a priori definido como subsidiário, já que podem ser decisivos mesmo em casos nos quais os argumentos de fundo linguístico, sistemático e histórico apontam para o mesmo resultado na interpretação de normas jurídicas.

O autor carioca (ARGUELES, 2013, p. 5) afirma ser inidônea a objeção de Ávila de que os argumentos não-institucionais (morais, políticos, filosóficos e econômicos) são necessariamente irracionais. Não haveria uma irracionalidade intrínseca destes argumentos, em que pese poder ser defendido que eles não fornecem base para justificativas adequadas ao tipo de racionalidade que é relevante para o direito.<sup>42</sup> O que faltaria aos argumentos

---

<sup>41</sup>Diego(ARGUELES, 2013, p.5) esclarece: "Vale notar que, como já demonstrou Herbert Hart, os critérios de dever ser pelos quais avalia-se o Direito existente não são necessariamente morais (Cf. "Positivism and the Separation of Law and Morals", 1958). O exemplo do livro eletrônico ilustra com precisão este ponto, pois o que está em jogo no argumento prático mencionado por Ávila é um critério essencialmente econômico: o Direito deveria ser interpretado de modo a incrementar a receita estadual."

<sup>42</sup>Diego continua sua crítica (2013, p. 5): "Sustentar a tese de que argumentos econômicos ou morais são intrinsecamente irracionais é um empreendimento difícil, dada a longa tradição de reflexão sobre modelos de decisão racional ou “correta” tanto no âmbito moral, quanto no econômico. Especificamente no pensamento econômico, o problema da racionalidade de processos decisórios vem sendo trabalhado com muito mais sofisticação do que no âmbito judicial. Cf., a título de exemplificação, as questões e debates abordados por Amartya Sen em Sobre Ética e Economia (1999) e “The Discipline of Cost-Benefit Analysis” (2000).

consequencialistas para Ávila seria a fundamentação jurídica.

Sobre o tema, Cass Sunstein, ao analisar os processos decisórios da Suprema Corte norte-americana, observou que, muitas vezes, os juízes consideravam fundamental antecipar os efeitos de suas decisões, mesmo quando tinham certeza de que a sua resposta para o problema constitucional em jogo estava correta, até mesmo para decidir se iriam decidir.<sup>43</sup> (ARGUELES, p.6)

Considerações extrajurídicas poderiam ensejar que a *Supreme Court* adotasse um juízo eminentemente político. "Argumentos jurídicos podem levar à decisão correta em muitos casos, mas, mesmo nesses casos, argumentos extrajurídicos consequencialistas podem justificar uma não decisão." (ARGUELES, 2012, p.6)

Comparando a postura da Supreme Court e a classificação hierárquica proposta por Humberto Ávila, Diego Argueles (2012, p.8) conclui:

Ambos compartilham um relativo consenso em torno da idéia de que o juiz, exercendo um papel diferente em aspectos relevantes do papel do legislador ou do administrador, ainda que este consenso não se estenda aos fundamentos desta idéia de vinculação judicial ao ordenamento jurídico. Assim, o lugar que os argumentos consequencialistas ocupam no pensamento de Ávila parece ser claro: eles entram em cena quando a discussão "estritamente jurídica" já se esgotou sem que tenha sido possível atingir uma resposta adequada ou determinar um critério para escolher dentre diversas respostas igualmente plausíveis.<sup>44</sup> Há nessas perspectivas uma nítida preocupação em manter a força normativa da idéia de Estado de Direito e de vinculação às decisões tomadas pelos poderes eleitos. Contudo, apesar de adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, a hierarquização de Ávila não explica certos usos de raciocínios consequencialistas na jurisprudência nacional.

A jurisprudência nacional, conforme visto na seção anterior, é rica em julgados em que os argumentos jurídicos fundados na avaliação das consequências da decisão tomam como referência os "modos de ser" do Direito. Não haveria, sob a ótica da jurisprudência, a priori, nenhum entrave à recondução de argumentos consequencialistas a pontos objetivamente verificáveis do ordenamento.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> SUNSTEIN, C. One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court (2001), p.47: "A clue to understanding minimalism is to recognize that in deciding constitutional cases, judges often lack relevant information, and their rulings might have unintended consequences."

<sup>44</sup> Segundo Ávila, "[o]s argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico passam a ser relevantes na interpretação no momento em que a linguagem e o sistema já não proporcionam uma justificação para a interpretação. Se o intérprete consegue construir um significado de acordo com argumentos lingüísticos e sistemáticos, não há razão suficiente para o recurso a outros argumentos." (ÁVILA, Humberto, 2002, p. 20). A rigor, Ávila não afirma que os argumentos não-lingüísticos e não-sistemáticos são extra-jurídicos, mas sim que têm menor embasamento no ordenamento jurídico. Ainda assim, a aproximação com a posição de Nelson Jobim é válida na medida em que, para ambos, a consideração de consequências entra como um "critério de desempate" no momento da tomada de decisão.

<sup>45</sup> Diego A. Werneck (2006, p.17) esclarece: "Não se nega que a pertinência dessa recondução possa sempre ser problematizada no caso concreto, especialmente por meio do questionamento da relação de causalidade apresentada entre a decisão e o mundo possível. Ainda assim, esse tipo de objeção deve ser feita caso a caso, não em tese; além disso, a própria problematização da relação de causalidade em um caso específico já pressupõe a possibilidade em tese de recondução de argumentos consequencialistas a normas jurídicas."

De acordo com a jurisprudência analisada, os argumentos consequencialistas não seriam incompatíveis com os ideais do Estado de Direito e da Separação de Poderes. Em certos casos, "argumentar com base nas consequências pode ser uma maneira específica de obedecer a normas jurídicas, voltada para a promoção de estados de coisas cuja consecução o ordenamento institui como obrigatória. Assim, muitos argumentos fundados nas consequências podem ser reconstruídos como argumentos institucionais." (ARGUELES, p.17)

Nessa ótica, os argumentos consequencialistas funcionariam como argumentos sistemáticos ou "contextuais" nos termos de Humberto Ávila, pois tratariam da combinação teleológica entre outros princípios e a norma objeto de interpretação. Portanto, analisar as consequências da aplicação de uma norma mostraria como ela deve ser interpretada de forma sistemática em relação às demais normas do ordenamento.

No exemplo trabalhado por Ávila, referente à imunidade do livro eletrônico, Diego Werneck (2006, p.18) afirma ser possível argumentar que a tributação destas obras impediria um pleno exercício da liberdade de manifestação de pensamento, principalmente porque deixaria de dar máxima efetividade ao referido direito fundamental. Ou seja, livros eletrônicos mais caros permitiriam menos acesso à leitura e menos possibilidades de manifestação dos indivíduos. A relação sistemática entre as duas normas em jogo só ficaria evidente se o intérprete considerar as consequências, ainda que em prognose.

Um ponto relevante da crítica feita pelo autor carioca é de que "não se pode afirmar que todo e qualquer argumento que apele a consequências ou efeitos práticos de um curso decisório vá ser necessariamente não-institucional." Para ele, contrariando Ávila, não haveria relação identitária entre argumentos não-institucionais e argumentos práticos, como associado pelo escritor gaúcho. Assim, apesar de concordar com a premissa de que argumentos não-institucionais devem possuir, de fato, um peso relativo menor na justificação de decisões judiciais, como advogado por Ávila, contrapõe-se a uma inferência perene, posto que um argumento consequencialista nem sempre ofereceria uma impossibilidade de recondução ao ordenamento jurídico, de modo que seria precipitado atribuir-lhe por definição um peso subsidiário.

Nesse sentido, um argumento consequencialista ou "prático" poderia sim ser reaviado ao ordenamento jurídico, principalmente quando houver princípios envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica.



Frise-se que o artigo foi escrito em 2012, portanto, distante das mudanças erigidas pela lei nº 13.655/2018. Em que pese a longo período entre a edição da norma que alterou a LINDB e a publicação do artigo, o referido autor já anunciava que o argumento consequencialista não teria aplicação subsidiária quando fosse reconduzido ao ordenamento jurídico, como no caso de colisão entre princípios, posição ao qual se adere.

### ***3.2.5 Luis Fernando Schwartz e os três tipos de consequencialismo: festivo, militante e malandro***

No célebre artigo "Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem" Luis Fernando Schwartz criou, de forma crítica, três tipos ideais para a descrição e a investigação empírica de atitudes consequencialistas no direito: o consequencialismo festivo; o consequencialismo militante e o consequencialismo malandro. Essa tríade conceitual pretende categorizar os diversos comportamentos efetivos dos agentes que participam do sistema jurídico nos mais diferentes papéis (advogados, juristas, juízes etc.) quando utilizam-se de argumentos consequencialistas.

Para ele, "o valor normativo de cada um destes três tipos de consequencialismo jurídico dependerá das circunstâncias." E, em que pese os adjetivos possam transparecer carga negativa, o autor faz questão de afirmar que não seria apropriada uma atitude rígida de reprovação perante qualquer dos tipos.

Os tipos de consequencialismo jurídico citados por Luis Fernando teriam diferenças entre si, suficientes para demarcarem classificações distintas, mas há pontos em comum. Um deles é a "oposição de resistência aos resultados de decisões alternativas às preferidas e determinadas por aplicações prosaicas de regras jurídicas." (SCHUARTZ, 2008, p. 151).

Nesse sentido, se o resultado obtido com a solução de um caso concreto, considerando-se a aplicação apenas de regras, for diverso daquele desejado pelo usuário da estratégia, entram em cena as estratégias argumentativas subsumidas nos tipos de consequencialismo citados acima. Portanto, em razão da possibilidade de se afastar decisões cuja aplicação por silogismo, no caso concreto, irá produzir resultados distintos dos desejados pelo decisor ou por outros participantes da situação de decisão, que se monta a estratégia consequencialista. (SCHUARTZ, 2008, p. 151).

O autor inicia caracterizando o consequencialismo festivo. Uma das principais características seria o "desprezo ao modo convencional de solução de problemas jurídicos

praticado profissional e usualmente por juristas e juízes e treinado nas faculdades de direito." No lugar da atualização de técnicas anacrônicas, o consequencialismo festivo advoga uma "ampla desdiferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas, comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito." (SCHUARTZ, 2008, p. 152)

Afirma que seus dois principais atributos, a atitude crítica diante da prática dos juristas e juízes, e a superficialidade e seletividade na escolha dos seus insumos teóricos e metodológicos, não atuam para melhorar o que o autor chama de vício no pensamento jurídico brasileiro: o da importação elitista para uso meramente ornamental, de fragmentos de doutrinas e teorias científicas e filosóficas que se encontram em voga nos centros culturais. (SCHUARTZ, 2008, p. 152)

Já o consequencialismo militante "caracteriza-se por não se deter diante das regras do direito positivo e não se preocupar em reestruturar as suas referências normativas na forma de programas condicionais prévia e cuidadosamente lapidados com as ferramentas da dogmática jurídica." (SCHUARTZ, 2008, p. 152).

Diferencia-se do consequencialismo festivo, por estar mais alinhado à tradição e à fundamentação decisional em normas, valendo-se, ao menos nominalmente, das formas tradicionais de interpretação do direito. Utiliza-se da aplicação direta de princípios constitucionais e da técnica de "ponderação de interesses", alinhando-se aos vários movimentos de constitucionalização do Direito, em substituição à dogmática jurídica. (SCHUARTZ, 2008, p. 152).

O consequencialismo militante teria como engodo "a reverência nominal à Constituição, articulada em um discurso que combina, retoricamente, respeito à tradição e sua adaptação às necessidades do momento." (SCHUARTZ, 2008, p. 152). Se a decisão judicial fundada em regras infraconstitucionais produzir resultados que contrariam aquilo que exige um princípio constitucional, estaria caracterizada, se conveniente ao intérprete, a inconstitucionalidade da regra, invalidando sua produção de efeitos.

O problema, segundo Schuartz, é que o recurso às consequências, seria utilizado deliberadamente como forma de conduzir a discussão para a indeterminação: o julgador que faz uso de, por exemplo, um argumento consequencialista em prognose, pode não prová-lo aos seus pares, mas estes, ainda que discordem, tampouco poderão provar, peremptoriamente, a sua negação. O perigo dessa *praxis* é que, no direito, diferentemente de outras ciências, a solução cabe à autoridade judicante competente, que decide pondo fim à controvérsia segundo

o seu convencimento subjetivo. Portanto, se quem milita for a autoridade julgadora, haverá parcialidade e decisionismo arbitrário.

Luis Fernando (2008, p.153) ao comparar o consequencialismo festivo ao militante aponta a principal diferença

A principal diferença entre o consequencialismo festivo e o consequencialismo militante está em que o primeiro encosta-se em teorias e métodos cientificamente credenciados, ao passo que o segundo opera teórica e metodologicamente desamparado. A aplicação entusiasmada, mas pouco rigorosa da ciência econômica, uma das marcas do consequencialismo festivo, não lhe retira a aptidão de referir-se a ela para constringer seus oponentes na argumentação jurídica. Ainda que não prove rigorosamente as suas propostas positivas de associação entre alternativas de decisão e conseqüências, um pronunciamento solene de expressões retiradas da literatura econômica poderia tornar manifesta, ao juiz, a fragilidade das suas convicções sobre a referida associação, induzindo-o, assim, a limitar-se a métodos mais familiares (não consequencialistas) de decisão. A argumentação festiva é capaz de alertar o julgador para o que este deveria saber a fim de afirmar com alguma certeza que tal conseqüência seguir-se-á de tal decisão e, como este conhecimento estará indisponível para resolver o litígio, inibir-lhe o impulso consequencialista.

Na dinâmica decisória do consequencialismo militante, o decisor identifica a parte que representa a causa de sua militância e coloca a argumentação da decisão a serviço da sua justificação, se necessário por meio de argumentos consequencialistas como forma de relativização da força da lei, engendrados pelo uso dos princípios constitucionais. Assim agindo, ameaça-se a segurança jurídica, ao tentar substituir-se a outros poderes públicos na formulação e implementação de políticas cuja necessidade poucos se atreveriam a negar.

Por fim, o autor aborda o que chama de "consequencialismo malandro". Seria um tipo de consequencialismo que envolveria a criação de novas figuras dogmáticas que permitiriam resolver um caso no sentido desejado e contrariamente à maneira até então predominante de solução jurídica de casos semelhantes.

Diferentemente dos demais tipos de consequencialismo,

[A] malandragem, assim concebida, é um tipo de estratégia que recorre à ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem. É quando o direito positivo, tal como interpretado e aplicado, não oferece caminho para a justificação de uma determinada decisão judicial, que entra em cena o consequencialismo malandro, abrindo passagem para a decisão pretendida por intermédio da construção de conceitos e distinções que conduzam à referida decisão e a façam aparecer como desde sempre juridicamente admissível e adequada ao caso concreto. (SCHUARTZ, 2008, p. 152)

Schultz afirma que esse tipo de consequencialismo é mais sofisticado que os anteriores, em razão de prescindir de amplo conhecimento de teoria do direito e de dogmática jurídica. Teria como ponto alto a possibilidade de gerar ferramentas de inovação para o direito, em razão da aplicação da dogmática ser talhada para um determinado caso

concreto. Inobstante, Luis Fernando afirma que deve haver uma pretensão de generalidade nessa inovação para separar a malandragem do oportunismo, do clientelismo e da corrupção. "Em suma, o consequencialismo malandro cria, redesenha e eventualmente aperfeiçoa a dogmática jurídica para colocar a seus serviços, ainda que pontualmente e para o caso, um ordenamento jurídico recalcitrante."(SCHUARTZ, 2008, p.156)

A preocupação do autor, no entanto, focam na possibilidade de as inovações produzidas para o caso concreto desaparecerem sem gerar impacto positivo seja como doutrina seja como precedente. Se isso ocorrer, o beneficiário desse consequencialismo malandro figurará como um privilegiado, convergindo todo o esforço intelectual para o oportunismo e corrupção.

