

MAIKE WILE DOS SANTOS

LEVANDO AS CONSEQUÊNCIAS A SÉRIO

Direito, racionalidade e consequentialismo

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. José Reinaldo de Lima Lopes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

MAIKE WILE DOS SANTOS

LEVANDO AS CONSEQUÊNCIAS A SÉRIO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Professor Titular Dr. José Reinaldo de Lima Lopes.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Autorizo a reprodução e a divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Santos, Maíke Wile dos

Levando as consequências a sério: direito, racionalidade e consequencialismo /
Maíke Wile dos Santos; orientador José Reinaldo de Lima Lopes – São Paulo, 2020.

131 p.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria
Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Consequencialismo. 2. Consequencialismo jurídico. 3. Justiça. 4. Direito e consequência. 5. Raciocínio jurídico. I. José Reinaldo de Lima Lopes. II. Levando as consequências a sério.

Nome: SANTOS, Maike Wile dos

Título: Levando as consequências a sério: direito, racionalidade e consequencialismo

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: __/__/__

Banca Examinadora

Professor Titular José Reinaldo de Lima Lopes (orientador)
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Professor Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

Professor Dr. _____ Instituição _____
Julgamento _____ Assinatura _____

AGRADECIMENTOS

Toda vez que leio uma dissertação ou tese, uma das minhas partes preferidas são os agradecimentos. Enquanto escrevo estes agradecimentos, um misto de alívio e nostalgia toma conta de mim. Escolhi fazer mestrado não pelo título, mas pela experiência de poder aprender com um dos maiores mestres que a vida pode me dar. Acompanho o professor José Reinaldo desde 2014, e esta dissertação de certa forma consolida cinco anos de estudos e dedicação. Durante esses anos, encarei o mestrado como um trabalho diário (porque de fato é), e não como um complemento a alguma outra carreira. A dupla rotina de mestrado mais outro trabalho foi exaustiva, realmente muito difícil. Estar nesse espaço (não impossível, mas muito difícil) me fez sair da zona de conforto e amadurecer. Agradeço ao professor José Reinaldo por acreditar em mim e constantemente me estimular. Sua capacidade analítica e erudição são inspiradoras, e levarei seus ensinamentos para o resto da vida.

Agradeço aos contribuintes do estado de São Paulo, que me permitiram fazer este mestrado gratuitamente. Dada minha origem humilde, se não fosse por eles certamente eu não conseguiria finalizar um programa de mestrado de ponta como o da Universidade de São Paulo. Espero poder retribuir à altura essa confiança que depositaram em mim.

Nesses três anos de dedicação intensa ao mestrado, passei por alguns lugares que deixaram marcas profundas em mim. No InternetLab, aprendi que é possível inovar dentro da Academia, e que o Brasil pode ser referência em pesquisas de ponta, inclusive sobre os assuntos mais contemporâneos. No Guiabolso foi onde me encontrei profissionalmente, e descobri que é possível conciliar propósito com um modelo de negócios sustentável. A Ambev foi quem me fez ver que é possível sonhar grande (muito grande), e que é possível alcançar grandes resultados e voar alto mesmo com uma origem humilde. Desde a Ambev, passei a gerenciar minha dissertação com métricas e metas, e tive a convicção de que todos precisamos de uma “*higher order motivation*” para alcançar grandes coisas. Por fim, na Kovi, o lugar onde estou, agradeço ao Mineiro, Adhemar, Henrique, Hugo, Giovana, Jhoni e Ocs. Na Kovi, aprendi que é importante “curtir a jornada”, e que juntos podemos fazer sempre mais. À Kovi, agradeço o apoio fundamental para finalizar esta dissertação, inclusive com as limitações que coloquei a respeito de meus compromissos e horários (seguidos a ferro e fogo) para poder trabalhar em meu projeto.

Agradeço aos professores Bruno Salama e Conrado Hubner Mendes pela contribuição em minha banca de qualificação. Sem as recomendações deles, este trabalho

seria substancialmente diferente. Os erros, obviamente, são meus. Mas se tenho algum louvor, uma parte relevante é devida a eles.

Agradeço aos meus amigos (vocês sabem quem são), nos nomes de Luisa e Caio. Em especial, agradeço à Gabriela, pelo apoio e incentivo em todos os momentos. Também agradeço à Miranda, ao Zé e à Nina, meus gatos.

Agradeço aos “Reinaldetes”, colegas de orientação, pelas diversas bancas e discussões que tivemos ao longo desses anos. Por fim, agradeço à minha família: Luciana, Jesus, Vitor (e minhas cachorras Capitu e Neguinha), por acreditarem em meus sonhos.

Este trabalho não teria sido possível sem o apoio incondicional da Giovanna no último ano. Sua determinação e força de vontade são admiráveis. Seu companheirismo e doçura foram essenciais para me manterem numa rotina exaustiva. Nosso amor malandro se reinventa a cada dia, e por isso simplesmente a amo – *inconsequentemente*.

Dedico este trabalho à Luis Fernando Schuartz, *in memoriam*.

“Consequencialismo com dogmática demanda um certo domínio do material jurídico.

Talvez por isso seja característica dos melhores juristas brasileiros a capacidade para operar com fluidez nessa intersecção, inclusive quando tal capacidade deva manifestar-se enquanto criação de novas figuras dogmáticas que permitam resolver um caso no sentido desejado e contrariamente à maneira até então predominante de solução jurídica de casos semelhantes. É a essa hipótese que se refere a expressão ‘consequencialismo malandro’.”

Luis Fernando Schuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*

“As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. What degree is acceptable depends on the fact that other values, including justice in the light of developing but currently unforeseen situations, are at stake. [...] Is limited uncertainty achievable and acceptable?”

Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*

“Natureza da gente não cabe em certeza nenhuma.”

João Guimarães Rosa, *Grande Sertão: Veredas*

RESUMO

SANTOS, Maíke Wile. *Levando as consequências a sério: direito, racionalidade e consequencialismo*. 2020. 131 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A pergunta desta dissertação é: dado o art. 20 da LINDB, quais tipos de consequências juízes têm de levar em consideração quando decidem um caso? Para respondê-la, identifiquei três modelos influentes de consequencialismo no Brasil: o econômico, o social, e o iluminista. Os três modelos adotam uma concepção instrumental de racionalidade. Minha proposta é de um tipo de consequencialismo que adote uma concepção não-instrumental de racionalidade, de um lado, e não envolva uma lógica de probabilidades, de outro. Chamei esse modelo de consequencialismo malandro.

No Brasil, houve uma mudança organizacional do modelo estatal, lançando o Poder Judiciário à centralidade do arranjo político. Essa mudança organizacional levou a uma mudança no modelo de argumentação, que não foi acompanhada por uma reflexão sobre os tipos de racionalidade envolvidas na justificação de políticas públicas e na aplicação concreta dessas regras por juízes. Na minha visão, a tentativa brasileira de conciliar essas mudanças foi a argumentação a partir de princípios. O art. 20 foi feito para lidar com essa argumentação principiológica, mas incorre num problema fundamental: ignora que esse tipo de argumentação foi uma tentativa de lidar com conflitos distributivos internalizados em diversas áreas do direito.

A interpretação ao art. 20 da LINDB que propus é de que “consequências práticas” seja interpretada como as “consequências jurídicas” (ou lógicas) da decisão. O modelo de consequencialismo pertinente, portanto, é o consequencialismo malandro. A regra que o juiz cria numa decisão deve ser generalizável e universalizável, porque essa é uma condição de justiça, e a justiça é condição de inteligibilidade do direito. A interpretação que proponho não resolve os problemas que apontei, mas parece ser uma alternativa para evitar que novos problemas sejam criados.

Palavras-chave: Consequencialismo. Consequencialismo jurídico. Justiça. Direito e consequência. Raciocínio jurídico.

ABSTRACT

SANTOS, Maíke Wile. *Taking Consequences Seriously: Law, Rationality and Consequentialism*. 2020. 131 p. Dissertation (Master) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

My research question is: considering Article 20 from the Introductory Law to Brazilian Rules (LINDB), what types of consequences should judges take into consideration when ruling a case? In order to answer it, I have identified three important models of consequentialism in Brazil: (i) the economical consequentialism, (ii) the social consequentialism, and (iii) the enlightenment consequentialism. All three models have an instrumental conception of rationality. I propose a model that adopts a non-instrumental conception of rationality, on one hand, and does not involve a probability rationale, on the other. I called this model the “*malandro* consequentialism”.

In Brazil, there was a change in the organization of the state structure, with the Judiciary branch becoming one of the main political actors. This organizational change led to a change in the kind of arguments judges use, which was not followed by a thrill thought of the types of rationality involved to justify public policies and the concrete application of those rules by judges. In my opinion, the way Brazilian judges dealt with these changes is argumentation through principles. Article 20 of LINDB was intended to deal with those arguments, but it incurs into a substantial problem: it ignores that this kind of argument was an attempt to deal with distributive conflicts encrusted in several law fields.

I propose an interpretation to Article 20 considering “practical consequences” as “legal (or logical) consequences”. The consequentialism model I am using is the “*malandro*” one. The rule that a judge creates when ruling a case must be generalizable and universalizable, because this is a demand of justice, and justice is a condition of intelligibility of law. This interpretation does not solve the problems I have just pointed out, but it seems a good way to prevent new problems being created.

Keywords: Consequentialism. Legal Consequentialism. Justice. Law and Justice. Legal reasoning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. METODOLOGIA	4
CAPÍTULO 1 – PONTOS DE PARTIDA	7
1. A NATUREZA DO DIREITO	11
1.1. Os blocos constitutivos da realidade social	12
1.2. O ponto de vista interno: seguir uma regra	18
1.3. Raciocínio jurídico e razão prática: entre as teorias da norma e a teoria da ação 22	
1.4. Argumentação jurídica	28
2. O SENTIDO DO DIREITO	41
2.1. O sentido do direito: a justiça	42
2.2. Justiça geral: justiça como ser moral	45
2.3. Justiça particular: justiça distributiva e justiça comutativa	47
CAPÍTULO 2 – A ESTRATÉGIA CONSEQUENCIALISTA	51
1. AS PALAVRAS E SEUS SENTIDOS	52
1.1. Utilitarismo	53
1.2. Consequencialismo	61
1.3. “Éticas teleológicas”	65
1.4. Proporcionalismo	65
2. O QUE SÃO ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS?	68
2.1. Atos e resultados	68
2.2. Consequências causais e efeitos subsequentes	68
2.3. Consequências como implicações: “consequências jurídicas”	70
3. QUAIS CONSEQUÊNCIAS LEVAR EM CONTA?	71
3.1. Como avaliar as consequências?	71
CAPÍTULO 3 – O DEBATE BRASILEIRO	80
1. TRÊS MODELOS INFLUENTES	81
1.1. Consequencialismo econômico	82
1.1. Consequencialismo social	90
1.2. Consequencialismo iluminista	93

2. UMA PROPOSTA: CONSEQUENCIALISMO MALANDRO.....	97
2.1. Princípios e regras	101
2.2. Regras distributivas e consequencialismo	108
3. CAMINHOS DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB	113
CONCLUSÃO	118
BIBLIOGRAFIA	123
ANEXO I.....	131

INTRODUÇÃO¹

Em 2019 o livro “*Carnavais, Malandros e Heróis*”, de Roberto DaMatta, completou 40 anos. O livro tenta responder a uma pergunta ao mesmo tempo simples e complexa: o que faz o Brasil, Brasil? Para isso, parte de uma reflexão sobre “seus personagens principais: seus malandros e seus heróis”² a partir de alguns rituais até então pouco estudados: paradas, carnavais, procissões. A partir desses rituais e personagens, espécies de metonímias da sociedade brasileira, o autor destrincha os dramas e dilemas do povo brasileiro, na esperança de – como ele mesmo destaca – ver-se somado “às contribuições básicas de Gilberto Freyre, Caio Prado Júnior, Sérgio Buarque de Holanda e Florestan Fernandes”.³

Resgato a obra de DaMatta porque ele introduz uma figura que será bastante importante em meu trabalho: o malandro. O malandro é quem cria o carnaval. É “um ser deslocado das regras formais, fatalmente excluído do mercado de trabalho, aliás definido por nós como totalmente avesso ao trabalho e individualizado pelo modo de falar”.⁴

O oposto do malandro é o caxias: o ator das paradas militares e dos rituais de ordem. Entre o malandro e o caxias está o renunciador: “aquele que, por meio de instrumentos diversos e em níveis diferentes, rejeita o mundo social como ele se apresenta”, e é a personagem das rezas e procissões.⁵ O caxias reforça a ordem social e deseja mantê-la como ela é, enquanto o malandro, embora não tente subverter a ordem, encontra maneiras criativas e inovadoras de viver sob essa ordem. O renunciador, sim, deseja viver sob uma nova ordem.⁶

¹ O uso tradicional de pronomes masculinos para se referir a pessoas de quaisquer gêneros tem sido motivo de controvérsias. O masculino universal e neutro incomoda, e em trabalhos acadêmicos diferentes estratégias têm sido adotadas frente a esse incômodo. Neste trabalho uso o pronome “ele” na maioria das vezes, e “ele ou ela” ocasionalmente (e nesse sentido, outros substantivos e adjetivos). Faço isso para evitar confusões e ter mais clareza e economicidade na escrita. Quando uso o pronome “ele” e suas variantes, utilizo de forma impessoal, referindo-me a pessoas de quaisquer gêneros.

² DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997, p. 16.

³ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997, p. 42.

⁴ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997, p. 263. Na nota de rodapé, DaMatta esclarece como chegou a essa concepção do “malandro”.

⁵ DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997, p. 265.

⁶ “Assim, se o caxias reforça a ordem social e deseja mantê-la como ela é, e se o malandro, como personagem intersticial, não deseja – como veremos logo adiante, estudando o mito de Malasartes – modificá-lo, o renunciado deseja realmente outra realidade. Com ele não estamos mais diante do personagem que canta hinos marciais ou sambas, mas daquele que inventa sua própria música e procura expressar-se por seu próprio código. Com o renunciador, o problema não é nem mandar (caso do caxias) nem “sobreviver” (caso do malandro). Seu caso é criar outra realidade.” DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997, p. 265.

Caricaturalmente, podemos dizer que existem juízes caxias, malandros e renunciadores. O juiz caxias é aquele legalista, que considera que o papel do jurista se inicia apenas e tão somente após a entrada em vigor da lei, e que o jurista deve se limitar a fazer considerações apenas em relação à literalidade dos dispositivos. O juiz renunciador é quem tenta subverter a ordem, mesmo que isso signifique descumprir regras claras. O juiz malandro é aquele que consegue navegar dentro da ordem de maneira criativa e inovadora. Com frequência, o juiz malandro pode parecer renunciador, mas a diferença está no domínio da dogmática e no pleno entendimento das possibilidades que as regras trazem.

Luis Fernando Schuartz foi um jurista que, como DaMatta no campo da antropologia, mudou a maneira como pensamos o direito – não apenas o direito brasileiro, mas a maneira como entendemos racionalmente essa prática. Foi um artigo seu⁷ que me inspirou a escrever este trabalho, e ele me influenciou de tal modo que dediquei este trabalho à sua memória. É comum no Brasil relegarmos nossos pensadores às margens do pensamento mundial, como se precisássemos sempre olhar para fora para pensar nossos problemas. Neste artigo, Schuartz apresenta três modelos de um “consequencialismo jurídico à brasileira”, sem a pretensão de ser exaustivo, nem conclusivo: (i) consequencialismo festivo, (ii) consequencialismo militante, e (iii) consequencialismo malandro.

O consequencialismo festivo tem certo desprezo com relação à maneira convencional de se resolver problemas jurídicos. Ele faz uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana, alguns do “*law and economics*”, outros do “*law and development*”. A atitude desdenhosa diante da prática de juristas e juízes brasileiros, e a superficialidade e seletividade na escolha de seus insumos teóricos e metodológicos o aproximam do renunciador de DaMatta.

O consequencialismo militante é teoricamente e metodologicamente desamparado. Primeiro, escolhe uma causa, e depois tenta encontrar algum apoio teórico que lhe dê consistência. Ele relativiza as regras jurídicas de maneira clara – diferente do consequencialismo festivo –, e legitima sua atuação a partir dos resultados. Em regra, argumenta a partir de princípios, mas sem o domínio dogmático que essa argumentação, no direito, necessita. Ele também se aproxima do renunciador de DaMatta, mas por razões diferentes.

⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, sobre o qual falei mais detidamente no capítulo 4 deste trabalho.

O consequencialismo malandro é a alternativa consequencialista proposta por Schuartz. Um dos trechos da epígrafe do meu trabalho ilustra o brilhantismo de que falei: o bom consequencialista tem domínio técnico da dogmática e capacidade de inovar dentro das limitações que as regras jurídicas colocam. Quando Leônidas da Silva fez o primeiro gol de bicicleta certamente o árbitro imaginou que aquele lance fosse inválido. A genialidade de Leônidas está justamente no pleno domínio das regras do jogo, e na capacidade de inovar dentro das regras desse jogo. O gol de bicicleta foi uma malandragem, nesses termos.

Por outro lado, há um tipo de análise consequencialista que é constitutiva da prática do direito, e nesse caso o juiz precisa ser caxias. Ele precisa levar em consideração as “consequências jurídicas” do caso que está decidindo. Também certas áreas específicas do direito – como alguns casos de direito tributário e do direito constitucional – em que a análise de consequências é constitutiva dessa prática. Aqui, também, para decidir bem o juiz precisa ser caxias.

Muito das discussões sobre consequencialismo jurídico no Brasil giram em torno do polêmico art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Este artigo foi introduzido pela Lei 13.655/2018, cujo objetivo é dar maior estabilidade para e garantir maior controle sobre a administração pública. Pouco se discutiu sobre o consequencialismo – com louváveis exceções, é verdade, que serão aprofundadas durante este trabalho. Daí minha pergunta de pesquisa: “dado o art. 20 da LINDB, quais tipos de consequências juízes têm de levar em consideração quando decidem um caso?”.

De certa forma, meu trabalho é um esforço dogmático de clarificação, e enquanto tal está passível de muitos equívocos, principalmente em razão da novidade do tema no Brasil. Pretendo sistematizar uma parte do nosso ordenamento, além de propor algumas alternativas e soluções que considero convenientes. Para isso, parti de casos concretos para detectar eventuais problemas conceituais, tentando compreendê-los, os casos e os eventuais problemas, à luz de um referencial teórico delimitado no primeiro capítulo deste trabalho.

Nesse sentido, este trabalho é analítico-conceitual, e se aproxima do tipo de trabalho chamado por Christian Courtis de investigação de *lege lata*⁸.

Vale destacar que as alternativas e soluções que apresento têm como objetivo dar sentido jurídico a fatos e ações. Acredito que o direito goza de uma espécie de “autonomia” intelectual ao definir seus pontos de partida. Desta forma, ao tratar de questões jurídicas, é preciso saber se o sentido será a proibição, a obrigatoriedade ou a permissão.⁹ Um trabalho analítico-conceitual que reúna matérias relativas ao tema, tentando percebê-las de modo unitário, permitirá dizer a quantas anda o direito brasileiro no que se refere ao tema do consequencialismo, além de poder contribuir com os debates práticos do tema e, desta forma, inserir-se no círculo virtuoso de contribuição entre práticos e teóricos do direito.¹⁰

1. METODOLOGIA

A pergunta de pesquisa deste trabalho é: “dado o art. 20 da LINDB, quais tipos de consequências juízes têm de levar em consideração quando decidem um caso?”. Minha hipótese é de que como a justiça é condição de inteligibilidade¹¹ do direito (uma regra constitutiva dessa prática¹²), é só a partir dela, e limitada por ela, que a discussão sobre as

⁸ COURTIS, Christian. “El Juego de los Juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, in: Christian Courtis (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 122: “La investigación destinada a ofrecer soluciones de *lege lata* tienen como punto de partida la identificación de un problema de interpretación de una o varias normas del ordenamiento jurídico vigente. Identificado el problema interpretativo, este tipo de investigación se dirige a esclarecer la naturaleza de ese problema, discutir alternativas interpretativas y ofrecer la que – a juicio de quien realiza el trabajo de investigación – constitui y la mejor solución posible” (Courtis, ANO, p. 122)

⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico”, in: COURTIS, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 14.

¹⁰ Neil MacCormick, “O estudo teórico do direito”, in: Neil MacCormick (trad. José Reinaldo de Lima Lopes), *H. L. A. Hart*. Stanford: Stanford University Press, p. 2: “Os juristas contribuem para os debates práticos, os práticos do direito contribuem para a jurisprudência. O direito, no seu funcionamento prático, reflète a compreensão prática que as pessoas têm do direito. Por isso, a dedicação à jurisprudência pode ter uma dupla motivação: de um lado, a compreensão em si mesma, e de outro, a promoção da compreensão como um meio de se melhorar o desempenho geral dos negócios jurídicos. Os dois motivos são igualmente respeitáveis, e estão longe de ser mutuamente incompatíveis ou conflitantes. São de importância mútua no ensino da jurisprudência como um elemento central da educação em direito”.

¹¹ Intelligibilidade, ou *ratio*, é “tudo o que estaria incluído no significado de uma palavra se todas as coisas referidas naquele uso fossem totalmente conhecidas em todos os aspectos relevantes para o aspecto então significado pela palavra em questão. [...] inclui o significado com o qual uma palavra é usada, mas também qualquer outro incremento de significado que a mesma palavra teria no mesmo uso se o que é denotado pela palavra fosse conhecido mais perfeitamente. [...] inclui o significado e o significado potencial de uma palavra [...] logo, parte de uma inteligibilidade nos escapa sem que a percamos toda.” GRISEZ, Germain. “O primeiro princípio da razão prática”, *Revista Direito GV* 6, 3, 1, 2007, pp. 57-58.

¹² SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*. Nova York: The Free Press, 1995, p. 59-60. Searle distingue regras regulativas de regras constitutivas. Regras regulativas referem-se a fatos ou ações que podem dar-se independentemente delas mesmas. Elas apenas dizem se algo é bom ou mau (como nas regras de etiqueta), proibido, permitido ou obrigatório (os chamados “modais deonticos”). Regras constitutivas, por outro lado, referem-se a fatos que, sem elas, não poderiam ser ditos. As regras do jogo de xadrez, por exemplo, ao

consequências pode acontecer. Ao decidir, o juiz deve estar atento ao fato de que as razões que o levaram a decidir de certa maneira são universalizáveis. Os efeitos empíricos que a decisão terá na vida concreta das pessoas podem ou não ser os mesmos (afinal, o futuro é contingente), mas fatos semelhantes devem ser tratados de maneira juridicamente semelhante – tudo o mais mantido constante. Essa é uma exigência de justiça e, a meu ver, uma exigência também da própria moralidade do direito.¹³ Para testar essa hipótese, dividi este trabalho em quatro capítulos.

No **Capítulo 1** estabeleço os pontos de partida dos quais parto. Eles são meus pressupostos metodológicos: meu trabalho só fará sentido se estivermos atentos a esses pressupostos. Na primeira seção, trato da natureza do direito. Acredito que o direito seja uma realidade institucional cuja ação é constituída por um uso da razão prática – em outras palavras, um fato institucional. O direito é uma disciplina prática no sentido de que seu domínio se relaciona à ação.¹⁴ Também estabeleço que uma concepção não-instrumental da razão prática, em geral, e do direito, em especial, é possível. Por fim, me debruço mais detidamente no tema do raciocínio jurídico e da argumentação jurídica.

