

Aula 2 - O Direito e suas consequências

Teoria da Decisão – 2024.1

Lucas Thevenard

Observação

- Recapitulando algumas orientações pedagógicas...
- Horário de atendimento:
 - Terças, das 11:00 às 12:00.
 - E-mails: lucas.gomes@fgv.br

Recapitulando...

- Definição de Teoria da Decisão (5 elementos)
- Direito vs. consequencialismo
 - Incompatibilidade? (Passado vs. Futuro)
- **Compatibilidade**: 4 argumentos
 - Juízes pautam suas decisões por consequências (pesquisa AMB);
 - Há previsão no Direito Posto (LINDB, arts. 5º e 20);
 - Métodos tradicionais de exegese jurídica exigem considerações consequencialistas (proporcionalidade em sentido estrito);
 - Decisões jurídicas podem produzir substanciais efeitos no mundo (exemplo do texto?).

"Se, portanto, por um lado, parece haver boas razões conceituais ou econômicas para evitar considerações consequencialistas em processos reais de tomada de decisão jurídica, parece, por outro, inevitável que o direito conviva com raciocínios dessa natureza. Pensar o raciocínio jurídico — com especial destaque para o raciocínio judicial — de uma maneira metodologicamente rigorosa a partir de uma perspectiva consequencialista se faz necessário, por isso, para além de disputas normativas ou conceituais sobre o direito ou o tipo de postura decisória judicial desejável em um estado de direito (ainda que não independentemente delas). É essa visão que nos leva à teoria da decisão."

Leal, p. 89

Recapitulando...

- **Limpando o terreno:**
 - Consequências jurídicas vs. consequências fáticas ("efeitos no mundo")
 - Consequencialismo não é... utilitarismo, AED, etc.
 - Apenas um tipo de argumento.
- **Estrutura:**
 - *Ponto de vista*: A ação X é desejável
 - *Porque*: A ação X produz a consequência Y (afirmação empírica/positiva)
 - *E*: A consequência Y é desejável (afirmação normativa)

Roteiro de aula

- Debate dos textos sobre consequenciachismo
- Desafios dos argumentos consequentialistas
- Posturas consequentialistas

1. Debate dos textos

2. Desafios dos argumentos consequencialistas

Algumas perguntas difíceis...

- Por que e quando utilizar argumentos consequencialistas?
- Argumentos consequencialistas *contra legem* são legítimos?
- É possível ser um consequencialista rigoroso?
- É **racional** tentar sê-lo? Quais são as **consequências do consequencialismo**?

Alexandre Aragão, [Simpósio "LINDB e Administração Pública"](#) (EMERJ, 16/08/2019)

"De que pressuposto epistemológico/científico partia a LINDB [antes da reforma]? Do pressuposto de que a atividade de interpretação e aplicação do Direito era uma atividade declaratória e de que o Direito era um ramo do conhecimento que se bastava a si próprio: o Direito como uma ciência pura. Questões econômicas, estatísticas e sociais não interessavam ao Direito. Poderiam até inspirar o legislador, mas após a positivação da regra, não interessavam mais ao Direito. (...) A interpretação e aplicação do Direito era vista como uma atividade meramente cognoscitiva, ou seja, de apenas conhecer e revelar o conteúdo que já estava na Lei."

Alexandre Aragão, [Simpósio "LINDB e Administração Pública"](#) (EMERJ, 16/08/2019)

"O que a LINDB nova muda como pressuposto é que ela assume a interpretação do Direito como uma atividade volitiva, de exercício de vontade, de conteúdo criativo. E, assumindo essa natureza inevitável da atividade de interpretação e aplicação do Direito, ela passa a disciplinar como essa criação do Direito no caso concreto – especialmente pelo Judiciário, na hora de aplicar as leis – deve ser exercida."

Qual é a função da interpretação jurídica?