Nesse sentido, o autor conclui que os tipos de consequencialismo analisados se caracterizam pela rejeição de decisões resultantes da aplicação de leis ordinárias e que isso já seria suficiente para colocá-los sob suspeita. Assim, recomenda autocontrole e parcimônia no manuseio de argumentos consequencialistas. Ressalva que as constitucionais contém determinações cujo cumprimento somente será factível mediante os esforços coordenados dos três poderes, e que há situações nas quais a impaciência do Poder Judiciário com a aparente falta de iniciativa dos outros dois atingiria níveis insuportáveis aos direitos individuais. Mas, tal caminho argumentativo deve ser evitado e preferido o uso dos canais institucionais adequados, notadamente o voto, os compromissos políticos e as mobilizações populares. (SCHUARTZ, 2008, p.158)

Apenas para fins de contraponto, no início do artigo, o autor esclarece que não realizou pesquisa empírica sociológica que lhe fornecesse substrato para dividir a tríade conceitual como o fez. Contraditoriamente, ele mesmo fez o alerta de que tal seria essencial, em suas palavras:

O sucesso da proposta de classificação nesta segunda dimensão requererá uma análise cuidadosa de fatos (não apenas de natureza documental, como decisões judiciais ou artigos acadêmicos) capazes de indicar atitudes (ou posicionamentos) que governam estratégias de argumentação voltadas à justificação de decisões judicantes. De que tipo seriam esses fatos, onde buscá-los, como avaliá-los etc. são questões metodológicas sobre as quais o presente artigo nada diz. Minha aposta é que poderão ser respondidas sem maiores dificuldades por pesquisadores interessados em estudar o fenômeno do consequencialismo jurídico no Brasil de uma perspectiva sociológica. O desafio, por ora, é mapear o terreno conceitual, e é a isso que se dedica o resto do texto. (SCHUARTZ, 2008, p. 150)

Data venia, ao classificar tipos de consequencialismo com base em comportamentos argumentativos de agentes jurídicos, sem o auxílio da pesquisa empírica do

campo do saber idôneo, como a psicologia ou a sociologia, o próprio autor incorreu numa de suas críticas, posto que sua postura se deu quase de forma militante.

Inobstante, o artigo se presta para, ao menos, apontar para a necessidade de maior pesquisa empírica no Direito, além de indicar, através de alegorias caricaturais, o perigo do uso de argumentos consequencialistas sem uma metodologia cuidadosamente estabelecida previamente e com a expertise necessária.

#### **4 PROPOSTAS PARA EVITAR ABUSOS NO USO DO ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA: PESQUISA EMPÍRICA, JURIMETRIA E MODELO TOULMIN**

Conforme já visto nos tópicos anteriores, apresentou-se o consequencialismo dentro da filosofia; na sequência sua irradiação pelo Direito através do utilitarismo, o pragmatismo filosófico e jurídico e a análise econômica do Direito.

Passou-se então a verificar como o consequencialismo está presente no ordenamento jurídico brasileiro e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Na sequência, serão apresentadas propostas para se evitar abusos no uso do argumento consequencialista em juízo. Como o consequencialismo, de forma geral, envolve a interdisciplinaridade entre o Direito e Economia, Direito e Estatística, Direito e Sociologia, Direito e Psicologia, dentre outros, por mais que determinado juiz possa ter preparo formal em ciência outra que não a jurídica, o conhecimento especializado lhe faltará na maioria das vezes. Para suprir-lhe a falta e lhe dar conhecimentos que trarão legitimidade extra à sua decisão, o magistrado deverá cercar-se de dados falsificáveis, obtidos através da pesquisa empírica, incluindo-se a jurimetria.

Nesse sentido, refletindo a preocupação de maior cientificidade jurídica e compreensão dos dados para efetividade e legitimidade do Direito, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 331, de 20 de agosto de 2020.

O referido ato normativo instituiu a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ para os tribunais indicados nos incisos II a VII do art. 92 da Constituição Federal.

Sob esse contexto, revela-se importante ao menos conhecer noções sobre o que é a pesquisa empírica e qual sua metodologia, para que, eventualmente, um juiz saiba como iniciá-la em um dado processo sob sua jurisdição. Até porque o *insight* inicial foi dado pela maioria das teorias oriundas do consequencialismo, quais sejam, o pragmatismo filosófico e jurídico, o realismo e a análise econômica do Direito.

Ao final, será apresentado o layout de argumentos criado por Stephen Toulmin. Como será visto, seu mérito para este trabalho é possibilitar uma análise estrutural dos argumentos consequentialistas de forma a minimizar abusos discricionários na prática jurídica.

#### 4.1 Pesquisa Empírica

Pontes de Miranda (1979, p.213-214) já apontava a importância da pesquisa no Direito:

Para indicar como seria possível uma boa reforma da magistratura seria preciso ter um conhecimento de que não disponho, isto é, saber o número de processos em cada vara, lugar de cada vara e de cada tribunal, número de juizes dos tribunais, qual o horário que fazem e a distribuição dos feitos. É um assunto que deve ser estudado a fundo. Não é possível recorrer à improvisação para fazer a reforma.

Para produzir novos conhecimentos científicos é necessário desenvolver uma pesquisa científica. Para começar, o primeiro passo é entender o que é uma pesquisa científica. O primeiro conceito importante é a definição de ciência. De acordo com Beatriz Coelho(2018, online), a ciência compreende os conhecimentos que se obtém a partir de investigação e de estudos, para encontrar solução de algum problema. Então, para ser científica, a pesquisa deve ser passível de validação e de demonstração, através de investigações e experimentações.

A pesquisa científica é, portanto, um tipo de pesquisa que segue padrões metodológicos rigorosos e que é passível de teste. Suas conclusões podem ser racionalmente validadas, justificadas, replicadas e alcançadas através de estudos, observações e experimentações. (COELHO, 2018, online)

O desenvolvimento de uma pesquisa científica passa, de forma obrigatória, pela compreensão de que a ciência atende a um procedimento metódico cujo objetivo é conhecer, interpretar e intervir na realidade. Isto é, a pesquisa científica se compõe principalmente de três elementos: a observação, a experimentação e as leis. Esse é, em linhas gerais, o método científico. (COELHO, 2018, online)

A pesquisa empírica, também chamada de pesquisa de campo, pode ser entendida como "aquela em que é necessária comprovação prática de algo, especialmente por meio de experimentos ou observação de determinado contexto para coleta de dados em campo." (TUMELERO, online)

A escolha da metodologia de, por exemplo, uma monografia, ou dissertação passa pela pesquisa empírica, pesquisa teórica ou prática. Inclusive, a depender do objeto, poderão ser somadas.

Nádia Tumelero (2019, online) relaciona a teoria com a pesquisa empírica:

Na relação com a teoria, a pesquisa empírica serve para ancorar e comprovar no plano da experiência aquilo apresentado conceitualmente, ou, em outros casos, a observação e experimentação empíricas oferecem dados para sistematizar a teoria. A valorização desse tipo de pesquisa é pela possibilidade que oferece de maior concretude às argumentações, por mais tênue que possa ser a base fatural. Então, a principal finalidade desta pesquisa é testar hipóteses que tratam de relações de causa e efeito. Neste sentido, o significado dos dados empíricos depende do referencial teórico, mas estes dados agregam impacto pertinente, sobretudo no sentido de facilitarem a aproximação prática.

No que toca mais à pesquisa para o Direito, em importante publicação de 2011 do IPEA (Instituto de Pesquisa Economica Aplicada) sobre o tema da pesquisa empírica em direito, Paulo Eduardo Alves da Silva e Alexandre dos Santos Cunha(2013, p.11) escreveram que “[a] pesquisa em direito no Brasil especializou-se na norma como dever ser, deixando um pouco de lado o conhecimento da norma como ser, como ela acontece na realidade”.

Em razão do aumento na complexidade e variedade das demandas, os juristas devem aprender a refletir sobre como institutos jurídicos são de fato aplicados. Mas, muitas vezes, a reflexão sobre o sentido da pesquisa empírica no âmbito jurídico vem acompanhada de uma defesa contrária em relação às pesquisas lastreadas na hermenêutica jurídica, voltadas à sistematização e à adequada reflexão sobre o sentido das normas legais. Nesse sentido (CUNHA; SILVA; 2013, p.12):

O objeto e os métodos de trabalho da pesquisa empírica em direito também são sensivelmente distintos dos da pesquisa jurídica tradicional. A investigação empírica é essencialmente coletiva e interdisciplinar, bem distinta da pesquisa bibliográfica individual de gabinete. Em lugar da interpretação da norma, a pesquisa empírica investiga os meandros de sua produção e os efeitos de sua aplicação. Em vez de discutir os limites da competência que as leis atribuem a cada órgão incumbido de poder público de decisão, investiga como esses órgãos e principalmente como os seus membros pensam e atuam em concreto. Em vez de tentar buscar a norma em estado puro, conscientiza-se da relevância do contexto social em que ela opera. Do ponto de vista operacional, além da pesquisa bibliográfica, o pesquisador empírico se vê constantemente envolvido em rotinas burocráticas estranhas ao seu meio, elaborando propostas de trabalho, negociando termos de referência, contratando projetos, desenhando e executando atividades de campo, consolidando e analisando dados ou elaborando relatórios, até mesmo a sua rotina profissional é distinta. A própria profissionalização da pesquisa, fenômeno recente e vital para a pesquisa

empírica, nunca foi uma condição para a produção dogmática tradicional em direito no Brasil.

Em razão dessas diferenças, eram poucas as oportunidades nas quais o pesquisador empírico em direito podia dialogar entre pares. E algumas questões ficam em aberto. Estaria ele fazendo pesquisa em direito ou em outra área do conhecimento? É propriamente jurídica a pesquisa que emprega métodos e técnicas de investigação desenvolvidos por outras ciências humanas e sociais aplicadas? Afinal, o que é a pesquisa em direito? (CUNHA; SILVA; 2013, p.12)

É notório que a maior parte das "pesquisas jurídicas" se estabelecem em torno da interpretação das normas jurídicas, utilizando-se de doutrina e jurisprudência. Inegável, no entanto, que a interpretação das normas jurídicas é a atividade central do jurista. Ainda que existam elementos extrajurídicos a serem estudados e necessitem de um olhar mais cuidadoso do magistrado, parte substantiva da 'realidade empírica' com que se debruça o pesquisador em direito diz respeito ao modo pelo qual as normas jurídicas são interpretadas. (PORTELA, 2021, online)

Ian Robinson e Francis John introduzem o capítulo destinado à pesquisa qualitativa em direito, na obra "Research Methods for Law", referindo-se às pesquisas doutrinárias como modalidades qualitativas de pesquisa empírica em direito. Seguindo Epstein e King, os autores sustentam que o elemento central de uma pesquisa empírica é a referência a fatos. E fatos podem ser históricos, contemporâneos, fundados em entrevistas, análises estatísticas, derivados de arquivos públicos ou baseados na legislação e na jurisprudência. (PORTELA, 2021, online)

Nessa perspectiva, a tradicional pesquisa jurídica pode, sim, se afirmar como pesquisa empírica, na medida em que lida com elementos fáticos como o conteúdo normativo da legislação, os debates jurisprudenciais e a própria doutrina.

Um boa análise empírica lastreada na análise de dados estatísticos pode partir de consulta à legislação e à jurisprudência. Um grupo de pesquisa, por exemplo, poderia se estruturar em unidades diferentes para pesquisar um determinado aspecto da realidade estudada. Uma primeira unidade poderia se dedicar ao estudo da legislação, da doutrina e da jurisprudência. Outras unidades, por sua vez, poderiam se dedicar a identificar problemas com a interpretação corrente a partir de perspectivas sociológicas, econômicas ou políticas, bem como elaborar propostas hermenêuticas ou de reforma política da legislação para solucionar os problemas identificados. (PORTELA, 2021, online)



A pesquisa jurídica pode se beneficiar da adoção de métodos empíricos desenvolvidos em outras ciências. A utilização de métodos estatísticos, entrevistas projetadas de maneira metodologicamente consistente, estudos sociológicos, abordagens antropológicas e mesmo estudos econométricos podem ajudar a desvendar a lógica operacional do direito. Mas, desconsiderar o próprio objeto de estudo tradicional da ciência jurídica – a norma – como parte inerente da realidade estudada seria um equívoco. Normas existem e são interpretadas por indivíduos e instituições. São, portanto, ponto de partida essencial a qualquer estudo empírico sobre o direito. (PORTELA, 2021, online)

A pesquisa empírica em direito, portanto, é qualquer investigação apoiada sobre fatos que interessem ao direito. Assim, caracterizam-se como pesquisas empíricas investigações históricas, pesquisas filosóficas que tenham por objeto a sistematização de determinados dados sobre o direito, pesquisas que objetivem demonstrar que determinada interpretação normativa é mais compatível com as finalidades jurídico-constitucionais do ordenamento do que outras. Tais abordagens sempre partem do exame de fatos concretos, e não de controvérsias metafísicas. (PORTELA, 2021, online)

Evidentemente, existem pesquisas não empíricas em direito. É, por exemplo, o que Kelsen tentou elaborar em sua Teoria Pura do Direito — um modelo epistemológico de reflexão sobre o direito. Ou o que John Rawls, em sua Uma Teoria da Justiça, buscou desenvolver como metodologia construcionista no tocante à ideia da posição original. Mas o caráter abstrato de tais reflexões não é a regra dos trabalhos desenvolvidos como fruto da pesquisa jurídica. (PORTELA, 2021, online)

Os defensores da ‘pesquisa empírica em direito’ queriam destacar que a pesquisa jurídica precisa incorporar novos métodos de trabalho. De fato, as pesquisas tradicionalmente desenvolvidas nas faculdades de direito, fundadas apenas na pesquisa bibliográfica e de jurisprudência, precisam acrescentar um novo panorama. São necessárias, evidentemente, mas não esgotam as possibilidades da pesquisa jurídica. (PORTELA, 2021, online)

Importante ressaltar as observações feitas por Luís Fernando Schuartz(2008, p.133)

Em suma, juízos consequencialistas exibem uma estrutura dual, com cada elemento que os compõe (i. e., o descritivo e o normativo) estando sujeito a diferentes condições de racionalidade que, em conjunto, definem os critérios de adequação do juízo como um todo. A explicitação dessa estrutura e das condições de racionalidade que incidem sobre os seus componentes é um importante passo preparatório para diferenciações conceituais relevantes e pesquisas empíricas realmente informativas acerca de padrões de decisão mais recorrentes no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Algumas dessas pesquisas, apesar de louváveis pelo pioneirismo, pela

criatividade ante a escassez dos dados e pela coragem no combate às reações hostis e preconceituosas, pecam por imprecisões conceituais e por uma insuficiente complexidade teórica que lhes retira boa parte dos méritos acadêmicos.

Paulo Eduardo Alves da Silva (2013, p.18), afirma que a pesquisa empírica estaria sendo cada vez mais aplicada por alunos das faculdades de Direito, alçando-se como opção metodológica nos trabalhos de conclusão. E isso permitiria, inclusive, que a discussão do ensino e da pesquisa em direito no Brasil ganhasse novos contornos. Isso porque a ciência jurídica ganharia maior rigor metodológico e interdisciplinaridade, principalmente pelo contato com pesquisadores de outras áreas. Outro ganho viria a reboque e seria a renovação da dogmática jurídica.

O autor paulista aduz, todavia, que utilizar-se de pesquisa empírica não é tarefa fácil:

[A] discussão, o planejamento, a elaboração de instrumentos, a realização de testes, os treinamentos, a coleta em si, a sistematização dos dados, a checagem, o retorno a campo, as multivariadas análises, as reanálises, a elaboração dos relatórios... tudo isso toma meses, às vezes anos, de intenso trabalho e, principalmente, de trabalho em grupo, coletivo – o que, sabemos, é um considerável incremento de complexidade frente à tradicional pesquisa de gabinete.

Carlos Alberto de Salles(2013, p.30) observa que há uma "solidão metodológica", um isolamento da dogmática jurídica diante de outras disciplinas. Por isso, entende que a resposta para saber e conhecer os limites da realidade para as normas jurídicas seja a pesquisa empírica.

A dogmática seria para os juristas, o "material básico de conhecimento, por meio do qual se manipula o conhecimento legal e jurídico fundamentalmente para decidir. (...)o conjunto de conhecimentos de que o jurista precisa para decidir ou para propiciar a terceiro condições para uma tomada de decisão envolvendo o fenômeno da normatividade, tanto estatal como social."(CUNHA; SILVA; 2013, p.30)

Em um campo de saber sem tantos influxos contingentes como o comportamento humano, fica mais fácil realizar a pesquisa empírica. Assim, quando o jurista se lança ou é confrontado com um dado empírico, ele acaba sofrendo uma profunda desorganização em sua maneira de pensar. Para o profissional do direito, o apelar à realidade empírica é um mal, fragiliza-o, coloca-o em uma situação de vulnerabilidade diante do seu próprio conhecimento. A contingência e a complexidade do real desafiam o seu pensar.(CUNHA; SILVA; 2013, p.30)

Carlos Alberto de Salles (CUNHA; SILVA; 2013, p.31) afirma que existem três desestruturações mínimas que o jurista acostumado com a pesquisa jurídica tradicional se

deparara ao aplicar a pesquisa empírica. A primeira é a fragilização do discurso jurídico em razão da constatação empírica de sua ineficácia.

