

# Aula 2 - O Direito e suas consequências

Teoria da Decisão – 2023.1

Lucas Thevenard

## Observação

- Recapitulando algumas orientações pedagógicas...
- Horário de atendimento:
  - Terças, das 8:00 às 9:00.
  - E-mails: [lucas.gomes@fgv.br](mailto:lucas.gomes@fgv.br)
- Roteiro do curso > I. Teoria da Decisão, consequencialismo e Direito > Aula 2 – O Direito e suas consequências: tipos de consequencialismo jurídico

## 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

- Desafios dos argumentos consequencialistas
- Posturas consequencialistas

# 1. 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.”*



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."*

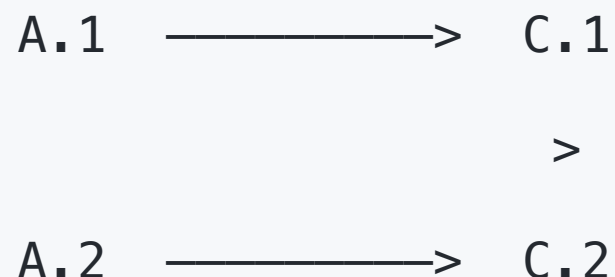
*"Da mesma forma, estão impondo que os magistrados atuem sem provocação das partes e em substituição tanto ao Poder Executivo (administração pública) para atuar em nítido caráter consultivo, como ao Poder Legislativo (para legislar no caso concreto), o que exorbita da atividade jurisdicional e das competências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

## 2. 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 consequencialista 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 (...)"*