Na segunda seção trato do sentido do direito. Acredito que seu sentido seja a justiça (ela é condição de inteligibilidade do direito, uma regra constitutiva dessa prática). Trabalho a ideia de justiça a partir da distinção aristotélica entre justiça geral – equivalente a ser moral – e justiça particular – cuja natureza é a igualdade. Dentro da justiça particular, trato da justiça distributiva e da justiça comutativa.

No **Capítulo 2** trato da estratégia consequencialista. Na primeira seção, pretendo esclarecer uma certa confusão entre a estratégia de maximização/otimização e o critério maximizador. Faço isso a partir de uma categorização proposta por John Finnis. Na segunda seção, tratarei dos argumentos consequencialistas em si, a partir da conceituação proposta por Neil MacCormick. Por fim, na terceira seção, trato da avaliação desses argumentos: quais consequências devem ser levadas em conta no raciocínio jurídico e por quê? Isso passa por uma discussão sobre os valores e bens envolvidos no direito, que colocam uma limitação relevante na consideração das consequências no raciocínio jurídico.

No **Capítulo 3** organizo a maneira como o debate vem se desenvolvendo no Brasil.

mesmo tempo regulam (dizem o que é proibido, permitido ou obrigatório no jogo) e constituem (dizem o que é) o jogo. Ensinar e aprender direito não seria possível sem que houvesse uma definição de direito: sem que antes não se dessem as regras do jogo.

¹³ FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1963.

¹⁴ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico”, in: Courtis, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 46.

Para isso, abordo três modelos influentes de consequencialismo no Brasil: o econômico, o social, e o iluminista. Acredito que esses três modelos estão equivocados por adotarem uma concepção instrumental de racionalidade. Baseado em Schuartz, proponho uma alternativa a esses modelos, que chamei de consequencialismo malandro. Tento escapar de uma concepção instrumental de racionalidade, de um lado, e de um consequencialismo baseado numa lógica de probabilidades de outro. À luz desse modelo, proponho um caminho de interpretação do art. 20 da LINDB.

Este trabalho se insere na linha de pesquisa “raciocínio jurídico e justificação das decisões judiciais” do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DFD). Para os fins deste trabalho, entendo método como “o procedimento teórico pelo qual se estabelecem os conceitos e suas relações entre si, ou, dito de outra forma, pelo qual se constrói um objeto teórico.”¹⁵ Todo campo tem pontos de partida e todo método contém ou pressupõe esses pontos de partida. O direito tem um objeto (um certo “olhar” sobre as ações humanas), que o diferencia de outras disciplinas e lhe garante autonomia em relação a elas. Em razão dessa autonomia, há certos “princípios” (os “primeiros princípios”) que constituem os limites dessa prática.

A discussão deste trabalho está justamente na definição de alguns desses “primeiros princípios”. Este trabalho não é jurídico no sentido estrito de se determinar se algo é proibido, permitido ou obrigatório. O objetivo é discutir alguns dos critérios que permitem juristas dizerem se algo é proibido, permitido ou obrigatório – em especial, critérios relacionados ao uso de argumentos consequencialistas no raciocínio jurídico.

Desta forma, meu trabalho não tem como objetivo expandir o conhecimento, mas organizar conceitos. Anthony Kenny diz que “a filosofia não trata do conhecimento, mas do entendimento, de organizar o que se conhece”.¹⁶ Acredito que um dos objetivos primordiais da filosofia do direito seja o esclarecimento conceitual. Daí, também, minha escolha pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito.¹⁷

¹⁵ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico”, in: Curtis, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 50.

¹⁶ KENNY, Anthony. *Uma Nova História da Filosofia Ocidental*, vol. I, Filosofia Antiga. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 15: “A filosofia não é uma questão de expandir o conhecimento, de aquisição de novas verdades sobre o mundo. O filósofo não se encontra em posse de informações que são negadas as outros. A filosofia não trata do conhecimento, mas do entendimento, vale dizer, de organizar o que se conhece.”

¹⁷ Além das razões que expus, entendo a filosofia do direito não apenas como um “curso”, mas como um certo “modo de pensar” diferenciado, que também justifica minha escolha pelo DFD para realizar minha pesquisa. Nesse sentido, ver KRONMAN, Anthony. “Jurisprudence is not just a course. It’s the key to liberating the lawyer”, *4 Learning & L.* 4 1977, p. 54: “Jurisprudence-and now I am talking not so much about a course as

CAPÍTULO 1 – PONTOS DE PARTIDA

Em 2004, quando era presidente do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim deu uma importante entrevista para o *Valor Econômico*,¹⁸ que se tornou famosa em razão de sua defesa de uma atuação mais pragmática do Poder Judiciário. O contexto de sua fala era o da reforma do Judiciário¹⁹ e do julgamento de importantes casos envolvendo planos econômicos passados. Este é um dos trechos mais significativos da entrevista:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões. [grifo meu]

A constatação de Jobim não é trivial. Destaco quatro pontos que podemos concluir desse trecho: (i) consequências não devem ser levadas em consideração nos casos fáceis, em que há apenas uma interpretação possível; (ii) nos casos difíceis, nos quais há mais de uma interpretação possível, as consequências são o critério de “desempate”; (iii) as consequências no agregado são mais importantes que as consequências para um indivíduo; (iv) o Poder Judiciário, enquanto instituição (e não, ou não apenas, os juízes enquanto indivíduos), é responsável por essas consequências.

Para avaliar as proposições de Jobim precisamos responder a uma questão anterior: argumentos consequentialistas devem ser levados em consideração numa decisão judicial? De um lado, há aqueles que argumentam que a natureza e a qualidade de uma decisão seriam suficientes em termos de justificação, independentemente de suas consequências. Por exemplo, Marco Aurélio Mello, ministro do STF, a certa altura de um voto diz:

O pragmatismo jurídico leva a considerar as consequências práticas da decisão judicial, lançando o magistrado em posição que não lhe é confortável. Ao reconhecer-lhe a condição de agente político no sentido estrito do termo, retira o juiz do hábitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados. [...] Cabe aos poderes

about a mode of inquiry-provides a forum in which many of these basic methodological questions may be raised. It offers the specialist an opportunity to reflect on the foundations of his specialty and to compare his premises and values with those of his colleagues. In this way it helps him to combat the terrible tendency of every specialized organization to turn its members into the cogs of a machine. The simple questions that jurisprudence poses help us to remain masters of our own work rather than being mastered by it. In this sense, jurisprudence has a liberating influence.”

¹⁸ “Judiciário favorece aumento de juros, diz Nelson Jobim”, *Valor Econômico*, 13/12/2004, Especial, p. A-12. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/468113/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em 27 dez. 2019.

¹⁹ Mediante a Emenda Constitucional nº 45/2004.

constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas inconsequentes tornem-se realidades desastrosas. O Supremo não é o Ministério da Fazenda ou o Banco Central do Brasil. Não compete ao Tribunal fazer contas quando está em jogo o Direito, mais ainda quando se trata do direito constitucional.²⁰

De outro lado, há aqueles para quem a única justificação válida para uma decisão seria aquela baseada nas consequências dessa decisão, considerando o maior benefício coletivo e consideradas todas as consequências possíveis dela. Dias Toffoli, também ministro do STF, ao justificar o pedido de vista no processo que trata da restrição do foro privilegiado para autoridades públicas, disse: “fico a imaginar várias questões que podem surgir, precisamos pensar quais serão as consequências.”²¹ Luiz Fux, por sua vez, em um congresso sobre segurança jurídica no Insper afirmou: “hoje, o cenário jurídico gravita em torno do binômio direito e economia [...]. Foram os influxos da economia que levaram o Supremo Tribunal Federal a vetar essa possibilidade diante do que hoje a economia exige do magistrado uma postura pragmático-consequencialista. [...] Hoje, estamos vivendo uma crise tão expressiva que nós, magistrados, temos que antever os resultados de nossas decisões.”²²

Ambas as posições parecem extremadas. A primeira visão desconsidera (*i*) que a natureza e a qualidade das decisões também são constituídas pelas consequências que aquele decide previu ou desejava, e (*ii*) que tanto a prudência quanto a responsabilidade em relação ao próximo (o próximo enquanto cidadão, eu diria) requerem que se levem a sério os resultados previsíveis da decisão antes de se decidir, tanto mais quanto mais importante for a decisão.²³ A segunda posição exclui a possibilidade de alguma justificação racional de qualquer decisão, dada a contingência do futuro.²⁴

Parece aceitável dizer que juízos consequencialistas têm algum peso no raciocínio jurídico. Também parece aceitável dizer que certas decisões são *juridicamente* erradas, não importam suas consequências. As questões que ficam são: *quais* consequências são

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 565.089. Plenário. Min. Marco Aurélio Mello. J. 09/06/2011, p. 3.

²¹ “Após defesa do STF, Toffoli suspende julgamento do foro”, *Jota*, 23/11/2017. Disponível em: <<https://jota.info/justica/apos-defesa-do-stf-toffoli-suspende-julgamento-do-foro-23112017>>. Acesso em 26 nov. 2017.

²² “Rombo na Previdência levou STF a rejeitar 'desaposentação', diz Fux”. *Estadao*, 28/10/2016. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,rombo-na-previdencia-levou-stf-a-rejeitar-desaposentacao-diz-fux,10000084971>>. Acesso em 20 nov. 2017.

²³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 102.

²⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 101-102.

aceitáveis no raciocínio jurídico? Consequências de *quê*? Consequências *para quem*? Como *avaliamos* essas consequências?

Para os fins deste trabalho, considero que há dois tipos de argumentos: argumentos teóricos e argumentos práticos. Argumentos teóricos procuram estabelecer conclusões teóricas sobre como as coisas são, foram ou serão. Argumentos práticos procuram estabelecer conclusões práticas (normativas, prescritivas) sobre como as coisas deviam, devem ou deverão ser.

Com frequência, diz-se que o direito é apenas uma questão de argumentação prática, e não uma questão de argumentação teórica. Qualquer pessoa que acompanhe o dia a dia dos tribunais sabe que isso é falso. Com frequência chegam aos tribunais questões fáticas, em que o juiz é chamado a decidir uma questão de prova, por exemplo. Nesses casos, é a argumentação teórica que prevalece. A argumentação prática, porém, entra em cena quando estamos discutindo questões de direito. Ela pode ser substantiva ou institucional.²⁵

Como espécies de argumentação prática, ambas têm como finalidade estabelecer como algo devia, deve, ou deverá ser feito. A argumentação prática substantiva apela a considerações externas ao direito para alcançar esse fim: argumentos morais, políticos, econômicos, sociais, etc. A argumentação prática institucional apela a regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas publicamente. Neste trabalho, compartilho da tese de Struchiner e Shecaira,²⁶ para quem os profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional. A posição institucional de um juiz exige que suas decisões sejam justificadas institucionalmente.

O argumento que pretendo desenvolver parte desta tese: se profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional, as razões para se considerar as consequências de uma decisão serão predominantemente institucionais. Há razões teóricas para se considerar as consequências de uma decisão? Não, porque embora a argumentação consequencialista se volte para o futuro, seu resultado é sempre uma condicionalização de como as coisas deverão estar.