O discurso jurídico teria como característica central a imputação de valor. O dever ser então seria a afirmação de valores encontrados na norma e projetados na sociedade. E esses valores seriam relativizados quando expostos à realidade dos fatos. Carlos Alberto cita como exemplo o princípio da igualdade. O que acontece na prática? Diversas pesquisas empíricas realizadas em cadeias públicas mostram que a maioria dos detentos são negros e oriundos de camadas de baixa renda. E isso denotaria que o princípio da igualdade não funcionaria na prática.

Uma segunda desestruturação seria a sistêmica, isto é, do próprio sistema jurídico. "O jurista, até pela necessidade de estabilização do seu pensamento e do seu modo decisório, precisa enxergar o direito – a contribuição kelseniana leva a esse sentido – como um sistema, uma concatenação de normas que fazem um sentido, não apenas exteriormente, mas também entre si." Por essa razão, a noção de sistema é muito cara aos estudiosos do direito. Nesse aspecto, mais uma vez, a ciência dos fatos acaba mostrando que o sistema não funciona como deveria funcionar. Se nós pegarmos a CF mesma, a norma de maior hierarquia, vamos ver que há direitos só no papel, que não são minimamente efetivos. Nossa Pandora, que é a pesquisa empírica, libera a consciência de que há conceitos que não funcionam. O Judiciário, como objeto de pesquisa, desvenda-se muito distante daqueles princípios que deveria seguir. Tome-se o acesso universal à jurisdição estatal, por exemplo. A empiria desestrutura a noção de sistema que, longe dos fatos, parece funcionar. O autor afirma que "em geral, o jurista tradicional, não gosta da pesquisa empírica, porque os dados fáticos o incomodam."

Em último lugar, seria a desestruturação funcional da dogmática jurídica. relativa "ao próprio *modus faciendi* de como o jurista trabalha". Por quê? Porque é preciso trabalhar com um dado empírico, um dado que é móvel, que é relativo, que é referenciado no tempo. Portanto, a maneira tradicional como o profissional do direito trata os fatos não funcionaria adequadamente nessas condições. Como trabalhar com fatos que vão contra a lógica normativa?

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 69309-SC(Brasil, 20xx, online), que tratava como pano de fundo o ônus dinâmico da prova no processo civil, discutia sobre a responsabilidade civil em razão de um certo erro médico. O juiz de 1ª instância prolatou sentença lastreado em dados técnicos que ele mesmo pesquisou, para decidir se havia imperícia médica na cirurgia. Entretanto, esses dados não constavam do processo e nem derivavam de etapa probatória produzida no curso do processo. Citou esses dados e anexou as

fontes à sua decisão. O caso foi parar no STJ, para saber se esses dados seriam ou não prova, pois se fossem não teriam sido submetidos ao contraditório e isso, em tese, nulificava a sentença. O STJ afastou a argumentação quanto ao contraditório, para definir que aquelas informações técnicas não seriam um dado de fato, mas apenas a forma pela qual o juiz construiu o seu senso comum para permitir o julgamento. Esse caso serve para demonstrar como o dado técnico, empírico, é um "incômodo" para o jurista no plano concreto.

Pode-se citar também casos relacionados ao direito penal, em que a quantidade de droga pode definir se o indivíduo é usuário ou traficante de drogas. Um indivíduo que fosse detido próximo a uma boca de fumo com vinte pedrinhas de crack. A primeira vista e sem muitos elementos acessórios como quantidade de dinheiro encontrada com o flagranteado, petrechos para manufatura ou endolação, é razoável imaginar que 20(vinte) pedras é suficiente para evidenciar o propósito de tráfico.

Carlos Alberto de Salles quando atuou como procurador de Justiça em caso semelhante, obteve dados de uma pesquisa médica que concluía sobre o volume médio de pedras que um viciado em crack fumava por semana. E para espanto do procurador, a média era superior àquelas vinte pedrinhas do caso que ele trabalhara. Então, sustentou que o tipo penal mais adequado à conduta do acusado seria o art. 28 e não 33, ambos da lei 11.343/2006. Em que pese o esforço pragmático, o referido autor afirmou que o tribunal não tomou conhecimento de sua alegação baseada no dado empírico<sup>46</sup> (CUNHA; SILVA; 2013, p.32)

O professor paulista afirma que nos Estados Unidos, por várias razões, o dado de fato tem mais consideração na construção do pensamento jurídico e na maneira de decidir. Para ele(CUNHA; SILVA; 2013, p.32),

A própria *common law* e a maneira pela qual a normatividade nela se produz, a existência do júri, mesmo para causas cíveis, e o impacto do legal realism, que chegou à Suprema Corte americana, são fatores que talvez expliquem essa diferença. O caso *Brown vs. Board of Education*, por exemplo, é um dos casos mais importantes da jurisprudência norte-americana, pois quebrou o sistema do apartheid. Se lermos as opiniões (votos) dos julgadores, vemos que eles trazem vários dados de fato, referem-se a dados de psicólogos mostrando o impacto negativo da discriminação entre raças. Tenho a impressão de que nos Estados Unidos o direito consegue dar um tratamento melhor para os dados de fato nas decisões jurídicas, justamente pela tradição pragmática em buscar o contextualismo, o consequencialismo e o antifundacionalismo.

Do exposto, pode-se concluir que a pesquisa empírica realizada com metodologia traz para o direito e para a dogmática jurídica a possibilidade de um aprimoramento científico, no sentido de auxiliar os juízes a produzir decisões mais aderentes à realidade social.

---

<sup>46</sup> Ver TJSP, Apelação Criminal nº 0048476-70-2010-8-26-0050.

## 4.2 Jurimetria

De acordo com Marcelo Guedes Nunes (2019, RB-5.1), a expressão jurimetria foi utilizada pela primeira vez no artigo *Jurimetrics: the next step forward*, publicado por Loevinger em 1949. A influência do realismo americano no trabalho citado seria evidente, a começar pelo título do artigo, que faz referência ao texto clássico de Karl Llewellyn, *A realistic jurisprudence: the next step*. Loevinger mostra-se um adepto das principais críticas dos realistas à pesquisa tradicional, especialmente a rejeição às concepções mecanicistas do Direito, à confusão conceitual da teoria jurídica, à tomada de decisão baseada em suposições e à necessidade de previsões acuradas substituírem opiniões idiossincráticas. O Direito precisava se libertar de suas superstições e se apropriar de métodos científicos de análise, livrando-se dos velhos especialistas e de seus argumentos de autoridade.

Portanto, a Jurimetria seria um passo adiante daquele dado pelo realismo americano algumas décadas antes. Loevinger, contudo, não definiu o conceito de Jurimetria, muito em razão do antifundacionalismo que caracterizava o realismo jurídico.

Marcelo Guedes Nunes (2019, RB-5.1) lado outro tratou de conceituar:

A Jurimetria propõe um giro epistemológico, análogo àquele proposto pelos realistas, deslocando o centro de interesse da pesquisa do plano abstrato para o plano concreto. O conceito norteador deste giro é que o Direito efetivo, aquele capaz de afetar a relação entre sujeitos, corresponde às sentenças, acórdãos, contratos e demais ordens jurídicas produzidas no plano concreto. A lei é uma declaração de intenções do legislador, que muitas vezes se mostra plurívoca, contraditória e lacunosa. Para a jurimetria, é no plano concreto que o Direito se revela, sendo a lei apenas um dos fatores - ao lado dos valores pessoais, religião, empatia, experiência pessoal de vida e outros tantos -, capaz de influenciar o processo de concretização das normas do Direito.

Assim, a Jurimetria exigiria, ao tomar o caso concreto como norte, a adoção de uma nova metodologia, a Estatística. O computador atuaria como ferramenta para alimentar e extrair dados, e estes seriam o insumo da Jurimetria. Esta agregaria outras funcionalidades para o direito, como por exemplo, permitir o estudo do comportamento coletivo dos agentes jurídicos, cujas causas e características, "por conta descontinuidade entre o particular e o geral, não se confundem com aquelas próprias do comportamento de cada indivíduo. Através dela, anotam-se padrões regulares no comportamento conjunto das pessoas que respondem a causas coletivas."(NUNES, 2019, RB-5.1)<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Marcelo Guedes(2019, RB-1) cita como exemplo o suicídio. Cada suicida têm razões personalíssimas para tal ato extremo. Em que pese as causas particulares explicarem as motivações de um suicida, causas coletivas podem explicá-lo como fato social constante em determinadas sociedades. E isso através do ferramental da estatística.

Marcelo Guedes afirma que a estatística aplicada pode auxiliar no controle de incertezas no Direito. Os advogados, por exemplo, querem controlar o resultado do processo, para satisfazer o cliente. Os juízes buscariam prever e controlar as consequências de sua decisão, para ser o mais justo possível. Os legisladores trabalham para prever e controlar o resultado de sua política pública, com fins de melhoria social. Portanto, os atos e decisões dos operadores do Direito seriam tomados no presente, mas voltados para o futuro. Por outro lado, o Direito pode estimular ou reprimir condutas humanas por meio de sanções positivas e negativas. Quanto mais o próximo o comportamento das pessoas ficar do comportamento esperado pela ordem jurídica, mais organizada será a sociedade e efetiva a lei.(NUNES, 2019, RB-5.1)

Na síntese de Marcelo Guedes:

Nesse ponto, a estatística pode ser utilizada no estudo dos comportamentos coletivos em função das normas jurídicas, seja para entender como elas são produzidas ou, ainda, como se conformam à reação dos destinatários quando são aplicadas, gerando como resultado a criação de modelos capazes de aproximar os resultados produzidos pela ordem jurídica das expectativas e aspirações da sociedade. Assim, o juiz pode compreender melhor as consequências de sua decisão, o advogado pode entender os fatores que interferem na sua estratégia e melhor orientar seu cliente e o legislador pode antecipar os resultados das propostas políticas discutidas no legislativo. (...)Em uma frase, a proposta da Jurimetria é entender como a ordem jurídica funciona na prática. (NUNES, 2019, RB-5.1)

Esse conjunto de métodos estatísticos então seria capaz de angariar informações objetivas sobre o funcionamento da ordem jurídica, realizando, inclusive prognoses. A Jurimetria observaria, por extração de dados, os comportamentos humanos em função de uma ordem jurídica. Essa observação caracterizaria a pesquisa como empírica, porque seu objetivo é conhecer uma parcela da realidade em que vivemos.(COZBY, 2011, p.171)

Cite-se, por oportuno, a observação feita por Paul Cozby (2011, p.123-138) de que a pesquisa empírica divide-se em dois tipos de estudo: observacional ou experimental. Explica o autor:

Um objeto pode ser empiricamente investigado através de dois tipos de estudo: observacional ou experimental. A pesquisa observacional é aquela na qual o pesquisador não tem controle sobre a composição dos grupos do estudo, limitando-se a observar os arranjos gerados de forma espontânea na população, como por exemplo o estudo dos efeitos abortivos de um medicamento em mulheres, pois o pesquisador não pode controlar quais mulheres irão ou não consumir o produto. A pesquisa experimental é aquela em que o pesquisador controla a composição dos grupos com o objetivo de isolar os efeitos produzidos por uma variável independente dos efeitos de outras variáveis, como por exemplo, a seleção aleatória de dois grupos de camundongos e se ministra a cada um deles esse mesmo medicamento, pois o pesquisador controla quais camundongos irão receber o medicamento com a finalidade de tentar isolar seus efeitos de outras variáveis.

A maior parte das pesquisas em jurimetria se baseia na observação da ordem jurídica e do comportamento espontâneo dos operadores e destinatários da norma, sem a realização de experimentos, isso em razão de limites éticos e legais. (NUNES, 2019, RB-5.3)

Qual seria então a principal diferença entre jurimetria e dogmática jurídica? O uso da metodologia empírica. Tome-se o exemplo de Marcelo Nunes(2019, RB-5.3): um pesquisador poderá testar a afirmação de que as ações por erro médico no Brasil cresceram 140% no Superior Tribunal de Justiça nos últimos 4 anos.<sup>48</sup> Bastaria ao pesquisador extrair, categorizar e confrontar os dados coletados nos tribunais e no STJ com a conclusão para gerar o conhecimento.

Lado outro, se a abordagem fosse dogmática, não haveria a etapa empírica. Na lição recorrente de Marcelo Guedes (2019, RB-5.3)

[C]omo o objeto de estudo é o sentido dos textos legais, o pesquisador constrói sua tese através da elaboração de um discurso retórico, que busca atribuir um sentido específico a essas normas. Esse discurso pode ser lógico ou político. Como o discurso lógico tem limitações estreitas, em especial a impossibilidade de superação dos múltiplos sentidos de cada norma, o pesquisador dogmático quase sempre recorre a expedientes políticos para atribuir à norma o sentido de sua preferência, operando então uma inversão de procedimento. Ao invés de testar sua suposição confrontando-a com dados da realidade, o pesquisador assume que sua intuição é uma verdade e passa a defendê-la de forma retórica, através de citações doutrinárias e posicionamentos jurisprudenciais intencionalmente selecionados. A pesquisa dogmática dispensa a verificação sistemática de dados sobre a realidade e usa apenas e tão somente os acervos das bibliotecas jurídicas na construção de um discurso retórico apto a sustentar uma posição.

As "teses jurídicas" quase todas esteadas na dogmática não passaram, portanto, por um teste de confirmação um teste de confirmação, tendo em vista que este último não é tradicionalmente visto como requisito necessário para a produção de conclusões no Direito.

A Dogmática busca a certeza dedutiva por meio do silogismo, enquanto a Jurimetria intenta a inferência indutiva, através da estatística. Seu objeto são os metadados oriundos do Direito aplicado pelo Poder Judiciário. De nada adiantaria apenas o estudo do sentido legal, em abstrato, se o contorno dado por um Tribunal, por exemplo, pode subverter o próprio princípio da legalidade quando chocado com outro princípio de igual estatura. O paradigma, no entanto, deve ser uma relação simbiótica entre as duas. Nem se deve pinçar decisões aleatórias e agrupá-las num afã particular, nem encastelar-se atrás de pilha de alfarrábios e extrair-se estipulações desconectadas da realidade.

Para concluir, ainda que de forma panorâmica, o que é a jurimetria e como pode auxiliar os juízes, principalmente, na aplicação de argumentos consequencialistas no Direito,

---

<sup>48</sup> Ver reportagem do jornal O Estado de S. Paulo, disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,em-4anos-numero-de-processos-por-erro-medico-cresce-140-no-stj-imp-,1655442>>. Acesso em: 29.03.2021

importante trabalhar as observações de Marcelo Guedes sobre o que não está no escopo deste método.

O Direito não pode ser todo ele mapeado pela Jurimetria. Valores e ideais de justiça social seriam contrafactuais e, portanto, não poderiam ser detectados pela pesquisa empírica, seja ela qualitativa ou quantitativa. "E a persuasão da sociedade a respeito dos ideais a serem perseguidos é, sem dúvida, um problema de relevância absoluta, que ultrapassa o escopo da Jurimetria e entra nos limites da filosofia do Direito."(NUNES, 2019, RB-6.10)

Inobstante, ainda que a Jurimetria nesse mister axiológico não seja suficiente, em outras questões, como por exemplo, a morosidade Judicial e os gargalos administrativos e processuais, pode contribuir e muito. Theodore Eisenberg é otimista quanto ao seu papel e afirma que "a Jurimetria é uma nova disciplina jurídica, complementar às demais disciplinas tradicionais, que utiliza a metodologia estatística para entender o funcionamento da ordem jurídica." (EISENBERG, 2011, p. 1.735)

Ainda que não se concorde com sua natureza jurídica, acredita-se que o grande trunfo da Jurimetria será contribuir para que o Direito aplicado se aproxime dos objetivos desejados pela sociedade.