- Direito como...
 - promotor de segurança e estabilizador social de expectativas normativas.
- *De lege data VS. de lege ferenda*

Alexandre Aragão, **Simpósio "LINDB e Administração Pública"** (EMERJ, 16/08/2019)

"O artigo 20, parágrafo único dispõe que as medidas judiciais – isso aqui, os juízes estão com muito medo disso aqui – que as medidas judiciais devem ser comparadas com outras medidas em tese possíveis. Eu já estive em alguns eventos aqui de juízes e eles estão preocupados: 'mas aí a gente vai ter que ficar imaginando as outras alternativas?' 'Nós vamos ter capacidade institucional de ficar cogitando que outras medidas, em tese, seriam possíveis, e aí ponderar uma relação de custo e benefício de cada uma delas, em relação à que eu pretendo tomar na sentença, ou na liminar'? Está-se construindo de colocar com a parte esse ônus, de certa maneira probatório, de que aquela medida judicial pleiteada, comparada com outras, é a que tem as consequências práticas também menos onerosas."



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Consultoria Jurídica

TC-012.028/2018-5 Parecer sobre o PL 7448/2017, em face do parecer-resposta dos autores do PL e de outros juristas

PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5

INTERESSADO: Tribunal de Contas da União.

ASSUNTO: Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado.

O Projeto de Lei 7.448/2017, cuja origem foi o PLS 349/2015, apresentado no Senado Federal pelo Senador Antonio Anastasia, com base em proposta que lhe foi submetida pelos advogados e professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, trata, segundo consta de sua ementa, de incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *“disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”*.

TCU: Parecer TC-012.028/2018-5

"Em face do todo o exposto, entendemos que a insegurança jurídica e a ineficiência da Administração Pública não são problemas que se resolvem com a criação de critérios de interpretação das normas, especialmente quando referidos critérios, pela sua textura aberta, trazem grande potencial para promover o efeito inverso do desejado, ou seja, mais insegurança jurídica e ineficiência."

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, associação civil sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 00.536.110/0001-72, representativa dos interesses dos magistrados da Justiça do Trabalho, com sede no SHS, Quadra 06, bloco E, conj. A, salas 602 a 608, Ed. Brasil XXI Business Center Park I, Brasília, DF, CEP.: 70.316-000, vem, por seus advogados, respeitosamente, à presença de V.Exa, propor a presente

ação direta de inconstitucionalidade

(CF, art. 102, I, a)

em face dos artigos 20, 21, 22 e 23 da Lei Ordinária Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018 (DOU de 26/4/2018), inseridos na “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (Lei n. 4.657/1942) que necessitam de interpretação conforme a Constituição Federal para observarem os princípios da separação (art. 2º) de poderes e do contraditório (art. 5º, LV), sob pena de invalidade, nos termos e pelos fundamentos a seguir deduzidos.

STF: Anamatra impugna dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que afrontam independência judicial

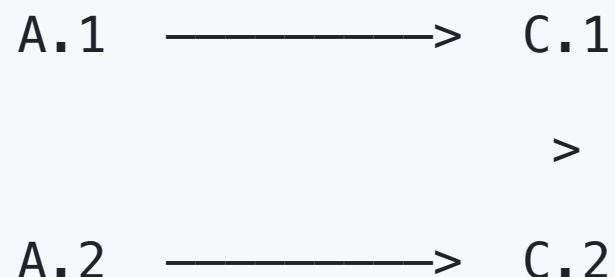
"(...) os artigos 20 a 23 da Lei n. 13.655/18, inseriram normas na LINDB que estão impondo, como condição de validade de algumas decisões judiciais, a indicação (a) das consequências práticas destas, (b) das alternativas existentes, (c) dos obstáculos e dificuldades ao cumprimento por agentes públicos, e (d) de regime de transição."