Há argumentos de natureza prática substantiva e de natureza prática institucional para considerarmos as consequências de uma decisão. Por exemplo, uma decisão sobre a tributação de determinado setor levará ao aumento da eficiência desse mesmo setor. Este é

²⁵ Utilizo aqui a terminologia de Neil MacCormick. MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

²⁶ SHECAIRA, F.; STRUCHINER, F. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016, p. 37

um exemplo de argumentação prática substantiva. Por outro lado, muitas regras jurídicas trazem em si prescrições de objetivos, via de regra orientadas ao Poder Público. O art. 193 da Constituição Federal é um ótimo exemplo desse tipo de regra:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Em casos como esse, a análise de consequências é essencial para saber se determinada regra está sendo aplicada – *juridicamente* aplicada. O juízo de validade de uma decisão, nesses casos, é constituído em parte por uma análise de consequências. Além de a Constituição Federal estar repleta de normas como essa, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi recentemente alterada, incluindo-se em seu texto o seguinte dispositivo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O projeto de lei que alterou a LINDB²⁷ tratava de outros temas com o objetivo de dar maior estabilidade para e garantir maior controle sobre a administração pública. Houve certo debate em torno desse PL, mas pouca atenção foi dada ao art. 20. O que se argumentou foi que o dispositivo traria mais segurança jurídica, na medida em que tenciona os administradores públicos a decidirem sempre levando em conta as consequências de suas decisões.²⁸

Além disso, o art. 5º da LINDB prevê que na aplicação da lei o juiz atenderá aos “fins sociais” a que ela se dirige e às “exigências do bem comum”.²⁹ Não há clareza, porém, sobre os critérios que profissionais do direito devem levar em consideração para se adequar a esses

²⁷ Projeto de Lei 7448/2017. Há dois livros que sumarizam os principais debates em torno deste PL. O primeiro é *Transformações do direito administrativo: consequentialismo e estratégias regulatórias*, organizado por Fernando Leal e José Vicente Mendonça (Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>>. Acesso em 1 mai. 2018. O segundo é *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas*, organizado por Flávio Pereira (Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em 1 mai. 2018). Os debates se deram sobretudo em torno da questão da legitimidade dessa limitação sob a atuação do poder público. Também se defendeu que o PL acaba com a “farra dos princípios”, para usar a expressão de Carlos Ari Sundfeld – um dos idealizadores do projeto.

²⁸ Ver, entre outros, PEREIRA, F. H. “Artigo 20”. *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas* (org. PEREIRA, F.; ANASTASIA, A.), Brasília, 2015, pp. 17-19.

²⁹ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

dispositivos. Voltamos à pergunta que fiz alguns parágrafos atrás: quais consequências são aceitáveis no raciocínio jurídico?

O objetivo deste trabalho é mostrar como um certo tipo de raciocínio consequencialista é decisivo na justificação de decisões judiciais, embora não seja qualquer tipo de consequência relevante para toda decisão judicial. Este trabalho é um esforço de entendimento e categorização de quais tipos de consequências de uma decisão judicial devem ser levadas em consideração na justificação dessa mesma decisão a partir de uma concepção de razão prática e de raciocínio jurídico que não seja instrumental. Não se trata de um trabalho que ignora como juízes argumentam de fato – pois a argumentação consequencialista está aí, no dia a dia de todos os atores que lidam com o Poder Judiciário. Por outro lado, tento escapar da falácia pragmática, segundo a qual o que é de direito é tão somente aquilo que decidem os tribunais.

O objetivo deste capítulo é esclarecer os pontos dos quais parto. Eles são meus pressupostos metodológicos, e este trabalho só fará sentido se estivermos atentos a esses pressupostos. Ele está dividido em duas partes.

Na seção “**1. A natureza do direito**” trato da natureza do direito e da sua relação com a razão prática. Acredito que o direito seja um fato institucional, em que predominantemente se usa uma argumentação prática institucional. O direito também é uma disciplina prática no sentido de que seu domínio se relaciona à ação.³⁰ Também estabeleço que uma concepção não-instrumental da razão prática, em geral, e do direito, em especial, é possível.

Na seção “**2. O sentido do direito**” trato do sentido do direito. Acredito que seu sentido seja a justiça (ela é condição de inteligibilidade do direito, uma regra constitutiva dessa prática). Trabalho a ideia de justiça a partir da distinção aristotélica entre justiça geral e justiça particular (e dentro desta, a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa), fazendo os apontamentos que considero importantes sobre sua relação com a justiça.

1. A NATUREZA DO DIREITO

Nesta seção, há três pontos que precisam ser esclarecidos. O primeiro deles é minha concepção de raciocínio jurídico. O segundo ponto é minha concepção de razão prática. Por fim, o terceiro ponto é a maneira como acredito que eles se relacionam. É a partir dessa

³⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico”, in: Courtis, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 46.

concepção de raciocínio que pretendo verificar a necessidade e, em sendo necessário, os critérios a partir dos quais o juízo consequencialista deve ser considerado no raciocínio jurídico. Para isso, esta seção está dividida em quatro partes. Na primeira parte, trato da distinção entre fatos brutos e fatos institucionais, e aproximo essa distinção da distinção de fatos dependentes e fatos independentes do ponto de vista dos observadores. Na segunda parte, trato do ponto de vista interno, aquele que é necessário para se compreender e seguir uma regra. Na terceira parte, trato da natureza do direito e da sua relação com a razão prática. Por fim, na quarta parte, debruço-me com mais vagar sobre a argumentação jurídica.

1.1.Os blocos constitutivos da realidade social

Imagine que um merceiro (“*grocer*”) diga que alguém lhe deve certa quantia em dinheiro por uma porção de batatas. O merceiro argumenta que entregou um saco de batatas a alguém, e a pessoa aceitou este saco de batatas. É possível dizer, a partir desses fatos, que a pessoa deve uma quantia ao merceiro? É esse o exemplo que Anscombe³¹ usa para explorar o que é um “fato bruto”, expressão cunhada por ela e popularizada por John Searle. Nesta seção tratarei dos blocos constitutivos da realidade social a partir desses dois autores.

Voltando ao exemplo do merceiro, Hume diria que a pessoa não deve nada a ele, porque não se pode derivar um dever-ser de um ser – a famosa “guilhotina de Hume”.³² Essa resposta não é satisfatória, e não explica como lidamos com as instituições no mundo real. Esses fatos, no contexto de uma instituição de mercado, por exemplo, significam que a pessoa deve dinheiro ao merceiro. Fossem outras as circunstâncias, talvez o significado fosse outro – no contexto de filmagem de um filme, por exemplo.

No fundo, o que Anscombe nos diz é que fatos institucionais não são naturais – embora não use essa expressão. Para alguns fatos, a intenção tem um papel central. A composição química e física de uma cadeira é um fato bruto. O fato de denominarmos esse composto de cadeira, com determinada função – a de sentar – não é um fato bruto.

³¹ ANSCOMBE, G. E. M. “On Brute Facts”, in *Analysis* (18), 3, 1958, pp. 69-72.

³² HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Débora Danowski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo, Editora UNESP, 2000, p. 509: “Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como é e não é, não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um deve ou não deve. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois como esse deve ou não deve expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece totalmente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes.”. Hume propõe que se divida os argumentos éticos em argumentos normativos e argumentos sobre o funcionamento do mundo – daí a ideia de guilhotina.

Searle parte do trabalho de Anscombe para desenvolver uma distinção fundamental: há fatos que dependem dos observadores e há fatos que não dependem dos observadores.³³ Um toco de árvore tem uma massa x , é composto pelos elementos químicos w , y e z , e isso não depende do observador. Cotidianamente, dizemos que esses fatos são objetivos, e sobre eles, em geral, é que se debruçam as chamadas ciências naturais.

Por outro lado, eleições, problemas na balança de pagamento, organizações sociais, não são independentes dos observadores. Essas coisas só existem porque as pessoas acreditam e agem como se elas existissem. Isso não significa que não haja objetividade nesses fatos, mas essa objetividade é diferente dos fatos que citei no parágrafo anterior. Sobre esses fatos, em regra, se debruçam as ciências sociais.

De acordo com Searle, a realidade social e institucional é formada por três blocos constitutivos: (i) intencionalidade coletiva, (ii) atribuição de funções, e (iii) regras constitutivas.

O que chamamos, hoje, de *intencionalidade*, os clássicos chamavam de *vontade*. Não se trata de um agregado, uma soma de intencionalidades individuais, mas de uma intenção compartilhada, comum. Claro, se ela é coletiva, significa que individualmente ela também existe. Isso não é um problema, desde que tenhamos claro de que não se trata de uma espécie de soma de intencionalidade individuais.³⁴ Voltarei a este ponto com mais calma no próximo tópico.

A atribuição de função, por sua vez, não é algo “natural”. As coisas na natureza não têm função. A chuva cai não porque a função dela seja cair, mas porque está numa cadeia de causalidades: a água evapora, as nuvens se formam, a chuva cai. Apenas seres humanos e alguns poucos outros animais são capazes de atribuir funções. O ponto mais relevante da atribuição de função é que ela introduz normatividade. Ela coloca fatos que não necessariamente se relacionam causalmente numa teleologia. Com isso, as coisas passam a ter finalidade.

Neste ponto, Searle diferencia fatos sociais de fatos institucionais. Fatos sociais são fatos que envolvem dois ou mais agentes que possuem intencionalidade coletiva (por

³³ Segundo o próprio Searle, essa distinção é mais relevante do que algumas contraposições famosas, como a da mente/corpo e a do fato/valor. SEARLE, J. *Mente Linguagem e Sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 110.

³⁴ A intencionalidade coletiva não seria uma soma de intenções individuais, mas algo compartilhado por todos. Em outras palavras, toda instituição pressupõe uma intencionalidade coletiva que a constitua. Da mesma forma, para Rousseau, o contrato social pressupõe uma vontade geral que o constitua, pois o fundamento da obediência não é o poder, mas uma convenção. Rousseau, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito político* (1762). São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

exemplo, animais caçando juntos). Fatos institucionais, por sua vez, são aqueles que envolvem mais do que cooperação física (por exemplo, o dinheiro, a linguagem, o direito). A tese que postula a partir disso é de que fatos institucionais só existem em relação a observadores ou agentes capazes de atribuir funções.

As regras constitutivas são regras que constituem práticas. Elas não regulam comportamentos (ou ações) específicos, mas constituem as práticas sob os quais tais comportamentos (ou ações) estarão submetidos. As regras que regulam comportamentos são chamadas de regulativas. As regras do xadrez ou do futebol são exemplos de regras constitutivas. As regras de trânsito, por sua vez, são exemplos de regras regulativas.

Não tenho a pretensão de reconstituir toda a teoria do Searle. Por ora, o ponto que quero destacar é de que tudo aquilo cuja existência não seja definível em termos de fatos brutos – como o dinheiro, a linguagem, o direito e o casamento – são compostos também por regras constitutivas. Ou seja, fatos brutos são aqueles fatos independentes dos observadores, enquanto os fatos institucionais são aqueles que dependem dos observadores.

Fatos institucionais são ontologicamente subjetivos (porque existem nessa subjetividade ao mesmo tempo individual e compartilhada entre os indivíduos) e epistemologicamente objetivos (porque são passíveis de conhecimento independentemente da sua existência subjetiva). Essas distinções são relevantes para o meu trabalho porque encaro o direito como um fato institucional. Tratarei desse tema um pouco mais à frente. No próximo tópico esclareço um pouco mais a fundo a intenção como componente fundamental e constitutivo da ação.

1.1.1. Ação e intenção

Neste tópico pretendo esclarecer que o componente fundamental de toda ação é a intencionalidade. Para isso me apoio, novamente, em John Searle – em especial no livro “*Intencionalidade*”.³⁵ Não pretendo esgotar este tema nesta curta seção, apenas jogar luz em algumas questões filosóficas que são importantes para meu tema. A relação entre causalidade e intencionalidade é incômoda na filosofia – a primeira, em regra, vista como uma relação natural entre eventos do mundo, e a segunda, em regra, vista como algo transcendente, apartado do mundo natural.

De acordo com Searle, a ideia de que toda relação causal particular exemplifica uma regularidade universal é o cerne da teoria moderna da causação.³⁶ Em contraposição a ela,

³⁵ SEARLE, J. *Intencionalidade*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2002.

³⁶ SEARLE, J. *Intencionalidade*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2002, p. 157.