Para concluir, é importante enumerar três equívocos associados à expressão Jurimetria, no conceito concebido por Marcelo Guedes. Assim, de forma a aclarar o que não se encontra entre seus escopos, evoca-se, novamente, a lição do autor paulista(NUNES, 2019, RB-6.10):

Primeiro, Jurimetria não é uma disciplina resultante da aplicação da informática ao Direito. A informática é uma ferramenta acidental e a Jurimetria existiria, ainda que à custa de um esforço maior, independentemente de qualquer computador. A metodologia da Jurimetria é a inferência estatística e seu objeto é o funcionamento da ordem jurídica, sendo o computador apenas um instrumento capaz de acumular dados e ampliar o poder de cálculo dos pesquisadores. É inegável que os avanços da computação permitiram um rescimento nos estudos jurimétricos em consequência da facilidade de acesso a dados e a um maior poder de cálculo. No entanto, estas facilidades não são a essência da Jurimetria. Segundo, a Jurimetria não é uma tentativa de automatizar o Direito e reduzir as decisões judiciais a um cálculo matemático exato. Ao contrário, ela parte da premissa de que a gênese de uma decisão jurídica concreta é um ato de vontade, cuja complexidade impede a sua redução a um modelo determinístico e que, portanto, a automatização do processo de decisão é não só indesejável, mas inviável. Para que a Jurimetria exista enquanto aplicação de métodos estatísticos em pesquisas jurídicas, é essencial que o Direito seja uma manifestação da liberdade humana, com suas incertezas e variações. Terceiro, a Jurimetria não pretende substituir outras áreas do conhecimento jurídico, como, por exemplo, a filosofia do Direito e a dogmática. A Jurimetria é uma disciplina positiva que pretende descrever as características de uma ordem jurídica. A avaliação da conveniência política e axiológica de uma dada ordem jurídica não está na pauta de trabalho da Jurimetria pelo simples fato de tais juízos não serem passíveis de confirmação através de testes estatísticos.



Pelo que se expôs, é possível concluir que a Jurimetria pode auxiliar o legislador, os juristas, juízes e formuladores de políticas públicas a anteverem as consequências de suas decisões. No entanto, o comando decisório, ao fim e ao cabo, é uma questão de preferência política que se encontra, além do alcance das ciências empíricas. Caberá, portanto, ao decisor escolher qual o caminho trilhará com as coordenadas jurimétricas fornecidas.

### 4.3 Críticas

O objetivo desta dissertação é analisar a aplicação de argumentos consequencialistas no direito brasileiro. A proposta de utilizar-se da pesquisa empírica, como a Jurimetria, proporciona avanço à ciência jurídica e lhe traz mais legitimidade. Inobstante, esse suporte de dados e metodologias distintas da dogmática jurídica deve ser utilizado com cautela, sob pena de incorrer-se em falácias.

Abaixo, traz-se à lume casos de mal uso da Jurimetria e da Estatística em geral, de forma a ilustrar a cautela que o profissional do Direito deve ter na análise desses dados.

#### 4.3.1 *Falácia das Estatísticas: Darrel Huff, a Falácia do Promotor e o caso Sally Clark*

Quando foi publicado pela primeira vez, em 1954, o livro de Darrell Huff foi saudado como pioneiro em conjugar linguagem simples e ilustrações para tratar de um tema polêmico e controverso: o mau uso da estatística para maquiagem dados e abalizar opiniões.

Segundo Huff, amostras enviesadas, gráficos dúbios, listagens incompletas, dentre outros, seriam artifícios utilizados como engodo interpretativo. Nesse sentido, gráficos estatísticos, mesmo matematicamente corretos, podem não representar em nada a realidade ou, ainda uma projeção econômica pode mostrar um futuro positivo ou alarmante, dependendo da amplitude de dados que ela cobre. E ele mesmo, com bom humor, dá o "caminho das pedras":

A linguagem secreta da Estatística, com tanto apelo à nossa cultura "baseada em fatos", é empregada para sensacionalizar, inflar, confundir e supersimplificar. Métodos e termos estatísticos são necessários para relatar os dados das tendências sociais e econômicas, das condições dos negócios, da "opinião", das pesquisas, dos censos. Mas, em redatores que utilizem as palavras com honestidade e compreensão, e sem leitores que saibam o que significam, o resultado só poderá ser o absurdo semântico. Nos escritos populares sobre assuntos científicos, a maltratada Estatística está quase substituindo a figura do herói de guarda-pó branco, esbaforindo-se sem parar, sem ganhar horas-extras, num sombrio laboratório. A Estatística se parece cada vez mais com o cosmético barato que tenta tornar atraente a amarfanhada cortesã. Uma estatística bem embrulhada, melhor ainda que "a grande mentira" de

Hitler, leva a falsas conclusões, mas ninguém pode acusar o seu utilizador. Este livro é uma espécie de cartilha de como utilizar a estatística para enganar.

A lição do autor norte-americano não parece ter se espreado para a common law britânica. A narrativa a seguir relata uma das más aplicações da estatística, com efeitos humanos deletérios, muito bem esmiuçado por Athayde Tonhasca Jr. (2014, p. 28-31).

Em dezembro de 1996, em Cheshire (Inglaterra), Sally Clark chamou uma ambulância para socorrer christopher, seu filho de 11 semanas de idade, que desfalecera após ter sido posto na cama. A criança foi levada para o hospital, mas morreu pouco depois. Segundo o legista, o menino fora vítima de infecção respiratória associada à Síndrome da Morte Súbita do Lactente (SMSL) ou ‘morte do berço’.

A SMSL é rara e tem causas desconhecidas: bebês com menos de um ano e aparentemente saudáveis morrem subitamente. Assim, a morte de Christopher causou consternação, mas, a priori, foi considerada uma fatalidade.

Em 1998, no entanto, o segundo filho de Sally, Harry, de oito semanas, morreu em circunstâncias semelhantes. O legista – o mesmo que havia examinado Christopher – notou sinais de que o bebê poderia ter sido sacudido com violência. Desconfiado, consultou suas anotações sobre a autópsia de christopher e concluiu que sua morte poderia ter sido causada por sufocamento.

Essas incertezas não foram despropositadas: os sintomas envolvidos eram particularmente difíceis de diagnosticar, em especial em recém-nascidos. Nos dois casos, os corpos das crianças exibiram sinais de trauma, mas estes eram consistentes com sequelas das medidas de primeiros socorros usadas para tentar ressuscitá-las.

Porém, a coincidência de dois irmãos sucumbirem ao mesmo mal raro convenceu o legista de que as mortes não foram naturais. A polícia foi alertada e, um mês após a perda da segunda criança, Sally e o marido foram presos e acusados da morte dos filhos.

Após determinar que a advogada estava sozinha com os filhos nos dois incidentes, a polícia retirou a acusação contra o marido. Sally Clark foi indiciada por duplo infanticídio: Christopher teria sido sufocado; Harry, sacudido violentamente. A advogada foi levada a júri popular, e o caso recebeu ampla cobertura da imprensa.

No julgamento, a promotoria revelou episódios de depressão e consumo de álcool da ré, mas não produziu provas materiais de maus-tratos, já que as conclusões do legista estavam longe de ser definitivas. Seguiram-se dias de pareceres complexos – e muitas vezes contraditórios – de patologistas, psiquiatras, neurologistas e pediatras, mas nada suficiente para derrubar a tese da defesa: os meninos teriam sido vítimas da SMSL.

A acusação então convocou Roy Meadow, renomado pediatra, para testemunhar como especialista em SMSL: seu parecer selou o destino de Sally Clark.

Pelas estatísticas governamentais, a incidência da SMSL era de 1 caso para cada 1.300 nascimentos em toda a população da Inglaterra, mas para famílias de alta renda em que a mãe tem mais de 26 anos e não fuma – como era o caso de Sally Clark – a incidência cai para um caso em cada 8.540 nascimentos. Meadow usou esse dado para calcular a probabilidade de dois filhos morrerem por SMSL simplesmente multiplicando  $1/8.540 \times 1/8.540$ , que resulta em cerca de 1 em 73 milhões.

Comparando esse valor com o número médio de nascimentos na Inglaterra (650 mil crianças por ano), o perito estimou o número de casos esperados de duas mortes por SMSL na mesma família.

No que ficou conhecido ironicamente como ‘lei de Meadow’<sup>49</sup>, o pediatra concluiu: “uma morte por SMSL é uma tragédia, duas mortes são suspeitas e três mortes são, salvo prova em contrário, assassinatos”<sup>50</sup>. Em vista desse parecer, a promotoria argumentou que a probabilidade de dois irmãos morrerem de SMSL é ínfima a ponto de poder ser descartada, e a única explicação seria premeditação: a ré teria matado os próprios filhos.

Apesar das incertezas dos patologistas, o testemunho de Meadow foi suficiente: em novembro de 1999, Sally Clark foi condenada à prisão perpétua. O veredito chocou médicos e assistentes sociais, pois o perfil e o histórico de Sally não eram compatíveis com os padrões observados em casos de abuso infantil, que quase sempre têm antecedentes (prontuários hospitalares, queixas na polícia, testemunho de vizinhos etc.). Nesse caso, nada havia.

Políticos, jornalistas e ativistas de direitos civis iniciaram campanhas para limpar o nome da advogada, mas a polêmica não arrefeceu: como conciliar a morte de duas crianças visivelmente saudáveis com a improbabilidade da causa dessas mortes?

A primeira rachadura no raciocínio de Meadow veio à tona quando estatísticos apontaram o possível equívoco do pediatra ao estimar o risco de casos duplos de SMSL: assumir indevidamente a independência de fatores. Entretanto, os juízes não foram convencidos: apesar de reconhecerem o possível equívoco, consideraram válido o princípio do argumento.

---

<sup>49</sup> Em que pese haver divergência sobre a originalidade da inferência, um dos peritos que atuaram na defesa de Sally Clark, Ray Hill, atribuiu a gênese a dois patologistas americanos DJ e VJM Maio (DiMaio D.J. & DiMaio V.J.M. *Forensic Pathology*. CRC Press, 1993)

<sup>50</sup> Ver MEADOW, Sir Samuel Roy. *ABC of Child Abuse*. United Kingdom, BMJ Publishing Group; 3ª edição, 1997.

A multiplicação das probabilidades ( $1/8.540 \times 1/8.540$ ) só seria válida se cada ocorrência da SMSL fosse independente, ou seja, se o fato de uma criança ter sido vítima não afetasse em nada a possibilidade de um irmão também ser vítima. Em outras palavras, não haveria predisposição para a SMSL entre familiares.

Porém, os especialistas intuitivamente desconfiaram que essa hipótese era falsa: afinal, quaisquer que sejam os fatores genéticos ou ambientais que levam à SMSL, eles devem atuar mais intensamente na mesma família. Em outubro de 2000, os advogados de Sally Clark entraram com recurso para anular a sentença, citando o problema com os cálculos de Meadow. Novamente, os juízes não ficaram convencidos: apesar de reconhecerem o possível equívoco, consideraram válido o princípio do argumento e Sally permaneceu presa.

Coube a Ray Hill, professor da Universidade de Salford (Inglaterra), debruçar-se sobre centenas de casos de SMSL para analisar os dados que pareciam conspirar contra a advogada. A primeira contribuição de Hill foi confirmar o que os médicos suspeitavam: há, de fato, predisposição para a SMSL na mesma família. Os registros médicos revelaram que irmãos de vítimas da SMSL são, no mínimo, 10(dez) vezes mais propensos (em relação à média) a também sucumbirem ao mal. E mais: meninos são duas vezes mais susceptíveis do que as meninas.

Essas análises derrubaram de vez a hipótese de independência e demonstraram que Meadow subestimou em 10 (dez) vezes o número esperado de casos duplos de SMSL na mesma família. A correção reafirmou a baixa probabilidade de dois irmãos morrerem de SMSL, mas não aos níveis extremos sugeridos por Meadow. No entanto, Hill desmantelou o caso contra Sally Clark, ao apontar a omissão das probabilidades condicionais na avaliação das evidências.

Cite-se um cenário hipotético que explica o conceito de probabilidades condicionais. João tem um gene raro que causa uma doença degenerativa fatal em 0.5% dos portadores. A doença - mesmo que assintomática - pode ser detectada por um teste de sangue, e João, decidido a não viver com a incerteza, solicita o exame.

Ao retornar ao consultório, o médico lhe informa que o resultado do teste foi positivo. Atônito, João pergunta ao médico se ele tem certeza do diagnóstico. "Quase absoluta", responde ele. "O teste tem 95% de confiabilidade" - o médico refere-se à acurácia do teste, ou seja, à probabilidade de ele detectar corretamente a doença. João indaga o médico: "A probabilidade de pessoas com meu gene desenvolverem a doença é de 0,5%?" "Sim", confirma o médico, que acrescenta, solidário: "Mas, como eu disse, o teste só falha em 5% dos casos: infelizmente, você parece ter sido vítima da má sorte. "

Para sua surpresa, João abre um largo sorriso: "Creio que não, doutor. Na verdade, quero ser testado novamente, porque estou confiante de que estarei livre da doença!"

De fato, a figura demonstra que João está certo: é mais provável que o teste tenha falhado do que ele ser vítima da doença. O fato de que o número esperado de falsos positivos é maior do que o número esperado de casos deve ser levado em conta, pois a probabilidade de João ter a doença - dado que seu teste deu positivo - é condicional à probabilidade de que resultados positivos realmente implicam a ocorrência da doença. O teste pode também resultar em falsos negativos, ou seja, falhar em detectar a doença. Visando a simplificação, vamos considerar que essa possibilidade seja negligível.

No caso de Sally Clark, duas opções foram dadas ao júri: i) Christopher e Harry morreram de causas naturais raríssimas, praticamente impossíveis de ocorrer; ii) foram assassinados. Mas, o que faltou na construção dessas duas proposições foi um ponto aparentemente óbvio, mas na verdade fundamental: o fato de duas crianças serem assassinadas pela mãe também é um evento raríssimo. Então, a decisão sobre a culpa ou não de Sally Clark depende da escolha entre duas alternativas: i) improvável ocorrência da SMSL nos dois filhos; ii) o improvável ato de duplo infanticídio.

Em outras palavras, a raridade relativa dos dois eventos (infanticídio e SMSL) deve ser levada em conta no julgamento de Sally, do mesmo modo que a raridade genética e a possibilidade de falsos positivos foram levadas em conta na avaliação do risco de João ser vítima do mal. Como a baixíssima probabilidade de morte natural para dois irmãos se compara com a possibilidade de ação criminosa?

Para estimular a probabilidade de dois casos de SMSL, na mesma família, Hill partiu do número esperado de diagnósticos para toda a população da Inglaterra, 1 em cada 1.300 nascimentos - Meadow havia considerado apenas os casos em famílias de baixo risco. mas para Hill esses dados eram pouco confiáveis devido ao pequeno número de casos.

Hill já havia estimado que um segundo filho tem o risco aumentado em 10 vezes. Assim, a probabilidade de ele também sucumbir à SMSL é de  $1/1.300 \times 10 = 1/130$ . A probabilidade de dois casos é calculada pela probabilidade de o mal ocorrer no primeiro filho, multiplicada pela probabilidade de ele ocorrer no segundo: aproximadamente  $1/170$  mil. Multiplicando-se esse resultado pelo número de crianças nascidas, chega-se ao número esperado por ano.

Segundo dados oficiais, há menos de 30 infanticídios cometidos por mães por ano na Inglaterra. Levando-se em conta o número de crianças nascidas por ano (650 mil), o índice é de 0,46 ocorrência por 10 mil nascimentos. Convertendo-se, para efeitos de

comparação, o número esperado de SMSL (1/1.300) para a mesma base, esperam-se 7,7 casos por 10 mil nascimentos (1/1.300 x 10 mil).

A conclusão lógica então é que o risco de um bebê morrer de SMSL é cerca de 17 vezes maior do que ele ser assassinado pela mãe ( $7,7/0,46= 16,7$ ). Cálculos semelhantes para comparar duplos casos de SMSL e duplos infanticídios são mais complexos pela óbvia razão de que esses dados são escassos, mas Hill e outros estatísticos estimaram que a razão duplo SMSL/duplo infanticídio seria ainda maior que 17.

Ora, então por que entre duas opções improváveis aceitar a mais improvável das duas? Ray Hill e seus colegas não procuraram - e nem podiam, com os fatos que tinham em mãos - provar a inocência de Sally Clark: eles apenas demonstraram que a argumentação estatística da acusação era incorreta, pois havia explicações mais plausíveis para as mortes de Christopher e Harry.

Nesse meio tempo, um fato surpreendente alterou completamente o rumo do caso: um relatório hospitalar sobre análises microbiológicas da autópsia de Harry - até então não divulgado - chegou às mãos dos advogados. Esse documento apontava a presença da bactéria *Staphylococcus aureus* nos órgãos da criança, indício de morte por infecção bacteriana.