"Da mesma forma, estão impondo que os magistrados atuem sem provocação das partes e em substituição tanto ao Poder Executivo (administração pública) para atuar em nítido caráter consultivo, como ao Poder Legislativo (para legislar no caso concreto), o que exorbita da atividade jurisdicional e das competências do Poder Judiciário."

Componentes e dimensões de argumentos consequencialistas

- **Dimensões:**
 - Positiva: quais são as consequências das alternativas de ação disponíveis?
 - Normativa: quais consequências são mais ou menos desejáveis?
- **Componentes:**
 - Alternativas de ação (dimensão positiva)
 - Consequências vinculadas às alternativas (dimensão positiva)
 - Relação de preferência entre as consequências (dimensão normativa)

Componentes e dimensões de argumentos consequencialistas



Descrição: 2 alternativas de decisão (A1, A2) associadas com setas a 2 consequências (C1, C2) ordenadas quanto às preferências do decisor ($C1 > C2$).

Problemas da Dimensão Positiva

- Especificação de problemas decisórios
 - Identificação das alternativas de decisão
 - Identificação das possíveis consequências/eventualidades
- Desconhecimento do futuro: erros de prognose
- Cadeias de eventos e a falácia do efeito-dominó

Como vocês escolheram estudar direito?

- Consideraram as todas as alternativas decisórias?
- Analisaram as consequências possíveis dessas alternativas?
- Como escolheram organizar o processo decisório?
 - Até quando buscar mais informações?
 - Qual horizonte de tempo deve ser considerado?
 - Como simplificar o problema decisório? O que é relevante?

Dilema da especificação de problemas decisórios

- Resnik: Campanha de vacinação contra a gripe suína nos EUA em 1975.
 - Especialistas não consideraram a hipótese que ocorreu: a vacina paralizou uma parte da população.

Dilema da especificação de problemas decisórios

- **Resnik**: A questão acerca de como devemos especificar um problema decisório é, em si, um problema decisório.
 - Decisão de segunda ordem:
 - Como aplicar a TD ao problema de como decidir? Como aplicar a TD ao problema de como decidir como decidir? E assim por diante ...
 - Redução ao infinito: limite lógico objetivo à possibilidade de se fundamentar racionalmente uma decisão.

O desconhecimento do futuro

- Luhmann: assimetria fundamental entre o 'presente futuro' e o 'futuro presente'.
 - Integração temporal: perspectivas fenomenológica e modal da temporalidade
 - Presente futuro: Star Trek, cartões dos chocolates Hildebrand, etc.

Como o Supremo afetará a economia brasileira se considerar os planos econômicos inconstitucionais?

- Efeitos estimados variavam de R\$ 2,5 bilhões a R\$ 1 trilhão à época da decisão (Leal).
 - IDEC: R\$ 8,4 bilhões
 - PGR: R\$ 24 bilhões
 - Obs: PGR reduz em R\$ 420 bi estimativa de lucro de bancos com os planos
 - Febraban: R\$ 149 bilhões
 - Bacen: R\$ 1 trilhão
- Comportamentos oportunistas? Argumentos *ad terrorem*?

REsp 363.943, voto min. Humberto Gomes de Barros

Cheguei a essa conclusão, após receber um pedido de medida cautelar, formulado por um pequeno município do Estado do Rio de Janeiro, no propósito de proibir a empresa de eletricidade local, de cortar o fornecimento de energia elétrica a qualquer residência localizada no território do Município, cujo morador deixasse de pagar a conta de luz. A teor da petição, o corte, em tal circunstância, traduziria atentado à dignidade humana.

Neguei a liminar, com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo a 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. (...)

REsp 363.943, voto min. Humberto Gomes de Barros

Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em 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. (...)