Searle cunha o termo “causação intencional”, que se refere a um tipo de causação essencial à estrutura e à explicação da ação. Os movimentos corporais que constituem nossas ações são causados pelas nossas intenções. E as intenções são causais porque fazem acontecer coisas no mundo. De acordo com Searle, “a peculiaridade da causalidade intencional é que ela é um caso de estado mental que faz acontecer alguma outra coisa mais e que este algo mais é o genuíno estado de coisas representado pelo estado mental que o causa.”³⁷

As raízes dessa ideia de causalidade – digamos, “natural” – remonta a Hume: dado que a causação não tem nada além de regularidade, para cada enunciado verdadeiro deve haver uma regularidade.³⁸ Searle refuta o argumento humeano em três pontos. Em primeiro lugar, tanto na percepção como na ação experimenta-se a relação causal – ela não é inferida da regularidade. Em segundo lugar, nem todo enunciado causal isolado acarreta a existência de uma lei causal universal correspondente. Por exemplo: o enunciado de que minha sede causou o meu beber não implica que haja uma lei universal que relacione eventos desse tipo. Por fim, existe um tipo de relação causal (a causação intencional) cuja regularidade é contingente:

As regularidades causais são distintas das lógicas. Há muitas regularidades que nem sequer são possíveis candidatas a regularidades causais porque os fenômenos em questão encontram-se logicamente relacionados. Assim, por exemplo, ser um triângulo está sempre associado a possuir três lados, mas o fato de alguma coisa ser um triângulo nunca poderia ser a causa dessa coisa ter três lados, dado que essa correlação ocorre por necessidade lógica. Os aspectos sob os quais um evento causa outro evento devem ser logicamente independentes. Mais uma vez, essa tese metafísica tem um correlato linguístico no modo formal. A lei causal deve enunciar regularidades em descrições logicamente independentes e, portanto, deve enunciar uma verdade contingente.³⁹

Por que, então, intuímos uma relação importante entre causalidade e regularidade? Bem, Searle diz que sustentamos uma espécie de hipótese de regularidade geral no mundo. A partir dessa hipótese, sustentamos uma teoria de que as relações causais exemplificam leis gerais, e essa teoria seria presumivelmente empírica. Essa visão não está completamente equivocada, pois não há dois tipos de causação – uma regular e outra intencional. Há apenas um tipo: a causação eficiente, isto é, a ideia de que certas coisas levarão a determinadas coisas. Dentro delas, há relações causais que envolvem relações intencionais, nas quais há uma relação lógica – e não necessariamente natural – entre causa e efeito. Os enunciados causais singulares não implicam regularidades causais universais.

³⁷ SEARLE, J. *Mente, Cérebro e Ciência*. São Paulo: Edições 70, 2015, pp. 79-80.

³⁸ SEARLE, J. *Intencionalidade*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2002, p. 167.

³⁹ SEARLE, J. *Intencionalidade*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2002, p. 158.

Neste tópico, quis destacar que as relações entre causalidade e regularidade não são triviais, e os debates sobre consequencialismo, em geral, ignoram esse aspecto. O elemento fundamental da ação é a intenção, no sentido de que sem ela, não temos ação, apenas movimento. A intencionalidade pode ser individual ou coletiva, e quando é coletiva, é um dos blocos constitutivos da realidade social. Esse ponto é importante para meu trabalho porque parto de uma concepção não instrumental de razão prática e raciocínio jurídico, e como veremos adiante, certas concepções instrumentais de racionalidade ignoram elementos importantes da ação em seus pressupostos.

1.1.2. O direito como fato institucional

Disse que encaro o direito como um fato institucional, pois ele é ontologicamente subjetivo e epistemologicamente objetivo. Mais especificamente, como Searle nos ensina, uma proposição cuja verdade depende não apenas da ocorrência de certos fatos ou eventos no mundo, mas também da aplicação de regras a esses fatos e eventos, é um fato institucional.⁴⁰ O objetivo desta seção é demonstrar porque o direito é um fato institucional, e qual a relevância disso para fins de raciocínio jurídico e de consequencialismo.

Pensemos numa padaria. Toda manhã, tomo meu café na padaria próxima à esquina de casa. Cerca de 10 pessoas costumam estar lá no horário que costumo frequentá-la, e algo que sempre penso é: possivelmente há tantos contratos aqui quanto o número de pessoas que estão tomando café. Essas relações, embora existentes, não existem como as mesas, as pessoas, os cafés e tudo o mais que fisicamente compõe aquela padaria. E mais que isso: certamente algumas pessoas lá presentes sequer imaginam que estão imersas em uma série de relações contratuais. Nem por isso essas relações contratuais deixam de existir. Como isso é possível?

Um fato institucional é algo que pressupõe a existência de certas instituições, e só tem sentido a partir dessas mesmas instituições.⁴¹ Um pedaço de papel colorido pode ser apenas um fato bruto: fibra de celulose transformadas em papel. No contexto das instituições em que vivemos, esse mesmo pedaço de papel pode ser dinheiro - um fato institucional. O direito, o dinheiro, o casamento, as promessas, são fatos institucionais pois pressupõem a

⁴⁰ SEARLE, J. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 50-53.

⁴¹ SEARLE, John. "How to Derive 'Ought' From 'Is'". *The Philosophical Review* 73, 1, 1964. O texto aponta como é possível derivar um dever-ser de um ser, apontando como a "guilhotina de Hume" está equivocada

existência de instituições. Instituições, por sua vez, são sistemas de regras constitutivas: regras que dão sentido às ações que ocorrem submetidas às instituições.⁴²

E por que o direito é um fato institucional? Para responder a essa questão, apoio-me novamente em Neil MacCormick.⁴³ Segundo ele, um fato institucional é um conjunto de regras, e essas regras, no caso das instituições jurídicas, são classificadas em três tipos. O primeiro tipo são “regras institutivas” (“*institutive rules*”). A ocorrência de certos atos ou eventos específicos faz com que certa instituição passe a existir. No caso da padaria: há uma regra no direito brasileiro que institui que quando duas ou mais pessoas fazem um acordo seguindo certos ritos, um contrato válido passa a existir entre elas.

O segundo tipo de regra são “regras consequenciais” (“*consequential rules*”). Quando uma instituição passa a existir, certas consequências decorrem. Quando um contrato na padaria passa a existir, uma das consequências dessa instituição é de que tal contrato deve ser cumprido. Isso é evidente, pois seria sem sentido uma instituição que existisse sem gerar alguma consequência. Este ponto é particularmente importante para meu trabalho porque um certo tipo de consequencialismo é essencial para o raciocínio jurídico.

O terceiro tipo de regra são “regras terminativas” (“*terminative rules*”). Uma instituição nasce, produz certos efeitos, e pode deixar de existir. Quando pago o que é devido na padaria em que tomo café da manhã, o contrato que temos termina. Essas regras constituem qualquer instituição jurídica, e é impossível falar dos institutos jurídicos em outros termos que não esses.⁴⁴ Desta forma, uma instituição jurídica, para os fins deste trabalho, deve ser entendida como todo conceito jurídico que é regulado por uma série de regras institutivas, consequenciais e terminativas.⁴⁵

⁴² SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*. Nova York: The Free Press, 1995, p. 59-60. Searle distingue regras regulativas de regras constitutivas. Regras regulativas referem-se a fatos ou ações que podem dar-se independentemente delas mesmas. Elas apenas dizem se algo é bom ou mau (como nas regras de etiqueta), proibido, permitido ou obrigatório (os chamados “modais deônticos”). Regras constitutivas, por outro lado, referem-se a fatos que, sem elas, não poderiam ser ditos. As regras do jogo de xadrez, por exemplo, ao mesmo tempo regulam (dizem o que é proibido, permitido ou obrigatório no jogo) e constituem (dizem o que é) o jogo. Ensinar e aprender direito não seria possível sem que houvesse uma definição de direito: sem que antes não se dessem as regras do jogo.

⁴³ Em especial, MACCORMICK, N. “Law as an Institutional Fact”. In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986.

⁴⁴ MACCORMICK, N. “Law as an Institutional Fact”. In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 53.

⁴⁵ MACCORMICK, N. “Law as an Institutional Fact”. In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 55: “For a particular institution to exist in a legal system, the system must contain an institutive rule for that named institution. For an instance of that named institution to exist, the appropriate event must occur or act be performed in the correct circumstances and manner. All of this would be pointless if the law did not specify some consequences as following from the existence of instances of the institution and it would be needless to reify the institution by

1.2. O ponto de vista interno: seguir uma regra

O objetivo desta seção é esclarecer a diferença entre um ponto de vista interno e um ponto de vista externo, e relacionar essa distinção à ideia de seguir uma regra. Para isso, parto da distinção feita por H. L. A. Hart, e complementada por Neil MacCormick. Também me apoio na concepção de “*seguir uma regra*” de Charles Taylor que, a meu ver, é conceitualmente complementar às distinções propostas por Hart.

O aspecto interno das regras é o que distingue uma regra de um hábito. Um hábito é uma regularidade de certo comportamento. Eu acordo às 6h da manhã diariamente, entro no trabalho às 9h, vou para a academia às 20h. Esses são exemplos de hábitos, pois não há aqui uma regra compartilhada cujo sentido me serve de guia para ação.

O ponto de vista interno é justamente aquele dos que aceitam e usam as regras como guias para sua ação. O ponto de vista externo é aquele de quem observa os padrões de comportamento e tira disso regularidades, com eventual capacidade de predição. Do ponto de vista externo, pode-se fazer diferentes tipos de afirmação. O observador pode anotar as regularidades de comportamento da parte daquele que acatam as regras como se fossem meros hábitos, sem se referir ao fato de que tais modelos são considerados pelos membros da sociedade como padrões de comportamento correto. Pode anotar as reações hostis aos desvios do modelo usual de comportamento como algo habitual, sem se referir ao fato de que tais desvios são considerados pelos membros da sociedade como razões e justificações para tais reações. Pode, por fim, não só anotar tais regularidades de comportamento, mas também o fato de que os membros dessa sociedade aceitam certas regras como padrões de comportamento, e que o comportamento e reações observáveis são considerados por eles como exigidos ou justificados pelas regras.

Neil MacCormick, em “*H. L. A. Hart*”, aprofunda a distinção feita por Hart. Para ele, o ponto de vista interno é composto por dois elementos: um elemento cognitivo e um elemento volitivo. O elemento cognitivo diz respeito a uma espécie de noção da existência de um “padrão” de comportamento (uma capacidade de conceber em termos gerais alguma correlação abstrata de certo ato com certas circunstâncias). Dado que o padrão é um ato dentro de certas circunstâncias, sempre que as circunstâncias existirem, um ato obedece ou não obedece ao padrão. Quando as circunstâncias não existem, o padrão é irrelevante. Por

naming it with a noun unless the consequences were in some degree complex. If al that is the case, then we may be sure that somebody will find some way of terminating instances, namely by inventing a terminative rule or rules”.

exemplo: motoristas parando no sinal vermelho. Quando o sinal está vermelho, motoristas podem ou não parar seus carros – seguindo ou não seguindo este padrão.