Se havia agora evidências de que a morte de Harry foi natural, o assassinato do irmão - cujos sintomas eram ainda mais incertos - foi também posto em dúvida. Os advogados não perderam tempo em entrar com novo recurso, e o caso ruiu completamente. Em 2002, após mais de três anos de prisão, Sally foi libertada.

Um outro erro decorrente das evidências do Professor Meadow quanto às probabilidades é conhecido como "Falácia do Promotor"<sup>51</sup>. Consiste em mostrar que a explicação "inocente" para certos fatos é altamente improvável - e então deduzir que a explicação "culpada" é, portanto, a correta. Esse tipo de erro é particularmente provável de ocorrer em julgamentos como o de Sally Clark, onde há apenas duas opções realistas abertas ao júri - ou o réu cometeu assassinato ou seus filhos morreram de causas naturais inexplicáveis e relativamente raras.

Para Sally Clark, uma vez que o júri aceitou que havia apenas 1(uma) chance em 73(setenta e três) milhões de que as mortes ocorreram devido a SMSI, foi um passo curto e fácil concluir que essa era a mesma probabilidade que a probabilidade de qualquer outro

---

<sup>51</sup> Ver THOMPSON, W. C.; SCHUMANN, E. L. (1987). Interpretation of statistical evidence in criminal trials: The prosecutor's fallacy and the defense attorney's fallacy. *Law and Human Behavior*, 11(3), 167 - 187. <https://doi.org/10.1007/BF01044641>

natural (mas inexplicável) causa da morte; e que havia, portanto, uma chance de 1 em 73 milhões de ela não ser culpada de assassinato. Seria difícil não condenar nessas circunstâncias.

A absolvição causou profunda repercussão, e a sua condenação passou a ser vista como um dos maiores erros judiciários recentes no Reino Unido. O procurador-geral ordenou a revisão de centenas de casos semelhantes, o que levou à anulação de outras duas sentenças de infanticídio.

Meadow e o patologista que deixou de revelar o relatório sobre Harry foram repreendidos e suspensos dos cargos. Mas, nada disso serviu de consolo para Sally: segundo o marido e a família, ela nunca se recuperou do trauma de ter sido condenada pelo assassinato dos filhos. Em 2007, a advogada de 42 anos morreu, vítima de alcoolismo.

O caso Sally Clark foi um exemplo marcante e histórico das consequências do desconhecimento e dos mal-entendidos quanto a probabilidades condicionais. Com a argumentação estatística cada vez mais relevante nos tribunais - por causa do volume crescente de dados e da disseminação de ferramentas científicas, como perfilamento genético - é fundamental entender e aplicar corretamente esses conceitos.

#### ***4.3.2 Ausência de indicação de fontes e metodologia das estatísticas nas decisões judiciais - o "consequenciachismo"***

Como visto em outras seções, duas das marcas do pragmatismo são o consequencialismo e o contextualismo. Olhando para frente e levando em consideração não apenas o caso que existe em concreto nas mãos, é preciso que, a partir das decisões a serem tomadas, observem-se os prováveis efeitos que advirão.

Para que esse exercício não fique sem uma base na qual se fundamente, a decisão mencionada deve estar lastreada em dados, que poderão referir-se a algo do passado, presente ou do futuro, indicando o caminho menos contingente na tomada de decisão.

É decorrência lógica do consequencialismo o empirismo(contextualismo). Todo esse desenho exige uma ancoragem em dados empíricos, em pesquisas que tornem viável entender qual caminho percorrer na questão em análise. Não se vislumbra como correto exercitar um raciocínio de consequências sem a presença de um estudo concreto, com expertise, sobre determinada situação. Essa situação geraria o "consequenciachismo" um deboche ao consequencialismo sem método e pesquisa.

Conrado Hübner Mendes(2018,online), crítico implacável e, por vezes, injusto da magistratura, considera que o consequencialismo "busca detectar relações empíricas de causa

e efeito, pratica a dúvida metódica, vai atrás de pesquisas e dialoga com as ciências sociais”, o que é diferente do consequenciachismo, “um estado de espírito, um pensamento desejoso (*wishful thinking*), a confusão entre o que é e o que se queria que fosse”. O consequenciachista, então, profere mais palpites, intuições e argumentos com baixo teor empírico do que efetivamente pesquisa empírica.

Para José Vicente Santos de Mendonça (2018,online), justamente porque perceptível na prática jurídica brasileira o exercício de um consequencialismo sem método ou rigor, que é necessário uma mudança metodológica. Nesse ponto, Daniel Wang (2018, online) diz que o consequenciachismo tenta aquilatar “o impacto do Direito na realidade por meio do uso pouco cuidadoso de dados empíricos (sem avaliar fontes, métodos, escopos, incertezas e objeções)”, caracterizando-se “por apresentar como fato meras especulações e intuições sobre a realidade social, política e econômica”. O "consequenciachista", por causa das falhas citadas, acaba por explicitar sua preferência pessoal, sem uma preocupação maior com o mundo real.

Mencionadas as críticas, necessário indicar também o outro lado, as dificuldades argumentativas do consequencialismo. No plano normativo, a valoração de consequências deve ser conhecida, operacionalizável, em um sentido estável no tempo, e possuir uma metodologia a justificar a prioridade de um critério sobre o outro. Já no plano positivo, o olhar para frente pode enfrentar uma distinção entre o “futuro imaginado agora” e o “futuro que realmente chegará”. Mas, é por todas essas dificuldades que se faz necessário um rigor de diagnóstico confiável (LEAL, 2018, online).

É necessário voltar olhos para um dos entraves: a realidade orçamentária entre os Tribunais de Justiça brasileiros é abissal, assim como entre a Justiça Estadual e a Federal. Há Tribunais que têm peritos em seus quadros, X assessores por magistrado, servidores qualificados, núcleos de pesquisa empírica, dentre outros. Todo esse aparato facilita a que o juiz recorra, com rapidez, a dados extrajurídicos cuja expertise não é intrínseca ao seu cargo. E com as metas e cobranças tanto das corregedorias internas quanto do CNJ, induzindo produção industrial de decisões (*lato sensu*), fica menos atrativo ao magistrado ter que gastar o tempo escasso estabelecendo metodologia e realizando pesquisa empírica, não aquela de gabinete, ou, em providência *ex officio* como determinará a nomeação de um perito se não houver aquele com expertise para o ato com cadastro nos Tribunais?

Exercitar o consequencialismo lastreado em pesquisa empírica é realmente difícil consideradas as diversas realidades que circundam o Poder Judiciário brasileiro. Talvez a coordenação deva vir através do Conselho Nacional de Justiça, orientando os Tribunais a



fornecerem amparo institucional aos juízes. Talvez caberá às faculdades de Direito espalhadas no Brasil introduzir a metodologia de pesquisa aplicada para a prática jurídica, contribuindo para minimizar o "consequenciachismo".

Outrossim, como observado no capítulo anterior, mesmo nos Tribunais Superiores, que possuem mais recursos para dar azo a suas capacidades institucionais, a produção de pesquisa empírica é embrionária, em que pese cada vez menos infrequentes nos acórdãos. Percebe-se também que os Ministros, em alguns casos, apontaram para soluções jurídica distintas, mesmo tendo utilizado-se de mesma fonte empírica e base de dados. Isso, quando não havia omissões nos dados empíricos citados, como não explicitação do local de publicação dos respectivos estudos, a respectiva metodologia, os autores, conclusões e onde estão disponíveis para acesso.

Há ainda a falta de participação das partes nessa geração de dados, de forma a prestigiar o contraditório.

De toda forma, é possível concluir-se que a Pesquisa Empírica pode sim auxiliar estadistas, juristas, juízes e formuladores de políticas públicas a anteverem as consequências de suas decisões. No entanto, o exercício da decisão é uma questão de preferência política que se encontra, em última análise, além do alcance das ciências empíricas. O juiz deverá decidir o que fazer ou qual caminho seguir de posse daqueles dados gerados pela pesquisa empírica.

#### **4.4 Modelo Toulmin**

É possível aplicar o modelo Toulmin a argumentos consequentialistas utilizados em juízo. Tal providência ajudará a avaliar de forma lógica e clara sobre eventual abuso ou fraqueza do argumento consequentialista, que porventura possa ocorrer, principalmente, quando não houver lastro em pesquisa empírica falsificável ou adequação ao layout do modelo Toulmin.

E faremos tal exercício tendo em mente o aduzido por Marcelo Lima Guerra (2018, no prelo) e Jocleber Rocha Vasconcelos(2020, dissertação).

Portanto, consideraremos o modelo Toulmin como uma ferramenta útil para avaliar a força, a racionalidade, a insuficiência e/ou as omissões do argumento apresentado e isso nos auxiliará a evitar abusos na consideração de um argumento consequentialista em juízo.

Reitere-se que, nesta dissertação, não serão objeto de esclarecimento questões processuais sobre a prova em juízo dos argumentos consequentialistas, incluindo poderes

instrutórios do juiz: tais questões, em razão da complexidade do tema, serão trabalhadas em posterior tese de doutorado ou artigo científico.

Assim, será considerado como preenchido o elemento rebutal ou backing, desde que os dados sejam verificáveis/falsificáveis: ou seja, se obtidos através de pesquisa empírica ou da atividade probatória *stricto sensu*. Aqui tome-se pesquisa empírica como qualquer estudo em que as conclusões sejam extraídas estritamente de evidências empíricas concretas e verificáveis.

Retornando ao objetivo desta dissertação, no terceiro capítulo, analisaram-se diversos julgados do STF e do STJ que aplicaram argumentos consequencialistas como fundamentação do julgado. Realizaremos uma análise, por amostragem, das decisões destrinchando seus principais elementos na forma preconizada pelo modelo Toulmin.

#### **4.4.1 Noções Preliminares do modelo**

Stephen Toulmin criou um modelo de argumentação em sua obra “The uses of argument”, traduzida como “Os usos do argumento”(2006), publicada originalmente em 1958.

O escopo de Toulmin foi criar e identificar standards segundo os quais se poderia criticar os argumentos utilizados em diversas áreas do conhecimento, como o Direito.

Antes de passarmos à análise do modelo, necessário observar que foram utilizadas neste tópico, além da obra "os usos do argumento" de Toulmin, o manuscrito do Prof. Marcelo Guerra e a dissertação de mestrado de Jocleber Vasconcelos. De modo preciso, extrairam notas explicativas relevantes para uma compreensão didática da obra de Stephen Toulmin, que serão úteis para identificar e avaliar a força e a validade de um argumento consequencialista quando ministrado em juízo.

Conforme aponta Jocleber Vasconcelos (2020, p. 136):

Assim, pode-se dizer que a teoria de Toulmin serve como um modelo normativo de justificação judicial, atendendo a todos os seus requisitos necessários. Independentemente de haver essa possibilidade na prática, o modelo de Toulmin é capaz de fornecer critérios de validade, solidez e força persuasiva a argumentos construídos mediante o seu padrão de referência. Pelas suas características, acredita-se que além de se constituir em um modelo normativo, a teoria de Toulmin tem potencial para a avaliação dos argumentos já produzidos na prática deliberativa, mediante a sua coleta e apreciação na pesquisa empírica.

Portanto, o modelo Toulmin poderia invalidar um determinado argumento consequencialista aduzido em juízo apenas porque, transportado para o layout, não foram preenchidos os seus elementos. E isso porque parte do pressuposto de que, apesar de não ser necessário que a decisão judicial siga uma forma-padrão de argumento, os elementos do

modelo indicam a célula argumentativa básica, sem a qual o argumento seria fraco e inválido.

Toulmin biparte a estrutura dos argumentos em campos denominados: invariáveis e dependentes, que terão diferentes aplicações. Os primeiros são capazes de avaliar argumentos por meio de um procedimento comum e estrutural, independente do ramo do conhecimento. Os demais, por se subordinarem à variabilidade das características argumentativas, em dependência ao ramo específico do conhecimento humano em que se argumenta, são denominados campos variáveis. Os campos invariáveis (independentes) tratam de regras gerais e básicas, e propiciam a discussão sobre um layout básico de argumentos. Os campos variáveis (dependentes) tratam da força dos argumentos. (VASCONCELOS, 2020, p.116)

Interessante observação feita por Jocleber Rocha (2020, p. 132) indica que é possível utilizar os elementos do modelo para introduzir contra-argumentos, principalmente em relação à refutação (rebutal). Dessa forma, quando se expõem dois argumentos, a respectiva reconstrução no layout poderá indicar os respectivos graus de força e possibilitar a comparação de ambos os argumentos.

Sobre o *layout*, explica Jocleber Vasconcelos (2020, p. 135)

Nesse layout ocorre uma ampliação, uma vez que a questão de fato ocupa a posição do dado (D), para a obtenção da conclusão (C), que é a solução jurídica do pedido inicial. A pretensão (C) é formulada com base em um comando normativo baseado nos modais deonticos admitidos em direito: obrigatoriedade, permissão e proibição. As razões (D) são elementos de fato, ou mesmo de direito, que embasam a tomada da decisão. A garantia (W) representa o enunciado legal interpretado, cujo apoio (B) é representado pelo fundamento normativo legal ou jurisprudencial. A interpretação do enunciado legal da garantia se submete aos cânones ou métodos hermenêuticos clássicos: gramatical, sistemático, lógico, histórico e teleológico. As condições de refutação (R) representam a derrotabilidade da norma que fundamenta a conclusão. Torna-se um elemento fundamental, vez que permite a análise da existência ou não de outra interpretação em maior congruência com a Constituição. Os qualificadores (Q), por outro lado, são pouco relevantes, vez que as decisões judiciais são consideradas como “necessárias”.

Nesse sentido, o próprio Toulmin, ao afirmar que o objetivo da lógica "não é descobrir leis do pensamento, em nenhum dos sentidos científicos do termo 'lei', mas sim, descobrir leis ou regras de argumento - como orientação ou sugestões para quem deseje argumentar sólida e corretamente."(TOULMIN, 2016, p.5)

Para isso, traça uma comparação entre a lógica e a ciência jurídica. "A lógica (pode-se dizer) é jurisprudência generalizada" (TOULMIN, 2006, p.10). O que Toulmin queria ao fazer essa analogia? Nagibe de Melo Jorge Neto (2016, p. 204) traduz a comparação do britânico:

Um dos principais objetivos da jurisprudência é garantir o devido processo legal, no sentido de assegurar os procedimentos pelos quais as alegações devem ser

apresentadas e as categorias a partir das quais se discutem as referidas alegações. De igual modo, a investigação que ele empreende visa a caracterizar o que se pode chamar de 'o processo racional' - os procedimentos e as categorias mediante os quais se podem discutir e decidir todas as 'causas'.

Ao traçar tal paralelo encontra uma fórmula para crítica específica e qualificada dos argumentos, que deveria ser seguido pela razão em uma dada argumentação. Em certo ponto da obra "Os usos do argumento" Toulmin defende que os argumentos precisam apresentar uma forma específica para possibilitar uma avaliação racional:

[A] analogia entre avaliação racional e prática judicial nos apresenta um modelo rival para pensar sobre a ideia de forma lógica. Parece, agora, que os argumentos não apenas precisam ter uma forma específica, mas também precisam ser descritos e apresentados numa sequência de passos que obedecem determinadas regras básicas de procedimento. Numa palavra, avaliação racional é uma atividade que envolve necessariamente formalidades. (TOULMIN, 2006, p. 62)

Marcelo Lima Guerra<sup>52</sup> (2018, prelo, p.12) afirma que o escopo do modelo proposto por Toulmin busca defender que “qualquer ponto de vista, em toda e qualquer área do conhecimento humano, seria possível produzir argumentos racionais, todos eles dotados de uma única forma ou layout”.

O modelo Toulmin, portanto, é perfeitamente aplicável aos argumentos consequencialistas lançados por uma decisão judicial e fornece uma alternativa ao silogismo<sup>53</sup>, proporcionando, ao intérprete, instrumentos para avaliar a força, a validade, insuficiência ou as omissões do argumento apresentado. A fim de compreender o modelo, analisaremos, em linhas gerais, o layout de argumentos proposto por Stephen Toulmin na obra "Os usos do argumento".

#### 4.4.2 O “layout” básico do modelo

Com inspiração na obra de Ryle, Toulmin propõe desenvolver um método de produzir e avaliar racionalmente, a partir da forma como se constituem, argumentos que ele denomina substanciais. A ideia do autor é romper com o paradigma da lógica formal e do “ideal de analiticidade”, espécie de raciocínio dedutivo aplicável somente ao que ele

---

<sup>52</sup> GUERRA, Marcelo Lima. Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos. Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor. p. 12.