REsp 363.943, voto min. Humberto Gomes de Barros

Com efeito, a distribuição de energia é feita, em grande maioria, por empresas privadas que não estão obrigadas a fazer benemerência em favor de pessoas desempregadas. A circunstância de elas prestarem serviços de primeira necessidade não as obriga ao fornecimento gratuito. Ninguém se anima em afirmar que as grandes redes de supermercados e as farmácias – fornecedoras de alimentos e medicamentos – devem entregar gratuitamente, suas mercadorias aos desempregados. O corte é doloroso, mas não acarreta vexame. Vergonha maior é o desemprego e a miséria que ele acarreta. Em linha de coerência, deveríamos proibir o padrão de despedir empregados. O fornecimento gratuito de bens da vida constitui esmola. Negamos empregos a nosso povo e o apascentamos com esmolas. Nenhuma sociedade pode sobreviver, com seus integrantes vivendo de esmolas.

Recapitulando: problemas da dimensão positiva

- Especificação de problemas decisórios
 - Identificação das alternativas de decisão
 - Identificação das alternativas possíveis
- Desconhecimento do futuro: erros de prognose
- Cadeias de eventos e a falácia do efeito-dominó

Problemas da dimensão normativa

- Seleção dos critérios de valoração
- Definição do sentido concreto desses critérios
- Resolução de conflitos entre os critérios escolhidos

Voltando ao problema da escolha da carreira

- Seleção dos critérios de valoração
- Definição do sentido concreto desses critérios
- Resolução de conflitos entre os critérios escolhidos

3. Posturas consequencialistas

Ser ou não ser?

- Só há uma forma de adotar argumentos consequencialistas?
- Argumentos consequencialistas são necessariamente *contra legem*?
- Em quais circunstâncias é possível usar argumentos consequencialistas?

Classificações das posturas consequencialistas:

- Quanto à **adequação à legislação vigente**
 - Consequencialismo *Secundum legem*;
 - Consequencialismo *Praeter legem*;
 - Consequencialismo *Contra legem*.
- Quanto ao **peso na fundamentação da decisão**
 - Consequencialismo forte;
 - Consequencialismo fraco;
 - Consequencialismo residual.

Quanto à adequação à legislação vigente

- Analogia com o caso dos costumes (fonte do Direito):
 - **Costumes *Secundum legem***: A lei estipula a observância de costumes.
 - **Costumes *Praeter legem***: A lei não prevê solução para o caso, surge a necessidade de preencher lacunas legais.
 - **Costumes *Contra legem***: Uso dos costumes contra lei que ainda estaria formalmente vigente, quando a lei cai em completo desuso.

Quanto à adequação à legislação vigente

- **Consequencialismo *Secundum legem***: Análise das consequências está prevista em lei.
- **Consequencialismo *Praeter legem***: A lei não prevê solução para o caso, surge a necessidade de preencher lacunas legais.
- **Consequencialismo *Contra legem***: Decisão baseia-se em argumentos consequencialistas ainda que estes estejam em contradição com a lei.

Quanto ao peso na fundamentação da decisão

- **Consequencialismo forte:**
 - [Leal, 2018](#): "... uma decisão é adequada se, e somente se, não se encontra uma decisão alternativa cujas consequências sejam preferíveis às suas..."
 - Quais tipos de argumentos, quanto à adequação à legislação, um consequencialista forte pode fazer?

Quanto ao peso na fundamentação da decisão

- **Consequencialismo fraco:**
 - [Leal, 2018](#): "... as consequências podem ser utilizadas ao lado de outros argumentos institucionais, mas nunca com peso superior a esses ..."
 - Quais tipos de argumentos, quanto à adequação à legislação, um consequencialista fraco pode fazer?

Quanto ao peso na fundamentação da decisão

- **Consequencialismo residual:**
 - [Leal, 2018](#): "... as consequências exercem um papel residual nas decisões, sendo utilizadas, somente, quando argumentos institucionais não forem capazes de determinar uma solução ..."
 - Quais tipos de argumentos, quanto à adequação à legislação, um consequentialista residual pode fazer?