O elemento volitivo diz respeito a um desejo ou preferência de que o ato (ou abstenção do ato) ocorra quando existirem as circunstâncias previstas. É um desejo ou vontade de que o padrão a que fizemos referência seja mantido. Hart é bastante enfático ao separar o elemento volitivo dos elementos emocionais das atitudes humanas:

O aspecto interno das regras é muitas vezes representado de modo errôneo como mera questão de “sentimentos” em contraste com o comportamento físico observável externamente. Sem dúvida, quando as regras são geralmente aceitas por um grupo social e geralmente apoiadas por uma crítica social e uma pressão pela conformidade, os indivíduos podem ter experiências psicológicas análogas à da restrição ou da compulsão. Quando dizem que “se sentem compelidos” a se comportar de certas maneiras, eles talvez estejam, de fato, se referindo a essas experiências. Mas tais sentimentos não são nem necessários nem suficientes para a existência de regras “compulsórias”. Não há nenhuma contradição em se afirmar que algumas pessoas aceitam certas regras, mas não experimentam esses sentimentos de compulsão. O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em reação a certos padrões de comportamento enquanto um standard comum [...].⁴⁶

Tais desejos ou preferências podem se referir aos estados das coisas que em si mesmos são ou levam a alguns fins ou valores fundamentais, como argumentou John Finnis.⁴⁷ No entanto, as pessoas têm atitudes afetivas ou emocionais em relação ao que quer que considerem como fins ou valores fundamentais, e é por isso que não devemos cometer o erro de supor qualquer disjunção completa entre o volitivo e o emocional – ainda que concordemos com Hart que o “sentir-se compelido” não constitui necessariamente o aspecto interno de qualquer regra.

Essa diferenciação é importante para entendermos mais precisamente o aspecto externo das regras. Hart diferencia o “ponto de vista externo” do “ponto de vista externo extremo”. Há dois casos em que se pode aplicar esse último ponto de vista. No primeiro, o observador poderia descrever a regularidade de certo comportamento, mas não necessariamente atribuir essa regularidade à aceitação e observância da regra nos termos explicador por Hart. Os livros de Kafka são exemplares disso: há diversos personagens que observam o comportamento dos outros, mas fracassam em entender tais comportamentos como sendo orientados por regras ou convenções.⁴⁸

⁴⁶ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 57

⁴⁷ FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011, caps. 1-4.

⁴⁸ Por exemplo, em *O Processo*, Josef K. acorda um dia e descobre que está sendo processado, seguindo ritos incompreensíveis por supostamente ter cometido um crime que não é especificado.

No segundo, o observador poderia adotar a perspectiva de um cientista, preocupado em descrever as regularidades do comportamento humano. Esse cientista poderia restringir sua descrição às condições e aos movimentos corporais das pessoas, sem se importar com uma suposta base subjetiva para os atos delas. Essa perspectiva, embora inútil para a interpretação das ações como orientadas por regras (e portando, com algum sentido), pode ajudar a aperfeiçoar, ao menos em parte, o entendimento de nossas atitudes e disposições em relação à sujeição a regras.⁴⁹

Hart é um árduo crítico desse “ponto de vista externo extremo”. Nos primeiros capítulos de *O Conceito de Direito*,⁵⁰ Hart reconstrói o modo como John Austin teoriza sobre o direito. Em síntese, Austin argumenta que as pessoas seguem as regras do direito por uma espécie de “hábito de obediência” em relação a um indivíduo ou organização (o soberano), que emite comandos gerais aos membros daquela população e tem o poder e o propósito de infligir algum mal por meio de punições aplicadas àqueles que o desobedecerem. A principal crítica de Hart é de que essa perspectiva descreve as condutas das pessoas meramente como “regularidades observáveis de condutas”.

Por outro lado, há um “ponto de vista externo não extremo” que Hart não se debruça sobre. É útil voltarmos aos componentes do ponto de vista interno que MacCormick traça: o elemento volitivo e o elemento cognitivo. Eu, que não sou católico, mas tenho família católica e convivi numa comunidade católica por uma parte relevante da minha vida, consigo fornecer uma explicação descritiva bastante adequada aos ritos e regras da igreja católica. Claro, talvez minha descrição fosse mais completa se eu fosse um membro efetivo da igreja católica, e de fato acreditasse em seus dogmas e crenças. Entretanto, para bem descrever as regras da igreja católica é necessário apenas o elemento cognitivo, e não o elemento volitivo. É justamente essa perspectiva que MacCormick dá o nome de “ponto de vista hermenêutico”, e é com esse sentido que passarei a usar esta nomenclatura em meu trabalho.

Em síntese, a aceitação das regras envolve um compromisso volitivo que o ponto de vista interno exige, embora haja um caso mais fraco de aceitação, digamos, não entusiástica, porém necessária para uma plena compreensão dessas regras. Isso significa que o ponto de vista externo não é necessariamente aquele de alguém “fora do grupo”. Na sua forma extrema, ele se trata de um ponto de vista de alguém que, por ignorância dos significados

⁴⁹ O exemplo que Hart dá foi o modo como os cientistas contribuíram, durante o século XX, para revolucionar as atitudes sociais em relação ao comportamento sexual. Ver HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. California: Stanford University Press, 1963, p. 68.

⁵⁰ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

subjetivos dos agentes ou por algum tipo de compromisso científico, estão restritos ou se restringem à observação da regularidade dos comportamentos dos seres humanos. Na sua forma moderada, trata-se de um “ponto de vista hermenêutico”, daqueles que embora não concordem ou não aceitem tais regras como orientadoras da sua ação, são capazes de compreendê-las a partir de seu sentido.

Charles Taylor, ao explicar o conceito de se seguir uma regra, diferencia ações monológicas de ações dialógicas.⁵¹ A primeira diz respeito a atos de um único agente, e a segunda diz respeito a atos de dois ou mais agentes. Do ponto de vista de teorias epistemológicas mais tradicionais, todas as ações seriam monológicas, ou reduzíveis a ações monológicas. No fim das contas, argumentam, por mais complexa que seja uma ação, ela é constituída, ao fim e ao cabo, por uma série de ações humanas individuais.

Não podemos compreender a vida humana inteiramente apenas em termos de ações monológicas, individuais. Grande parte de nossas ações se em contexto em que o “nós” não é redutível a um ou mais “eu”.⁵² Imagine duas pessoas dançando uma valsa: há coordenação envolvida, ritmo, cadência. As ações seguem um certo fluxo, cuja compreensão não é redutível aos atos individuais, e sim ao seu conjunto. Tanto o é assim que quando um casal de dançarinos perde a coordenação, perde-se o ritmo da dança – dizemos que não estão dançando *bem*. Ações dialógicas, portanto, tem sua identidade e tipo de ação essencialmente dependentes da agência compartilhada que as originam.⁵³

Em que isso é importante para os fins deste trabalho? Já disse que as decisões que juízes tomam são ações, e enquanto tal, inserem-se no âmbito de discussão da razão prática. Quando decidem, juízes não decidem apenas um caso – uma ação monológica. Eles estão numa espécie de “valsa da jurisprudência”: decisões que precisam estar concatenadas e em

⁵¹ TAYLOR, C. “To Follow a Rule”. In: TAYLOR, C. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

⁵² TAYLOR, C. “To Follow a Rule”. In: TAYLOR, C. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 173: “We can’t understand human life merely in terms of individual subjects, who frame representations about and respond to others, because a great deal of human action only happens insofar as the agent understands and constitutes himself as integrally part of a ‘we’.”

⁵³ TAYLOR, C. “To Follow a Rule”. In: TAYLOR, C. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 172: “An action is dialogical, in the sense I’m using it here, when it is effected by an integrated, nonindividual agent. This means that for those involved in it, its identity as this kind of action essentially depends on the agency being shared. These actions are constituted as such by a shared understanding among those who make up the common agent. Integration into a common rhythm can be one form this shared understanding takes. But it can also come to be outside the situation of face-to-face encounter. In a different form it can also constitute a political or religious movement, whose members may be widely scattered, but who are animated together by a sense of common purpose – such as linked the students in Tienanmen Square and their colleagues back on the campuses and, indeed, a great part of the population of Beijing. This kind of action exists in a host of other forms, and on a great many other levels as well.”

sintonia, como numa valsa.⁵⁴ Para compreender o sentido dessas decisões, e a partir disso decidir bem, é preciso ter o ponto de vista interno. É preciso não apenas compreendê-las a partir de suas bases (e aqui, o ponto de vista hermenêutico seria suficiente), mas ter essas regras como orientadoras da sua ação (no caso, a decisão judicial).

1.3. Raciocínio jurídico e razão prática: entre as teorias da norma e a teoria da ação

Um dos pressupostos deste trabalho é de que a decisão, em geral, e a decisão jurídica, em particular, são uma forma de ação – e a deliberação é constitutiva da própria decisão. É na deliberação que os motivos de quem decide são esclarecidos, e a motivação é justamente a fundamentação da decisão. No caso do direito em específico, a deliberação precisa ser explicitamente desenvolvida nas sentenças, pois a posição institucional dos juízes exige que suas decisões sejam institucionalmente justificadas.⁵⁵

José Reinaldo de Lima Lopes esclarece, particularmente em dois textos,⁵⁶ a concepção de raciocínio jurídico que adoto neste trabalho. Para isso, traça uma diferença entre dois tipos de teorias do direito: uma teoria das normas e uma teoria da decisão. A diferença entre esses dois tipos de teoria tem importância tanto teórica quanto prática, e acredito que ela ajuda a entender algumas concepções equivocadas de consequencialismo.

As teorias das normas têm como ponto de partida e objeto central de reflexão uma espécie de ontologia da norma jurídica.⁵⁷ A natureza do direito, dessa perspectiva, é ser um ordenamento, um sistema de normas. Há alguns pontos que merecem ser destacados para bem entender as teorias das normas.

O primeiro ponto é que esse tipo de teoria encara a norma jurídica como uma norma dotada de sanção em si mesma ou no sistema (no ordenamento jurídico). Nesse sentido, a

⁵⁴ Aqui, fiz um paralelo com dançar uma valsa, mas outra comparação bastante comum é a do “romance em cadeia”. O argumento do romance em cadeia ilustra a situação de alguém que precisa dar continuidade a uma história que já está parcialmente escrita. O autor tem alguma margem para inovação, mas está necessariamente preso ao que já foi escrito. Da mesma forma, o juiz decide um caso concreto, mas tem o dever de não realizar uma ruptura tamanha que se torne ininteligível perante o restante das demais normas jurídicas e outras decisões. Essa ideia foi exposta pela primeira vez por Dworkin em DWORKIN, Ronald. “Law as Interpretation”. *Texas Law Review* 60, pp. 527-550, 1982.

⁵⁵ “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009. E “Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática”, *RIL Brasília* 53, 212, 2016, p. 205.

⁵⁶ “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009. E “Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática”, *RIL Brasília* 53, 212, 2016, pp. 203-226.

⁵⁷ LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 47.

norma jurídica pertence a um conjunto organizado de normas, e é isso que lhe garante seu *pedigree* – em outras palavras, sei que uma norma é jurídica porque pertence a um ordenamento jurídico. A norma jurídica também é encarada como um imperativo, um comando, uma expressão de vontade. Desta forma, a teoria da norma é geralmente associada a uma concepção do direito como poder, ou seja, como a capacidade de imposição da própria vontade aos outros. Essa perspectiva encara o “homem médio” como transgressor, e o direito seria uma maneira de controlar tais transgressores.

As teorias da norma também colocam a relação entre validade e eficácia como um equilíbrio complicado – alguns autores colocam que a validade depende, em algum grau, da eficácia, mas não deixam claro qual o grau de relação.⁵⁸ Por fim, a teoria das normas é análoga, no campo do direito, à linguística no campo da linguagem. A linguística não ensina ninguém a falar uma língua, embora ela seja um saber importante a respeito da linguagem. A linguística fornece uma espécie de “gramática” da linguagem – a lógica por trás da linguagem em geral, não de uma língua em específico. Quem domina a linguística não consegue elaborar um discurso, pois a linguística não é uma prática.⁵⁹

Para Kelsen (um dos grandes representantes da teoria das normas), por exemplo, o discurso sobre a norma pode ser científico, mas a decisão singular é um ato de vontade aplicado a um caso.⁶⁰ Por ser um ato de vontade, não poderia ser estudado e entendido de maneira objetiva. Quem olha o ordenamento sem ter de aplicá-lo vê uma série de soluções possíveis, numa moldura de possibilidades. Para o autor, a escolha de uma dessas soluções é um ato de vontade, não de conhecimento. Desta forma, a decisão propriamente dita é irracional.