<sup>53</sup> É importante dizer que os silogismos apresentam-se em formas variadas e mais elaboradas como o entimema, o epiquerema e o sorites, além dos silogismos compostos e dos silogismos hipotéticos. A lógica aristotélica dedica-se à análise dos silogismos e seus critérios de verdade e validade. Para uma análise mais aprofundada do silogismo e as principais objeções aos seus usos e possibilidades ver KREEFT, Peter. Socratic logic: a logic text using Socratic method, Platonic questions & Aristotelian principles. 3 ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2008.

denomina de “argumentos analíticos”, extremamente raros e presentes quase que em absoluto somente na matemática. (NETO, 2018, p. 83)

Nesse sentido, constrói um modelo racional que pode ser aplicado para todos os argumentos substanciais, a partir de desafios apresentados em fases distintas do processo de justificação, por meio dos quais se pode verificar a força do argumento. Esse propósito decorre da perspectiva que Toulmin possuía da insuficiência do modelo silogístico clássico para abarcar raciocínios e argumentos pragmáticos.

Como no tópico anterior foi assentada a diferença para Toulmin relativa aos campos-dependentes e campos-invariáveis, há segurança em avançar.

Toulmin identificou que um argumento pode ser exposto de múltiplas formas. Portanto, verteu forças a estabelecer uma forma de identificar, em qualquer circunstância no discurso, a validade de um argumento. Toulmin não via a saída na teoria lógica formal e criticava o padrão silogístico quando este tentava compor argumentos dedutivos, como no clássico exemplo: “Todos os homens são mortais. Sócrates é um homem. Portanto, Sócrates é mortal”.

Nesse sentido, Jocleber Vasconcelos(2020, p. 117) explica o caminho argumentativo seguido por Toulmin:

Observe-se que esse argumento é composto de uma primeira premissa universal “Todos os homens são mortais”, seguida de uma premissa singular “Sócrates é um homem”. Para Toulmin, essa forma de ancoragem em premissas universais traduzidas na forma absoluta: “todos os A’s são B’s”, se apresenta incompleta e insuficiente para representar a argumentação do discurso prático, que engloba outros tipos de premissas e seus modais, sob inúmeras variações, que podem ser representados, por exemplo, das seguintes maneiras: “todo A é um B”, “cada A é um B”, “algum A será um B”, “os A’s geralmente são B’s”, dentre outras formas.<sup>54</sup>A verdadeira crítica reside na baixa representatividade do modo da argumentação cotidiana, ainda que se possa reconstruí-la nesse formato idealizado. Os argumentos reais não se limitam às proposições do tipo silogístico, por se revestirem de ambiguidade na função em que as premissas podem desempenhar no argumento. No caso das premissas universais, o silogismo tradicional não deixa claro se a afirmação “todos” deve ser interpretada como um passo de inferência ou como um relato das nossas observações sobre os dados disponíveis no problema, no sentido existencial da afirmação (Toulmin, 2006, p. 164-165). No exemplo clássico citado, não se permite saber se o termo “todos” advém da observação de cada um dos homens na face da terra, ou apenas de parte deles, ou mesmo se o falante se compromete com a demonstração dessa afirmação, ou ainda se a afirmação representa apenas um salto inferencial. Toulmin (2006, p. 165-166) considera que esse modo de apresentar a premissa universal impede a compreensão da função das premissas em relação à conclusão apresentada. O que determina se em algum caso

<sup>54</sup> Richard Posner (2007, p. 73) também ilustra uma precisa crítica a esse método silogístico: “Sua função é demonstrar a validade de um processo de raciocínio, e não estabelecer a verdade do resultado do processo. É usado não para provar que Sócrates é mortal – uma vez que ninguém duvida disso-, mas para demonstrar uma relação lógica, como ficaria mais claro se substituíssemos A por homem (homens), B por mortal e C para Sócrates. A lógica, como a matemática, explora as relações entre as ideias, e não a correspondência com os fatos. O sistema jurídico não pode ser indiferente a questões de verdade empírica.”



As indagações levam ao caminho lógico da apresentação das razões ou dados referentes àquela alegação, chamado por Toulmin de “data” e representado pela letra (D). Seriam as razões, causas, indícios ou provas que justificariam a pretensão inicial. Por também relatar situação concreta, trata-se de sentença invariável tal qual a alegação (C) e destinam-se a convencer o interlocutor da correição da conclusão. Seguindo o exemplo do professor Jocleber, ter-se-ia como dado (D) em resposta à alegação(C): “João é hipertenso”, por isso “deve fazer exercícios regularmente.” (VASCONCELOS, 2020, p.119)

Agora passaremos ao grande *insight* de Toulmin: inspirado na obra de Gilbert Ryle, revela o salto inferencial que liga os dados à conclusão, a garantia, representada por (W) do original *warranty*. Não se trata de novo questionamento sobre outras razões, pois isso levaria a uma discussão ao infinito, mas um desafio com nova abordagem. Importante trazer a explicação do professor Stephen Toulmin(2006, p.141):

Supondo-se que encontraremos esse novo desafio, não temos de apresentar dados adicionais - uma vez que, sobre eles, também se podem imediatamente levantar as mesmas dúvidas. Temos sim, de apresentar proposições de um tipo bem diferente: regras, princípios, licenças de inferência ou o que se quisermos, desde que não sejam novos itens de informação. Nossa tarefa já não é reforçar a base sobre a qual construímos nosso argumento, mas, em vez disto, consiste agora em mostrar que, tomando-se aqueles dados como ponto de partida, é apropriado e legítimo passar dos dados à alegação ou conclusão apresentada. Nesse ponto, portanto, precisa-se de afirmações gerais, hipotéticas, que sirvam como pontes, e autorizem o tipo de passo com o qual nos comprometemos em cada um dos nossos argumentos específicos. Normalmente, este processo é escrito muito resumidamente, na expressão "se D, então C"; pode-se contudo expandi-la, com lucro, em favor da imparcialidade, e reescrevê-la como: "dados do tipo D nos dão o direito de tirar as conclusões C (ou de fazer as alegações C)", ou noutra formulação optativa, "dados (os dados) D, pode-se assumir que C". Chamarei as proposições desse tipo de garantias (W), para distingui-las, por um lado, das conclusões, e, por outro, dos dados. Para acompanhar os exemplos dados: o conhecimento de que o cabelo de Harry é vermelho nos dá o direito de descartar qualquer sugestão de que seja preto, por conta da garantia de que "se alguma coisa é vermelha, não será também preta".

A pergunta apropriada a ser formulada seria “como você chegou até aí?”. O desafio quer entender como ocorreu o salto inferencial que liga os dados à alegação.

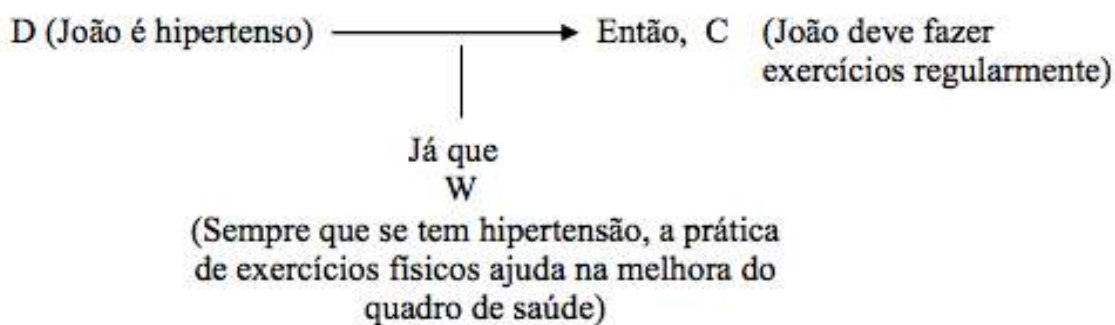
Na lição de Marcelo Lima Guerra (2018, p. 71), a garantia é constituída por uma ou mais sentenças abertas, como seu antecedente, e por outra sentença aberta, seu consequente<sup>56</sup>. Por isso, não se confundiria com os dados (D)<sup>57</sup>, que são sentenças fechadas. E continua:

<sup>56</sup> “Precisamente por isso, a função delas é a de autorizar inferências, na medida em que, consistindo W numa mera moldura inferencial, uma vez preenchidas as variáveis contidas nas sentenças abertas que constituem o seu antecedente e o seu consequente, respectivamente, o que se obtém é, justamente, o seguinte: com o preenchimento da sentença aberta que constitui o antecedente da moldura, uma sentença fechada expressando uma afirmação concreta, que constitui a premissa da inferência (autorizada por W), que tem como conclusão outra afirmação concreta, expressa pela sentença fechada obtida com o preenchimento da sentença aberta que constitui o consequente de W.” (GUERRA, 2018, p. 71)

Precisamente por isso, a função delas é a de autorizar inferências, na medida em que, consistindo W numa mera moldura inferencial, uma vez preenchidas as variáveis contidas nas sentenças abertas que constituem o seu antecedente e o seu conseqüente, respectivamente, o que se obtém é, justamente, o seguinte: com o preenchimento da sentença aberta que constitui o antecedente da moldura, uma sentença fechada expressando uma afirmação concreta, que constitui a premissa da inferência (autorizada por W), que tem como conclusão outra afirmação concreta, expressa pela sentença fechada obtida com o preenchimento da sentença aberta que constitui o conseqüente de W.” (GUERRA, 2018, p. 71)

Uma garantia (W) pode ser expressa de forma lógica: “se p, então q.” Ocorrendo um estado de coisas do tipo “p”, torna-se correto inferir que ocorrerá “q”. No exemplo de Vasconcelos (2020, p.120), a sentença aberta que constitui a garantia seria assim formulada: “Sempre que se tem hipertensão, a prática de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde.” Assim, o layout básico de argumentos de Toulmin pode ser expresso da seguinte forma (VASCONCELOS, 2020, p.120):

**Figura 2:** Aplicação do layout básico de argumento de Toulmin



Analisada a estrutura do layout básico de Toulmin, necessário avançar sobre os outros elementos complementares criados pelo britânico, que possibilita distinguir claramente entre a força das alegações.

#### 4.4.3 *A força dos argumentos no layout geral*

<sup>57</sup> Acerca do conceito de garantia e a sua distinção com os dados ou razões, conferir Hitchcock (2003). Além de uma análise crítica do conceito de “garantia”, o artigo explora a distorção recorrente daqueles que se utilizam desse conceito.

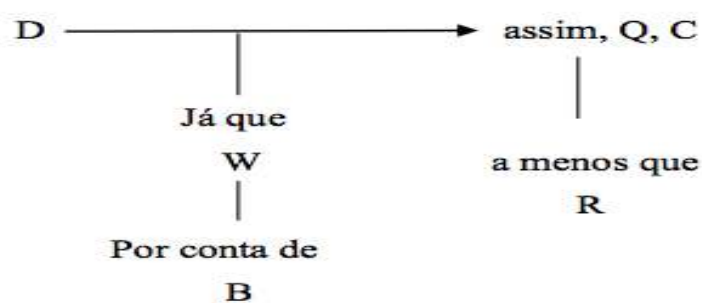


De acordo com Vasconcelos (2020, p.121): "Um outro grande mérito da teoria que permitiu romper com o paradigma dedutivista, de arguir a simples validade ou invalidade das proposições, ocorreu pela incorporação dos critérios de análise da força dos argumentos."

Nesse sentido, professor Marcelo Guerra (2018, p. 50), "Essa qualidade que os argumentos não dedutivos possuem e que variam de acordo com o acréscimo (ou retirada, por refutação) de novas premissas é o que se convencionou chamar a 'força de argumentos' (...)”

Portanto, a força da argumentação iria além da combinação dos elementos do modelo básico: dado (D), garantia (W), e conclusão (C), que representam campos-invariáveis, e repercute em os elementos complementares do modelo como o apoio (B), qualificadores modais (Q), e condições de exceção ou refutação (R), que são campos-dependentes. (VASCONCELOS, 2020, p. 121) Esse seria o novo layout:

**Figura 3: Layout completo de argumento de Toulmin**



Fonte: Toulmin (2006, p. 146)

De acordo com Vasconcelos(2020, p.121) , "os novos desafios serão capazes de reforçar, desacreditar ou mitigar a força da garantia apresentada, ou seja, a legitimidade do passo envolvido." Considerando-se a variabilidade das garantias (W), estas podem conferir diferentes graus de forças às conclusões. E isso decorreria da variabilidade dos campos de argumentação racional, decorrentes das possibilidade oriundas das sentenças abertas.

A qualidade e a força da garantia que legitima a passagem dos dados à conclusão é dado pelo suporte ou, no original, “backing”(B). Nada mais é do que o apoio do qual depende a autoridade da garantia, cujo desafio pode ser descrito da seguinte forma: “por qual motivo você institui essa passagem?”; “o que autoriza a sua garantia?” No exemplo seguido, a resposta seria: “Por conta dos estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde”.

Importante observar a advertência feita por Jocleber Rocha (2020, p.122)

[o] apoio (B) também é uma sentença fechada, tal qual o dado ou razão (D), mas dele se distingue funcionalmente por fornecer fatos

adicionais para apoiar a garantia e determinar a sua força. Nesse sentido, o apoio é um conjunto de informações ou fatos que permitem respaldar a garantia, demonstrando que ela é válida, relevante e com peso suficiente para permitir a “afirmação-ponte”<sup>58</sup>, ou seja, o estabelecimento de uma sentença condicional aberta. Serve o apoio, ainda, para selecionar uma garantia em detrimento de outra. Em síntese, o apoio reflete um corpo de experiência que reforçará a aplicação de determinada garantia em uma aplicação particular<sup>59</sup>.<sup>225</sup> No caso citado, esse apoio veio de fontes variadas, porém alinhadas, que foram estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde.

Toulmin afirma que pode acontecer de não bastar a especificação dos dados, garantia e alegação, do modelo básico. Pode ser necessário acrescentar elementos complementares, como um qualificador (Q), uma referência explícita ao grau de força que os dados conferem à alegação em virtude da garantia. Os qualificadores modais indicariam essa variação de força, sendo úteis para qualificar as conclusões em diversos níveis. Geralmente são consubstanciados em advérbios e locuções adverbiais como: necessariamente, certamente, presumivelmente, muito possivelmente, talvez, dentre outras formas<sup>60</sup>.

O desafio do qualificador pode ser feito na pergunta: “é certo, necessário, possível ou provável?” No exemplo de Vasconcelos (2020, p.123), os estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde são conclusivos e realizados sob balizas da pesquisa científica, o que impõe o grau de força que permite utilizar o qualificador “bastante possível”.

O último elemento complementar do modelo Toulmin, seriam as condições de exceção ou refutação, no original *rebutal*, representadas pela letra (R) e indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia (TOULMIN, 2006, p. 145). Nesse sentido, também ocorre uma variação de força do argumento, que deixa de ser aplicado em determinadas circunstâncias. A pergunta-desafio que pode ser feita é: “há exceção à conclusão? em qual situação o argumento não se sustenta?” No exemplo trabalhado, seria o elemento que constitui exceção: “Se a quantidade de exercícios for exagerada, não se deve fazer exercícios regularmente.”

Frise-se que os elementos complementares qualificadores modais, refutação e suporte, ocorrem em razão do desafio à garantia. O uso dos qualificadores indicam o grau de probabilidade da conclusão. A refutação é dirigida a negar ou diminuir a força da conclusão, enquanto que os dados e o suporte irão reforçá-la. Observe-se, ainda, que os dados, o apoio e

<sup>58</sup> Termo utilizado pelo próprio Toulmin (2006, p. 155).