Gradação de possibilidade de tensão com o Estado de Direito

- Nível de tensão:
 - Contra legem > praeter legem > secundum legem
 - Forte > fraco > residual
- O que pode gerar situações de tensão são cenários em que as consequências sejam muito sensíveis, estimulando a adoção de posturas fortes e argumentos *contra legem*.

Adicionamos mais uma argumento à defesa da compatibilidade entre consequencialismo e Estado de Direito

- 5 argumentos pela compatibilidade
 - Juízes pautam suas decisões por consequências (pesquisa AMB);
 - Há previsão no Direito Posto (LINDB, arts. 5º e 20);
 - Métodos tradicionais de exegese jurídica exigem considerações consequencialistas (proporcionalidade em sentido estrito);
 - Decisões jurídicas podem produzir substanciais efeitos no mundo;
 - **Posturas consequencialistas podem ser adequadas à legislação (secundum legem e praeter legem) e compatíveis com argumentos institucionais (consequencialismo fraco e residual).**

Questão de prova do semestre passado

Considere o seguinte trecho do voto proferido pelo ministro Celso de Mello no MS 25.668-1/DF:

"É, portanto, com apoio na Constituição e nas leis – e não na busca pragmática de resultados – que se deverá promover a solução do justo equilíbrio entre as relações de tensão que emergem do estado de permanente conflito entre o princípio da autoridade, de um lado, e o valor da liberdade e dos demais direitos e garantias individuais, do outro."

"O que simplesmente se revela intolerável – e não tem sentido, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à rule of law [no sentido de Estado de Direito] – é a insinuação, de todo paradoxal, contraditória e inaceitável, de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis configuraria fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação social" (grifos no original)."

A) A partir da afirmação do ministro do Supremo Tribunal Federal e com base nas discussões travadas em sala, apresente dois argumentos capazes de justificar por que não é possível assumir facilmente que existe uma relação de tensão necessária entre Estado de direito e a "busca pragmática de resultados" levada adiante por juízes. **(2,0 pontos)**

ADI-4/1991

- **CF-88, Art. 192, § 3º** (redação à época) As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.
- **Parecer SR nº 70/1988** – o § 3º do art. 192 não tem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Parecer SR nº 70/1988

"Neste momento da vida nacional, a economia encontra-se sob forte turbulência inflacionária, com seqüente de antiga patologia financeira que se arrasta há mais de dez anos, impulsionada por várias causas, contra as quais o atual Governo vem lutando com tenacidade para evitar, a todo o custo, a hiperinflação e, a médio prazo, para baixar as taxas deste monstro desintegrador dos equilíbrios sociais.

"(...) a taxa de juros de uma economia capitalista deve refletir a taxa de retorno esperada dos diversos segmentos que a compõem, bem como as expectativas e, de modo geral, as forças de mercado, sob o risco de impor distorções ou gerar desvios de consequências mais nefastas que o 'mal' que se pretende combater com a fixação."

Parecer SR nº 70/1988: consequências imediatas

- desintermediação financeira;
- perda de transparência;
- desestímulo à poupança financeira;
- estímulo ao endividamento;
- fuga de capitais para operações especulativas;
- dificuldade na condução da política monetária pelo Bacen;
- aumento do risco de hiperinflação;
- incompatibilidade com o sistema de taxas flutuantes que vigora no mercado financeiro internacional,
- entre outras (...)

Resultado da ADI-4/1991

- O STF decidiu que o § 3º do art. 192 **não tem aplicabilidade plena e imediata**.
- Justificativa jurídica: o termo “juros reais” não está legalmente disciplinado, é necessário editar uma lei complementar para que a norma constitucional possa ser aplicada.

Voto do Ministro Carlos Velloso

"Os estudiosos de hermenêutica constitucional ensinam que as normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra, de eficácia plena. (...)

De outro lado, pode ocorrer que uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de "interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados", interpretação que daria à norma "sentido operante, atuante" (...).

É o caso da "taxa de juros reais" inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função jurisdicional (...)"