Podemos tirar dessas características duas conclusões importantes: a concepção de razão por trás da teoria da norma é especulativa e, desta forma, a razão aplicada ao direito é necessariamente instrumental. A segunda conclusão é que ela encara o sujeito como alguém

⁵⁸ Kelsen, por exemplo, não é claro sobre esse equilíbrio. Em minha visão, Hart é mais preciso: *O Conceito de Direito*, p. 115: “Diz-se de alguns dos enigmas relacionados com a ideia de validade jurídica, que eles respeitam a relação entre a validade e a ‘eficácia’ do direito. Se por eficácia se quer dizer que o fato de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz.”

⁵⁹ LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 49.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 4ªed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 470

isolado, que dá e recebe ordens isoladamente. Uma teoria assim não dá conta de todas as formas de ação sujeitas a regras.

Além disso, essa distinção nos ajuda a entender o direito como fato institucional. Essa concepção do direito só faz sentido a partir de uma teoria da decisão, não de uma teoria da norma. Neil MacCormick é explícito sobre isso:

A tese de que o direito só pode ser entendido se nós fizermos uma distinção cuidadosa entre regras que conferem poderes e regras que impõem obrigações é uma das mais importantes e proeminentes da filosofia do direito moderna. Ela é central tanto para o *Conceito de Direito* de Hart quanto ao *Conceito de Sistema Jurídico* de Raz. No mínimo, portanto, não se trata de um mero adendo para suas teorias mostrar explicitamente que o uso de termos institucionais, com tudo o que isso implica, é essencial para o projeto de se separar os elementos do direito nessas duas classes de regras. Mas acho que o que disse pode ser mais do que um mero adendo. [...] Já afirmei, com efeito, uma razão prática que contraria as teses de Bentham e Kelsen, a saber: para tornar as coisas mais simples, ao expor ou operar com a lei, precisamos dividir toda a massa de material jurídico em simples, mas patentemente inter-relacionadas. regras unitárias; nossos termos institucionais tornam isso possível, cada um dentro de seu próprio alcance. Hart, por outro lado, faz uma exceção radical e profunda à visão de Bentham/Kelsen e a leva ao nível de aceitabilidade teórica, e não de mera utilidade prática. Na sua opinião, é um grave erro teórico, além de ser intolerável na prática, insistir no caráter impositivo ou estipulado por sanção de toda lei completa, cada uma das quais, sendo de caráter complexo, também pode conferir algum poder ou poderes em virtude das condições em que o dever ou a sanção pode ser levada a depender. Isso envolve enfatizar demais uma importante função da lei: a sua função de imposição de deveres, em detrimento de outra função que possa ser tão importante para as pessoas afetadas por ela, ou seja, aquela pela qual as pessoas são habilitadas, em determinadas circunstâncias, voluntariamente, a efetuar mudanças nas relações jurídicas - em uma palavra, sua função de conferir poder; já afirmei, de fato, uma razão prática que contraria as teses de Bentham e Kelsen, a saber: para simplificar, ao expor ou operar com a lei, precisamos quebrar toda a massa de material jurídico em regras unitárias simples, mas claramente inter-relacionadas; nossos termos institucionais tornam isso possível, cada um dentro de seu próprio alcance.⁶¹ [tradução minha]

⁶¹ MACCORMICK, N. "Law as an Institutional Fact". In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, pp. 60-61: "The thesis that law can only be understood if we do carefully distinguish between rules which confer powers and rules which impose duties is, as I need hardly say, one of the most important and prominent in modern legal philosophy. It is central both to Professor Hart's *Concept of Law* and to Dr. Raz's *Concept of a Legal System*. At the very least, therefore, it is a not unimportant addendum to their theories to show explicitly that the use of institutional terms, with all that it implies, is essential to the project of separating the elements of law into those two classes of rules. But I think that what I have said may be more than mere addendum. [...] I have already in effect stated one practical reason which tells against Bentham's and Kelsen's theses, namely that for simplicity, at any rate relative simplicity, in expounding or operating with law, we need to break the whole mass of legal material into simple but patently interrelated unitary rules; our institutional terms make this possible, each within its own range. Hart, on the other hand, takes radical and profound exception to the Bentham/Kelsen view, and takes it on the level of theoretical acceptability rather than mere practical utility. It is in his view a grave theoretical error, as well as being intolerable in practice, to insist upon the duty-imposing or sanction-stipulating character of every complete law, each of which, being complex in character, may also confer some power or powers by virtue of the conditions upon which the duty or the sanction may be made to depend. This involves overemphasizing one important function of law; its duty-imposing function, at the expense of another function which may be as important to the people affected by law, namely that whereby people are enabled in certain circumstances voluntarily to effect changes in legal relations; in a word, its power-conferring function."

Como MacCormick diz, Hart elabora críticas importantes contra esse tipo de teoria em *O Conceito de Direito*.⁶² Hart argumenta que nem toda norma jurídica é um comando. Neil MacCormick diz que o elemento mais importante da obra de Hart é como ele abordou a explicação das normas jurídicas como regras sociais para diferenciá-las de simples hábitos, comandos ou meras generalizações do comportamento humano.⁶³ Utilizando o método hermenêutico, Hart tentou retratar o comportamento governado pelas regras como encarado por seus participantes, que o veem como obedecendo ou deixando de obedecer a certos padrões compartilhados. Para que uma regra social exista, deve haver não só a regularidade de ação (elemento cognitivo) como também uma atitude entre os membros de um grupo cujo comportamento revela tal padronização, um tipo de atitude reflexiva (elemento volitivo) a esse padrão de comportamento como regra comum. A junção destes dois elementos, nos casos das regras sociais, faz com que, se houver um desvio no seu cumprimento, isto será tratado como uma falha ou como um lapso, suscetíveis à crítica, mas desrespeitar um hábito de agir geral não precisa suscitar qualquer forma de crítica.

À teoria das normas, Lima Lopes contrapõe uma teoria da decisão. Esse tipo de teoria volta sua atenção para o processo deliberativo envolvido na decisão.⁶⁴ Uma teoria da decisão carrega consigo uma certa teoria da norma, mas não esgota o direito na teoria da norma. Essa mudança de foco, no direito, acompanha uma mudança também na filosofia. Ao menos parte da filosofia passou a se debruçar não sobre o ato isolado de se conhecer uma norma (em geral), mas sobre o ato mais cotidiano de se seguir uma norma – sobre o qual voltamos nossa atenção alguns tópicos atrás.⁶⁵

A epistemologia do direito deve ser compatível com a sua natureza. Se as decisões jurídicas também são ações, sua natureza é prática. Se a natureza das ações jurídicas é

⁶² HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

⁶³ MACCORMICK, N. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, cap. 4.

⁶⁴ LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 56.

⁶⁵ Lima Lopes parte da distinção entre comunidade ideal e comunidade real elaborada por Karl-Otto Apel para aproximar a agenda da filosofia hermenêutica da agenda da filosofia analítica. Não pretendo aqui reconstruir o argumento de Apel, apenas apontar que sua empreitada de aproximação das filosofias hermenêutica e analítica, no campo da filosofia, é acompanhada por Lima Lopes no campo do direito.

De acordo com Lopes, a comunidade ideal abrange todos os que falam determinada língua – ou que pertencem a um determinado campo. A comunidade real, por sua vez, abrange todos os que realizam os discursos dentro dessas comunidades ou campos. Por exemplo: há uma comunidade (ideal) dos falantes da língua portuguesa. Há comunidades (reais) dentro dessa comunidade ideal, como a dos falantes do jargão jurídico, ou dos falantes com sotaque soteropolitano. A comunidade ideal corresponde à língua. A comunidade real corresponde aos discursos feitos a partir dessa língua. A língua é, em si, sem sentido, sem referência, sem sujeito e sem contexto. Justamente por isso é que ela pode expressar quaisquer sentidos, referir-se a qualquer coisa, ser falada por qualquer um a partir de diversos tipos de contexto. Os discursos, por sua vez, necessariamente têm sentido, têm referência, têm sujeito e têm contexto.

prática, sua epistemologia não deve se resumir ao entendimento do ordenamento jurídico. A diferença entre *ordenamento jurídico* (ou sistema jurídico) e as *decisões jurídicas* dentro desse ordenamento é fundamental.⁶⁶ A partir dessa diferença escapa-se do “pesadelo do empirismo” e do “nobre sonho dos pregadores morais”:⁶⁷ as decisões jurídicas não correspondem idealmente ao ordenamento, embora precisem estar dentro de um sistema (que dê padrões, regras) para que possam ser inteligíveis.

Dessa perspectiva, normas jurídicas são encaradas como a expressão de sentidos jurídicos das ações humanas.⁶⁸ Os sentidos jurídicos são a permissão, a proibição e a obrigação. Assim, a hermenêutica jurídica tem como função julgar uma ação, apreendendo seu sentido jurídico e determinando se esse sentido é de permissão, proibição ou obrigação.

A distinção entre seguir regras porque as encaramos como guias de ação, e seguir regras porque tememos as consequências da desobediência está na base da divergência entre as teorias da norma e as teorias da decisão. Lima Lopes, numa frase bastante feliz, afirma que Hart foi uma espécie de Moisés da filosofia do direito, pois “trouxe-nos até a fronteira da terra prometida da razão prática, sem entrar nela, avistando-a de longe.”⁶⁹ Hart introduz no direito a ideia de ponto de vista interno, que significa aceitar e usar as regras como guias para ação – como disse na seção “1.2. O ponto de vista interno: seguir uma regra”.⁷⁰

Há dois pontos que merecem ser destacados para bem entender as teorias da decisão. O primeiro ponto é a centralidade que essas teorias colocam nos problemas de aplicação do

⁶⁶ Essa distinção ficará mais clara quando abordarmos a distinção entre prática e ações submetidas a uma prática, no tópico “3.1.1. Justificar uma prática e justificar uma ação submetida a uma prática”.

⁶⁷ Expressão de Hart. O pesadelo, para Hart, é que juízes criem *ad hoc* o direito. Deste lado estão os utilitaristas e os empiristas em geral. O nobre sonho consistiria na crença de uma justificação fundamental de todas as decisões baseada em princípios gerais. Deste lado estariam os normativistas, como Rawls e Dworkin.

⁶⁸ LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 59.

⁶⁹ LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 62: “Hart foi uma espécie de Moisés da filosofia jurídica contemporânea: trouxe-nos até a fronteira da terra prometida da razão prática, sem entrar nela, avistando-a de longe. [...] A prática social, como o jogo de xadrez ou qualquer outro jogo, consiste em formas regradas de ação, embora não formas regradas à maneira do comando ou da ordem.”

⁷⁰ MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Califórnia: Stanford University Press, 1981, p. 220: “Isso, porém, já torna óbvio que, do ponto de vista das pessoas atuantes em dado Estado, o direito é de importância real para elas. Isso leva ao que Hart quer dizer com ‘ponto de vista interno’. As leis que existem são standards pelos resultados de julgamentos de valor político e os resultados de lutas e disputas políticas, solucionadas, às vezes por eleições e, outras vezes, por meios ainda mais incisivos. Com frequência, as leis se baseiam em julgamentos sobre o que é correto – moralmente correto – ou o que é justo ou conveniente, ou podem depender de uma visão a respeito dos princípios de moral crítica que devem informar a criação de leis. O resultado de qualquer disputa política em particular representa normalmente um equilíbrio mais ou menos aceitável entre o correto e o conveniente. No que se refere à aplicação e interpretação de leis, deve-se considerar a forma como as leis expressam valores e como uma lei específica se combina ou se ajusta a outras leis estabelecidas, a fim de se chegar a uma conclusão razoável sobre uma questão em disputa. Para entendê-las, deve-se entender como elas podem orientar a conduta dos cidadãos e fundamentar as avaliações críticas que as pessoas fazem ou deixam de fazer.”

direito. A pergunta central passa a ser “o que é decidir segundo o direito?” e não mais “o que é a regra jurídica?”. Nesse sentido, aquilo que é visto como irracional pelas teorias da norma (o processo deliberativo e a decisão), passa a constituir o coração da teoria da decisão.