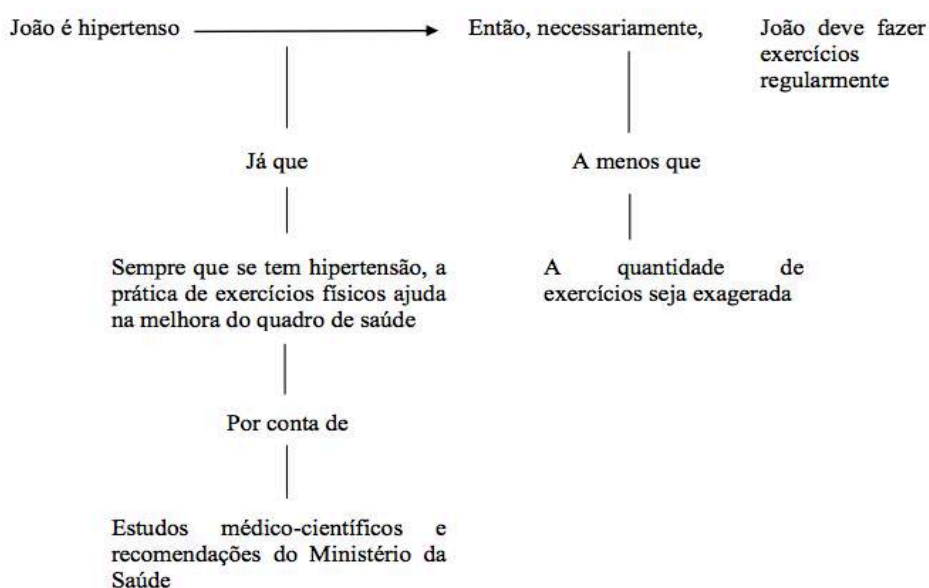
<sup>59</sup> Conferir Toulmin, Rieke e Janik (1978, p. 61).

<sup>60</sup> A base do estudo das probabilidades na argumentação não-dedutiva está no capítulo II de Toulmin (2006, p. 63-133)

a refutação, por terem a natureza de sentenças fechadas, poderão ser justificados em um novo layout, em que se tornariam, cada qual, a própria pretensão desses novos argumentos. (VASCONCELOS, 2020, p.123)

O layout geral, incluindo os elementos complementares do modelo que traduzem os aspectos de força, pode ser representado da seguinte maneira:

**Figura 4:** Aplicação do layout completo de argumento de Toulmin



Fonte: VASCONCELOS, 2020, p. 127

Visto de forma mais esquemática, pode-se assim reproduzir o layout acima:

**Figura 5 –** Quadro explicativo do Layout de Toulmin

ELEMENTOS	DESAFIO	CONECTIVOS	PROPOSIÇÕES
<b>Conclusão (C)</b>	O que você concluiu?	Logo, ou Conclui-se que	João deve fazer exercícios físicos com regularidade
<b>Dados (D)</b>	Por quê?	Considerando que	João é hipertenso
<b>Garantia (W)</b>	Como você deu esse passo?	Já que	Sempre que se tem hipertensão, a prática regular de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde
<b>Apoio (B)</b>	O que valida o seu passo?	Por conta de	Estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde
<b>Qualificador (Q)</b>	Qual a probabilidade da sua conclusão?	Certamente, necessariamente, provavelmente, etc	Necessariamente
<b>Refutação (R)</b>	Existe alguma ressalva?	A menos que	A quantidade de exercícios seja exagerada

Fonte: VASCONCELOS, 2020, p. 127

O quadro exemplificativo acima foi retirado da dissertação de mestrado de Jocleber Rocha<sup>61</sup>. De forma didática, condensa os elementos do modelo Toulmin, os desafios que se colocaram em cada etapa além dos "conectivos" que ilustram os desafios inferenciais.

De forma mais analítica poderíamos reescrever o modelo acima: “João deve, necessariamente, fazer exercícios físicos com regularidade porque é hipertenso. Exceto se a quantidade de exercícios for exagerada. Já que sempre que se tem hipertensão, a prática regular de exercícios físicos ajuda na melhora do quadro de saúde. Tudo isto, por conta de estudos médico-científicos e recomendações do Ministério da Saúde”.

É possível observar que, essa forma analítica, se aproximaria do uso argumentativo no cotidiano, indicando superioridade ao padrão silogístico dos argumentos dedutivos. (VASCONCELOS, 2020, p. 125).

#### ***4.4.4 O Modelo Toulmin aplicado: um exemplo do layout na jurisprudência consequencialista***

Após a breve explanação do modelo Toulmin, se faz necessário demonstrar a sua aplicação, ainda que de maneira simples, a um campo prático, destacando as suas características, benefícios de aplicação e limitações. Na prática cotidiana, os argumentos assumem várias formas e complexidades. Estão sujeitos a inúmeras e distintas formas de reforço e possibilidades de disputa.

A partir da aplicação de argumentos consequencialistas em um contexto dialético, pretende-se lançar ideias básicas para o posterior uso desse modelo em processos judiciais ou, ao menos, trazer referencial para incremento da pesquisa jurídica.

No Recurso Especial no 1.648.305/RS, o pedido versava sobre a extensão do auxílio acompanhante, previsto no art. 45 da lei n. 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do regime geral da previdência social, nos termos do voto do relator.

Repise-se os principais pontos argumentativos para melhor entendimento da proposta. Argumentação sumarizada do voto vencedor: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da isonomia; c) princípio da vedação à proteção insuficiente de direito fundamental; d) benefício de caráter assistencial, não se enquadra na regra da contrapartida; e) Brasil signatário da CIDPD/NY de 2007, que foi admitida com status de emenda

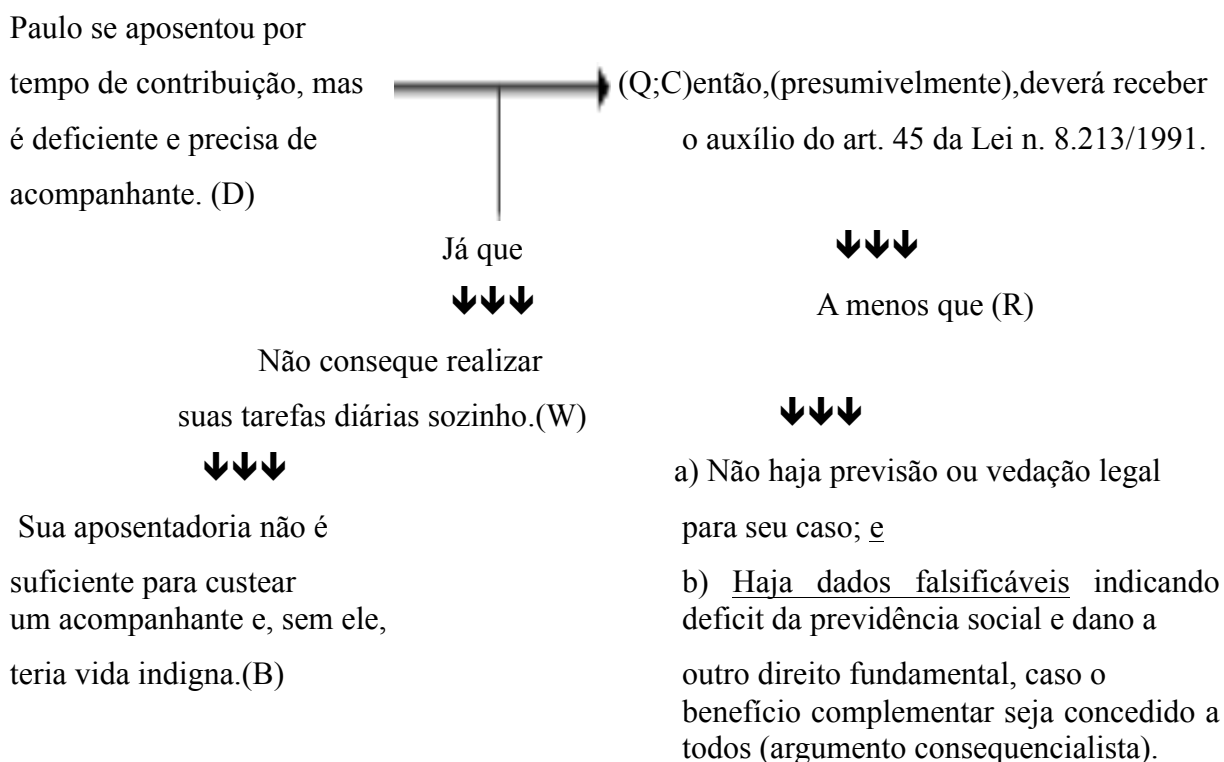
---

<sup>61</sup> Ver VASCONCELOS, Jocleber Rocha. Argumentação jurídica de leigos no sistema escabinado: estudo de modelos de justificação decisória nos conselhos de justiça militar. 2020. Dissertação Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.

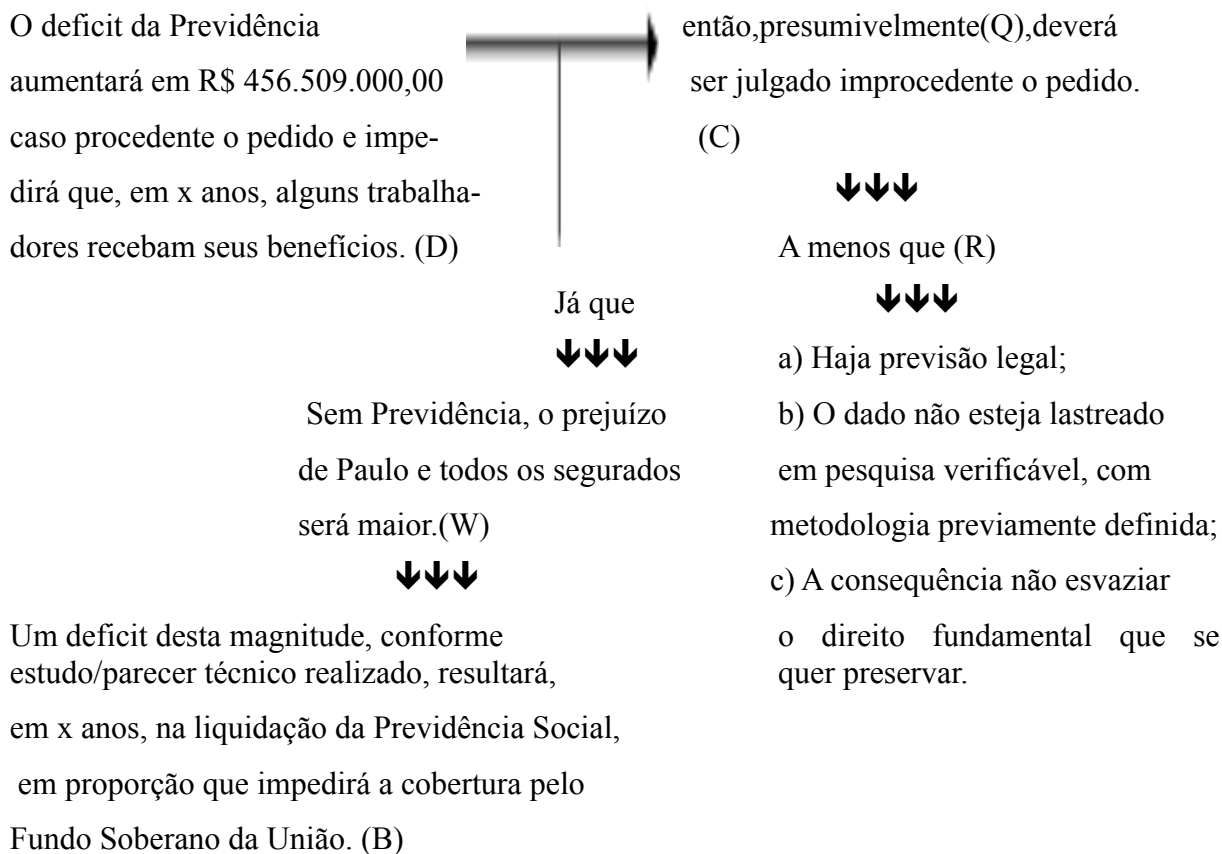
constitucional.

Argumentação do voto vencido: a) ausência de previsão legal. O Poder Judiciário não pode se substituir ao Legislativo; b) não há caráter assistencial no adicional de 25%, portanto necessário indicar a fonte de custeio (§5º do art. 195 da CF); c) princípio da seletividade (art. 194, parágrafo único, III cf/88 - atendimento pela necessidade) e a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, de caráter contributivo (art. 201, CF); d) estimativa de aumento do déficit da previdência social em R\$ 456.509.000,00 (quatrocentos e cinquenta e seis milhões, quinhentos e nove mil reais) apenas considerando-se os benefícios concedidos entre 2015 e 2017.

Aplicando-se o modelo Toulmin teríamos o seguinte layout:



Se focarmos apenas no argumento consequencialista, teremos um layout sucessivo:



**Legenda:** "D" = data(dado); C= claim(conclusão); W=warranty(garantia); Q= qualifier(qualificador); B=backing(suporte); R=rebutal(refutação).

Conclui-se que a aplicação do modelo tem amplas possibilidades de refinar a argumentação consequencialista afastando ou, ao menos, expondo posturas que alhures denominou-se de "consequenciachismo", justamente por não seguir um padrão lógico argumentativo, mas ideologias, heurísticas e vieses de cada magistrado.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por propósito identificar e analisar criticamente o uso de argumentos consequencialistas no Direito Brasileiro como fundamento de decisões judiciais. Identificados seus usos, foram propostas formas de evitar o abuso, como a pesquisa empírica

e o modelo argumentativo de Toulmin, este último possibilitando a compreensão de que determinadas estruturas de premissas devem seguir-se no processo de fundamentação, validando racionalmente o argumento consequencialista.

Para tal, no capítulo primeiro foram investigadas as bases axiológicas e históricas do consequencialismo, suas principais vertentes, ideias e críticas. No capítulo segundo, avançou-se sobre seu espraiamento pelo Direito, o consequencialismo jurídico, analisando-se sua legitimidade através das ideias das diferentes correntes que tiveram inspiração em suas premissas, como o pragmatismo jurídico e a análise econômica do direito. No capítulo terceiro, buscou-se a fundamentação do consequencialismo no Direito Brasileiro, tendo por norte a Constituição, as leis em sentido estrito, os atos normativos, além da jurisprudência aplicada sobre o tema, neste último caso com análise de julgados do STF e do STJ. Ainda, no mesmo capítulo, foram apontadas as principais críticas ao uso de argumentos consequencialistas no Direito de forma a identificar, *ex ante*, eventuais abusos em sua utilização em juízo.

No capítulo quarto, cotejando as críticas do capítulo anterior, foram apresentadas propostas de evitar abusos na utilização de argumentos consequencialistas em juízo, como a pesquisa empírica e o layout argumentativo de Toulmin, um modelo lógico que valida o uso de argumentos consequencialistas no Direito Brasileiro, desde que preenchidas as premissas mínimas ali estabelecidas.

Antes de finalizar o texto, é preciso deixar assentadas algumas observações. A primeira é que nem sempre haverá uma colisão entre o argumento consequencialista e o Direito. O pensamento pragmático não resulta necessariamente em soluções anti-éticas ou amorais. Ao contrário, muitas vezes o raciocínio consequencialista e o ético levarão aos mesmos resultados, reforçando-se mutuamente na tarefa de convencimento social. Não é prudente, apenas com base em ilações pré-concebidas, deixar de se utilizar de um poderoso ferramental argumentativo e anfótero que pode harmonizar os muitas vezes antagônicos direitos fundamentais de nossa compromissória Constituição Federal.

Essa estranheza dos operadores do Direito deriva de nossa tradição afastada da pesquisa e mais centrada em argumentos de autoridade da dogmática jurídica. Portanto, devem estes juristas iniciar estudando o argumento econômico para que iniciem a compreensão de que nada há de antijurídico na interação entre consequencialismo e direito. Talvez por isso a AED tenha feito tantos adeptos em terras brasileiras.

Os agentes econômicos procuram moldar as normas jurídicas aos seus interesses econômicos, pressionando o legislador, os juízes e o governo para que as leis sejam úteis aos

seus objetivos de maximização das suas riquezas. Por outro lado, o Direito pressiona a economia, limitando o impulso lucrativo dos agentes econômicos, de forma que o capitalismo funcione de maneira mais ética e solidária.

Uma segunda observação é em relação a autocontenção do Poder Judiciário. De forma mais ampla, é certo que o contexto jurídico-político brasileiro mudou e a retórica judicial o acompanhou, mas isso não transformou o juiz em um político. Ao contrário, a legitimidade democrática do Poder Judiciário ainda está mais detida à ideia de aplicar a lei do que de criá-la. A própria tradição ocidental da *civil law* não admite falar em Estado de Direito quando se rejeita o princípio da legalidade, como vimos nas críticas da Professora Jane Reis.

Lado outro, não há como ignorar o fato de que o Poder Judiciário possui hoje razoável legitimidade política para rever – e, em alguns casos, até alterar – a lei e a política pública. A teoria libertária de Dworkin e Rawls abriu espaço para esse tipo de comportamento dos juízes, e a prática política e jurídica consolidou esse estado de coisas.

Como externalidade negativa, surgiram os maus usos do argumento, incluindo aqueles oriundos da má aplicação do consequencialismo sem substrato em pesquisa ou em modelos lógico-rationais. Como então, deve o juiz proceder para evitar (ab)usos?

A preocupação com a consequência flerta com o insólito: o que ainda não se estabeleceu, o que poderia ser melhor. Mas, não se trata aqui de futurologia, pueril esperança de reconstrução da sociedade ou única forma de obtenção de justiça. O cotejo das consequências das decisões judiciais deve ser vista como uma etapa normal e fundamental do ato de julgar, que os juristas devem adicionar a sua *praxis*.

Conclui-se que, a atuação pragmática/consequencialista do juiz, atividade eminentemente prática, voltada ao concreto, em que há prévia ponderação entre valores e consequências, deve, para ser corretamente aplicada, revestir-se de soluções tecnicamente aceitáveis, desenvolvidas com uso de pesquisa empírica e/ou modelos argumentativos racionais, sempre tendo como referencial uma norma do ordenamento. Assim procedendo-se, é provável que a sociedade atrele maior legitimidade e eficácia às decisões judiciais.



## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista**. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 1009, nov. 2019, p.1-9.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. [tradução: Virgílio Afonso da Silva]. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017a.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como Teoria da Justificação Jurídica**. [tradução: Zilda Hutchinson Silva]. 4 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017b.

ARGUELES, Diego Werneck. **Argumentos consequencialistas e estado de direito: subsídios para uma compatibilização**. 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2021.

ARGUELHES; Diego Werneck; LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp.171-212.

\_\_\_\_\_. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Direito, Estado e Sociedade, n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Como os Juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e as críticas de Ronald Dworkin / Thais Nunes de Arruda – São Paulo, 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.**

ÁVILA, H. **Argumentação Jurídica e Imunidade do Livro Eletrônico**. Revista Diálogo Jurídico, v. I, no. 5. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria da segurança jurídica**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECCARIA, Cesare, Marchesi di. **Dos Delitos e das Penas**. trad. Paulo M. Oliveira.(Ed. especial) - Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

\_\_\_\_\_. **“Offenses against Oneself,”** ed. Louis Crompton, Journal of Homosexuality 3(4) (1978), 389–406; 4(1) (1978), 91–107.

BERTEN, André. **Habermas, Direito e Pragmatismo**. Revista eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro, n.3, 2011.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. **Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020. DOI: 10.5380/rinc.v7i3.71771.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Senado, 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Brasília, DF: Senado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF: Senado, 1999.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 407.688-8**. Relator: Min. Cezar Peluso. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 30 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/São Paulo**. Relator: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 17/02/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Public 17-05-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 30 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 574.706/SP** – São Paulo; Habeas Corpus; Relator: Min. Teori Zavascki; Julgamento: 17/02/2016; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJe-100 Divulg 16-05-2016 Publicado em 17-05-2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.766**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.aspbase=ADI&documento=13465868&s1=5766&numProcesso=5766>>. Acesso em: 30/12/2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 783.958**, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 29.5.2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 888.815/RS** – Rio Grande do Sul; Relator: Min. Roberto Barroso; Relator p/ Acórdão: Min. Alexandre de Moraes; Julgamento: 12/09/2018; Órgão julgador: Tribunal Pleno; Publicação Processo Eletrônico DJE-055 Divulg 20-03-2019 Public 21-03-2019. Disponível em: Acesso em: 29 Mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 363.943– MG 2001/0121073-3**; Relator: Min. Humberto Gomes de Barros; Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Publicação DJ 01/03/2004 p. 119. Julgamento 10 de Dezembro de 2003. Disponível em:

<[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200101210733&dt\\_publicacao=01/03/2004](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200101210733&dt_publicacao=01/03/2004)>. Acesso em: 29 Mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 771787 DF; 2005/0109243-7**; Relator Ministro João Otávio Noronha. Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Publicação DJe 27/11/2008, DJe 27/11/2008 Julgamento 15 de Abril de 2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200501092437&dt\\_publicacao=27/11/2008](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501092437&dt_publicacao=27/11/2008)>. Acesso em: 29 Mai. 2021.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Seminário Teoria da Decisão Judicial** (2014: Brasília, DF). Seminário Teoria da Decisão Judicial : 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília. DF / Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; coordenação científica Ricardo Villas Bôas Cueva. – Brasília : CJF, 2014 186 p. : II. – (Série cadernos do CEJ ; 30). Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial/@download/arquivo>>. Acesso em 20 abr. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE; Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970.

\_\_\_\_\_. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <[https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Guido\\_Calabresi&oldid=1022885483](https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Guido_Calabresi&oldid=1022885483)>. Acesso em 27 mai. 2021.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Argumento Consequencialista no Direito**. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica).

COASE, R. H. "**Law and Economics at Chicago**." *The Journal of Law & Economics* 36, no. 1 (1993): 239-54. Acesso em 30 Mai. 2021. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/725475>>.

COELHO, Beatriz. **Pesquisa científica: um guia completo com classificações e metodologia**. Jun. 2018. Disponível em: <<https://blog.mettzer.com/pesquisa-cientifica>> Acesso em 07 Abr. 2021.

COOTER, Robert. **Law and the Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books**. *UCLA Law Review*, v. 29, 1982.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Trad.: Luís Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. - Porto Alegre: Bookman, 2010.

COZBY, Paul C. **Métodos de pesquisa em ciências do comportamento**. 5ª reimpressão, São Paulo: Atlas, 2011.

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coordenação e organização). **Pesquisa empírica em direito**. – Rio de Janeiro : Ipea, 2013.

DE MENDONÇA, José Vicente Santos. **Em defesa do consequenciachismo**. Direito do Estado, ano 2018, 16 set. 2018, nº 413. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/jose-vice-santos-men-donca/em-defesa-do-consequenciachismo>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

DE WAAL, Cornelis. **Sobre o pragmatismo**. Tradução Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DIDIER, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no 73, jul./set. 2019.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo. WMF Martins Fontes: 1ª ed. 2010.

\_\_\_\_\_. **Is Wealth a Value?** The Journal of Legal Studies, Vol. 9, No. 2, Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives, 1980, pp. 191-226. Published by: The University of Chicago Press Stable. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em 24 mai. 2021.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo. WMF Martins Fontes: 1ª ed.

EISENBERG, Theodore. **The Origins, Nature, and Promise of Empirical Legal Studies and a Response to Concerns** (2011). *Cornell Law Faculty Publications*. 974. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/974>>. Acesso em 24 de mai. 2021.

FARBER, Daniel A. **Legal pragmatism and the Constitution**. *Minnesota Law Review*, v. 72, pp. 1331-1378, 1988.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. O pragmatismo antiteórico de Richard A. Posner e as respostas da teoria moral para a decisão judicial. 2015. 156 f. Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon. Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Consequencialismo, Neoconstitucionalismo e Argumentação Jurídica. Consequencialismo no Poder Judiciário**/Adilson Abreu Dalari ... [et al.]; organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel (Benedito Isaac) Chalita, José Renato Nalini – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

FERREIRA FILHO. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2000.

FINNIS, John. **Fundamentos de ética**. Tradução de Arthur M. Ferreira Neto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Recife: Tese de Doutorado, PPGD/UFPE, 2016.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil & Análise Econômica**. 1ª edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2019.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **O que é pragmatismo**. São Paulo: Brasiliense, 2007. Coleção Primeiros Passos, nº 323.

GUERRA, Marcelo Lima. **Interpretação e Argumentação: o modelo Toulmin e a fundamentação racional da atribuição de sentido a textos legislativos**. (No prelo). Originais ainda em fase de elaboração, gentilmente cedidos pelo autor em março/2019.

HUME, David, **Tratado da natureza humana: Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Deborah Danowski, trad. São Paulo: Imprensa Oficial: UNESP, 2001, livro III, parte I, seção I.

JARDIM, Flávio Jaime de Moraes. **Positivismo, Subjetividade e Consequencialismo**. In **Consequencialismo no Poder Judiciário**/Adilson Abreu Dalari ...[et al.]; organizado por Ives Gandra da Silva Martins, Gabriel (Benedito Isaac) Chalita, José Renato Nalini. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma teoria da decisão judicial: fundamentação, legitimidade e justiça**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Prospect theory: an analysis of decisions under risk**. *Econometrica – Journal of the Econometric Society*. Vol. 47, No. 2 (Mar., 1979), pp. 263-291. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1914185?origin=JSTOR-pdf&seq=1>>. Acesso em 30 dez. 2020.

KITCH, Edmund W. "The intellectual Foundations of 'Law and Economics'". *Journal of Legal Education*, v. 33, 1983.

HITCHCOCK, David. (2003) **Toulmin's Warrants**. In: Van Eemeren F.H., Blair J.A., Willard C.A., Snoeck Henkemans A.F. (eds) **Anyone Who Has a View. Argumentation Library**, vol 8. Springer, Dordrecht. P. 69-82.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Rio, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018), novembro/2018, p. 35.

KREEFT, Peter. **Socratic logic: a logic text using Socratic method, Platonic questions & Aristotelian principles**. 3 ed. South Bend: St. Augustine's Press, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 9 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 2014.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. **Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15**. In: LEAL, Fernando (Coord.);

MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 27.

\_\_\_\_\_. *Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno*. Jota, 01 out. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

LIMA, George Marmelstein. **Análise Econômica dos Direitos Fundamentais**. 2007. Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2007/12/14/analise-economica-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 29 Mai. 2021.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de Direito** [Tradução: Conrado Hübner Mendes]. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Consequencialismo e valores jurídicos abstratos na Lindb**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/direito-civil-atual-consequencialismo-valores-juridicos-abstratos-lindb>>. Acesso em 30 dez. 2020.

MEADOW, Sir Samuel Roy. **ABC of Child Abuse**. United Kingdow, BMJ Publishing Group; 3<sup>o</sup> edition, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. **Jurisprudência impressionista**. Época, 14 set. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/conrado-hubner-mendes/jurisprudencia-impressionista-23066592>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2a ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MINDA, Gary. **One Hundred Years of Modern Legal Thought: from Langdell and Holmes to Posner and Schlag**. Indiana Law Review, v. 28, pp. 353-390, 1995a.

\_\_\_\_\_. **Postmodern legal movements: law and jurisprudence at century's end**. New York: New York University Press, 1995b. 350p.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Editora: Porto Editora: Portugal, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sobre a liberdade e A sujeição das mulheres**. Tradução de Paulo Geiger. Penguin-Companhia das Letras. 1<sup>a</sup> ed. São Paulo.

NALINI, José Renato. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. São Paulo: RT, 2013.

NOVAIS, Aline Lima Melo. **Direito, democracia e economia: a democracia pragmática de Richard Posner**. Revista Arquivo Jurídico, n. 1, Volume 06, Teresina: 2019, p.96-115.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria** (livro eletrônico) -- 2<sup>a</sup> ed. -- São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 11<sup>a</sup> ed. revista. 2020.

NUSSBAUM, Martha C.. **Still Worthy of Praise**. Harvard Law Review, Cambridge, v. 111, n. 7, 1998, p.1776-1795.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013, p. 109-119.

POSNER, Richard A. **The rise and fall of judicial self-restraint**. In: California Law Review. Vol. 100. No. 3. June 2012; p. 519-556.

\_\_\_\_\_. **Para além do Direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

\_\_\_\_\_. *The economics of justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983, 2a ed., p. 55, NR 21.

\_\_\_\_\_. **Overcoming Law**, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**. Aspen Publishers: Nova Iorque. 7ª ed. 2007a.

\_\_\_\_\_. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

\_\_\_\_\_. **“Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”**. The Journal of Legal Studies. v. 8, n.1, 1979, pp. 103-140;

\_\_\_\_\_. **“Some Uses and Abuses of Economics in Law”**. The University of Chicago Law Review, v. 46, n. 2, 1979, pp. 281-306.

\_\_\_\_\_. **“The Homeric Version of the Minimal State”**. Ethics, v. 90, n.1, 1979, pp. 27-46.

\_\_\_\_\_. **“The economic approach to law”**. Texas law review, v.53, n.4, 1975.

\_\_\_\_\_. In: **WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre**. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Richard\\_Posner&oldid=55184918](https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Richard_Posner&oldid=55184918)>. Acesso em: 18 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. *The problems of jurisprudence*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

\_\_\_\_\_. The deprofessionalization of legal teaching and scholarship. **Michigan Law Review**, v. 91, pp. 1921-1928, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. **Hofstra Law Review**, v. 09, pp. 775-794, 1981.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

RAPHAEL, D. D., ed. *The British Moralists*. Oxford: Oxford University Press, 1969.

ROBBINS, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. “The Concise Encyclopedia of Economics”, disponível em <<http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html>>. Acesso em 27 Mai. 2021.

POGREBINSCHI, Thamy. **Será o neopragmatismo pragmatista? Interpelando Richard Rorty**. *Novos Estudos*, n.74, mar. 2006, p. 125-139.

PORTELA, Fábio. **O que é pesquisa empírica em Direito**. Disponível em <<https://www.pesquisajuridica.blog.br/metodologia/pesquisa-empirica-em-direito>>. Acesso em 07 Abr. 2021.

REIS, Jane Gonçalves de Jesus. **As garantias constitucionais entre utilidade e substância: uma crítica ao uso de argumentos pragmatistas em desfavor dos direitos fundamentais**. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS - Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 10 - n.35 - jul./dez. 2016. p. 1-385.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Estudos em direito & economia [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento**. 1. ed. -- Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. \_\_\_\_\_ . “**The Art of Law & Macroeconomics**”, *University of Pittsburgh Law Review*, v. 74, issue 2, 2012, p. 1-37. Disponível em: <<https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/the-art-of-law-macroeconomics-janeiro-de-2013.pdf>>. Acesso em 30 dez.2020.

SCHUARTZ, L. Fernando. **Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. *Revista de Direito Administrativo, Atlas*, p. 130-158, 2008.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004.

SIDGWICK, Henry. "**The Methods of Ethics**". Indianapolis, IN, United States: Hackett Publishing Co., 1981.

SPRIGGE, Timothy L. S.; BURNS, J. H., eds. (2017). **Correspondence of Jeremy Bentham**, Volume 1: 1752 to 1776. UCL Press. ISBN 9781911576051.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio é preguiça. Direito administrativo para céticos**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle**. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro, UERJ/ FGV-Rio, 2017, p. 22.



SUNSTEIN, C. **One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court.** Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001.

TAMANAH, Brian Z. Pragmatism in U.S. legal theory: its application to normative jurisprudence, sociolegal studies, and the fact-value distinction. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 41, pp. 315-355, 1996.

TIMM, Luciano Benetti et al. **Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito.** 3. Ed. Indaiatuba: foco, 2019.

THOMPSON, W. C.; SCHUMANN, E. L. (1987). Interpretation of statistical evidence in criminal trials: The prosecutor's fallacy and the defense attorney's fallacy. *Law and Human Behavior*, 11(3), 167 – 187. <https://doi.org/10.1007/BF01044641>.

TONHASCA JR., Athayde. **Vítimas das Probabilidades. Quando equívocos estatísticos levam a erros judiciais.** Revista Ciência Hoje, Rio de Janeiro, n. 315, vol. 53, Junho de 2014. p.28-31.

TORRES, Ricardo Lobo. **O consequencialismo e a modulação dos efeitos das decisões do STF**, in Revista de Direito Tributário Atual, n. 24, Instituto Brasileiro de Direito Tributário, Dialética, SP, 2010, p.440.

TORRES, Heleno Taveira. **Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial.** **Consultor jurídico**, 18 de julho de 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>> Acessado em 12 de abr. 2021.

TORRANO, Bruno. **Pragmatismo e a urgência de um "pós-positivismo" no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento.** 2ª ed. [tradução: Reinaldo Guarany]. São paulo: Martins Fontes, 2006.

TOULMIN, Stephen; RIEKE, Richard; JANIK, Allan. **An introduction to reasoning.** New York: Macmillan, 1978.

VASCONCELOS, Jocleber Rocha. **Argumentação jurídica de leigos no sistema escabinado: estudo de modelos de justificação decisória nos conselhos de justiça militar.** 2020. Dissertação Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2020.

VIDAL, Bernardo Raposo; JORGE NETO, Nagibe de Melo. "Os argumentos econômicos e as limitações ao seu uso". Revista Themis, n.1/2021. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/>>.

WACKS, Raymond. **Philosophy of law: A very short introduction.** New York: Oxford University Press, 2006. 127p.

WANG, Daniel Wei Liang. **Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência.** Jota, 20 set. 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>>. Acesso em: 21 jul. 2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça.** São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.