O segundo ponto é que o ponto de vista do agente⁷¹ passa a ser encarado como crucial para se entender as regras. Isso porque sem a perspectiva de quem está submetido à regra é impossível determinar seu sentido. Nesse sentido, a regra volta a ser a régua e a medida das ações e decisões.⁷²

E quando a lei é omissa ou obscura sobre os critérios da decisão? Ainda assim, isso não dispensa a atenção a ela. MacCormick é bastante claro nesse aspecto:

Podemos, porém, esgotar as regras sem ter eliminado a necessidade de decidir de acordo com a lei – ou porque as regras são obscuras, ou porque a classificação adequada dos fatos relevantes é controversa, ou mesmo porque há divergência sobre se há ou não há alguma base legal para certa pretensão ou decisão jurídica.⁷³ [tradução minha]

Nesses casos, MacCormick argumenta que devemos buscar razões de segundo grau para justificar a decisão.⁷⁴ Não seria desejável que buscássemos eliminar essa discricionariedade com formulações legislativas excessivamente precisas. Os legisladores não são mais capazes do que ninguém de prever o futuro em sua totalidade, argumenta MacCormick. Eles também não têm o monopólio da sabedoria prática. Deve ser deixada aos juízes e autoridades alguma discricionariedade para agir de forma justa, reta e sensata à luz das necessidades, conforme percebidas pelas autoridades responsáveis, quando os casos são apresentados.⁷⁵ Além disso, também diz que:

Para todas as regras (exceto as mal elaboradas), há alguns casos claros, e para algumas regras há muitos casos claros. Se não fosse assim, a possibilidade de qualquer sistema jurídico existir em qualquer lugar como qualquer tipo de orientação sobre a conduta de qualquer um para qualquer propósito seria nula. A experiência comum, porém, revela não só a possibilidade, mas a realidade da orientação jurídica do comportamento.⁷⁶ [tradução minha]

⁷¹ Chamado de “ponto de vista interno” ou “ponto de vista hermenêutico”, por Hart, e de “ponto de vista prático”, por Shapiro. Usarei essas expressões como sinônimas em meu trabalho.

⁷² LIMA LOPES, J. R. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009, p. 66. Essa ideia é amplamente desenvolvida por Lima Lopes em “As palavras e a lei”.

⁷³ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 100-128.

⁷⁴ Vale destacar que a teoria da argumentação jurídica de Alexy coincide nos pontos principais com a de MacCormick. MacCormick parte das argumentações das decisões tal como elas ocorrem nas instâncias judiciais e, a partir daí, elabora uma teoria da argumentação jurídica que faz parte de uma teoria geral da argumentação prática. Alexy parte de uma teoria geral da argumentação prática geral que ele projeta, depois, para o campo do direito.

⁷⁵ MACCORMICK, N. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 180.

⁷⁶ MACCORMICK, N. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 170.

Voltarei a este ponto com mais calma na próxima seção, em especial no tópico “1.4.4. Precisão e previsão”. A próxima seção trata da argumentação jurídica em sentido geral, com ênfase nos pontos pertinentes ao debate sobre consequencialismo jurídico.

1.4. Argumentação jurídica

“Pão ou pães é questão e opiniões”

Marco Aurélio Mello, ministro do STF, disse certa vez que, diante de um caso concreto, primeiro ele considera qual é a decisão mais justa para, em seguida, buscar fundamentação legal para justificá-la.⁷⁷ A frase de Marco Aurélio é ilustrativa de um argumento recorrente no direito: os juízes primeiro decidem, e depois fundamentam a sua decisão. Há algum problema na maneira como Marco Aurélio encara a argumentação jurídica? Qual a relação entre o processo de descoberta de um argumento ou tese e o processo de justificação desse mesmo argumento ou tese? Os avanços das ciências psicológicas nos estudos sobre o processo de tomada de decisão impactam de alguma maneira nisso?

Eros Grau, um dos doutrinadores mais citados pelo Supremo Tribunal Federal em se tratando de controle de constitucionalidade,⁷⁸ tem um livro bastante famoso sobre interpretação jurídica.⁷⁹ Há um trecho que considero emblemático:

A interpretação do direito é costumeiramente apresentada ou escrita como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas. Ou o intérprete identifica o significado da norma, ou o determina. Ainda que sob essas duas variantes – ato de conhecimento ou ato de vontade –, permanece a ideia fundamental de que interpretar é identificar ou determinar (= compreender) a significação de algo. No caso, compreender o significado da norma jurídica.⁸⁰

Grau argumenta que compreender e interpretar uma norma jurídica são, de alguma forma, equivalentes. Esse argumento, apesar de muito comum, está equivocado. O objetivo desta seção é esclarecer essas questões. Em primeiro lugar, trato da distinção entre processo de descoberta e processo de justificação. Em segundo lugar, aponto as limitações que os avanços dos estudos psicológicos sobre o processo decisório têm no contexto de justificação. Em terceiro lugar, trato da diferença entre compreensão e interpretação, apontando a

⁷⁷ “Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio”. Ver <<https://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em 14 mai. 2018.

⁷⁸ Relação dos doutrinadores brasileiros de Direito Constitucional mais citados pelo Supremo Tribunal Federal nos casos de Controle Concentrado de Constitucionalidade. Ver: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130708-05.pdf>. Acesso em 14 mai. 2018.

⁷⁹ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação – Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁸⁰ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação – Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 246.

pertinência dessas distinções para meu trabalho. Por fim, trato das ideias de precisão e previsão no direito.

1.4.1. Processo de descoberta e processo de justificação

A argumentação jurídica diz respeito à maneira como profissionais do direito defendem publicamente suas conclusões. Essa argumentação não corresponde necessariamente ao que se passa na cabeça dos profissionais do direito, ou seja, não necessariamente corresponde ao processo psicológico que leva um indivíduo a aceitar determinada conclusão.

A distinção entre processo de descoberta e processo de justificação, bastante conhecida na filosofia da ciência, ajuda a entender melhor essas diferenças. O processo de descoberta aponta a maneira como se descobre ou se enuncia certa teoria. O objetivo é apontar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico, inclusive com referência ao processo mental através do qual se vislumbra a plausibilidade de uma tese ou teoria. O processo de justificação, por sua vez, confronta a tese ou teoria com os fatos e com as regras do método científico para validá-la. O processo de descoberta opera no nível psicológico. O processo de justificação opera no nível lógico.

A história de Arquimedes e a coroa é bastante ilustrativa dessa diferença. O rei Hierão II, rei da antiga Siracusa, mandou fazer uma coroa de ouro. Uma vez com a coroa, o rei ficou desconfiado, pois ouviu boatos de que o ourives não tinha usado apenas ouro na confecção da coroa – embora a coroa fosse completamente dourada e se parecesse muito com ouro puro. O rei pediu a Arquimedes que encontrasse uma maneira de tirar a sua dúvida sem que a coroa fosse destruída.

Certo dia, Arquimedes tomava banho em sua banheira e matutava sobre a questão. De repente, levanta-se da banheira e sai correndo nu pelas ruas da cidade gritando “Eureka, Eureka!”, que em grego quer dizer “descobri, descobri!”. O que Arquimedes descobriu é aquilo que chamamos de “Princípio de Arquimedes”: um corpo imerso em um líquido irá flutuar, afundar ou ficar numa posição neutra de acordo com o peso do líquido deslocado por esse corpo. Com isso, ele descobriu como poderia descobrir o volume da coroa de ouro sem derretê-la: afundando-a na água. Blocos de mesma massa, feitos de prata ou de ouro, transbordam diferentes volumes de água, por serem de materiais com densidade diferentes.

Arquimedes mergulhou um bloco de ouro e um bloco de prata de mesma massa que a coroa. Como a densidade do ouro é maior do que a da prata, o pedaço de ouro ocupa um volume menor que o pedaço de prata de mesma massa – que, por sua vez, desloca um volume

de água maior. A coroa era feita de uma mistura de ouro e prata e, com uma densidade média entre o ouro e a prata, deslocou um volume de água menor que a do bloco de prata, mas maior que a do bloco de ouro.

Essa história ilustra o processo de descoberta do “Princípio de Arquimedes”. Ela não é suficiente, é claro, para *justificar* esse princípio. Para justificá-lo é preciso confrontá-lo com o comportamento real de corpos nessa situação: é preciso do processo de justificação. Isso vale para a ciência em geral, e vale também para o direito.

Uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece determinada premissa ou conclusão, outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão. Manuel Atienza é bastante claro nesse sentido:

Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma razão explicativa; dizer que a decisão do juiz se baseou em determinada interpretação do art. 15 da Constituição significa enunciar uma razão justificadora. De modo geral, os órgãos jurisdicionais não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las.⁸¹

A argumentação tem a ver com a forma como os indivíduos justificam suas conclusões publicamente, não com os detalhes do processo psicológico que precede essa justificação.⁸² Quando falamos de argumentação jurídica, nossa preocupação se situa principalmente no processo de justificação. Se um juiz decide de maneira X ou Y dependendo do que tomou no café da manhã é irrelevante em matéria de justificação da sua decisão.⁸³

Isso significa que os avanços das ciências psicológicas nos estudos sobre o processo de tomada de decisão são inúteis? É evidente que não, mas sua importância está delimitada em campos específicos. É disso que trato no próximo tópico.

1.4.2. *Atalhos e vieses*

Jerome Frank é um conhecido representante do realismo jurídico norte-americano – e, além disso, também foi juiz. Em um de seus livros, diz:

⁸¹ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 5-6.

⁸² SHECAIRA, F.; STRUCHINER, F. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016, p. 160.

⁸³ NINO, Carlos Santiago. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 126 (tradução livre): “As razões explicativas se identificam com os motivos. Elas se compõem de estados mentais que são antecedentes causais de certas ações. O caso central de razão explicativa ou motivo é dado por uma combinação de crenças e desejos [...]. As razões justificadoras ou objetivas não sevem para entender por que se realizou uma ação ou eventualmente para prever a execução de uma ação, e sim para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista.”

Muitos prejuízos são causados pelo mito de que, simplesmente por colocar uma toga preta e realizar um juramento ao assumir o cargo como juiz, um homem deixa de ser humano e extirpa de si mesmo todas as suas predileções, tornando-se uma máquina de pensar livre de qualquer paixão.⁸⁴

Frank disse isso em 1947, e desde então, principalmente com o avanço dos estudos na psicologia da teoria da decisão, esses argumentos têm ganhado cada vez mais força. Em 2017, Richard Thaler foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia, que de certa forma veio para consagrar os avanços da análise econômica comportamental.

De maneira geral, tem prevalecido a ideia de que nosso processo decisório é operado por dois sistemas distintos: sistema implícito e sistema explícito, ou sistema 1 (S1) e sistema 2 (S2).⁸⁵ O sistema 1 é automático e se caracteriza por operar rapidamente, intuitivamente e inconscientemente. O sistema 2 é deliberativo, razoavelmente lento, intencional, controlável e consciente.

O S1 parece ter certa primazia sobre o S2. Tomar decisões implica um gasto de energia e um gasto de tempo que nem sempre temos. Isso implica tomar decisões rápidas, de maneira inconsciente e com alguns erros. Shecaira e Struchiner⁸⁶ sistematizaram três exemplos de atalhos não conscientes – ou seja, mecanismos não conscientes produzidos pelo S1 na produção de intuições responsáveis, do ponto de vista causal, pela decisão – com impactos significativos no direito.

O primeiro exemplo diz respeito ao “efeito ancoragem”. Em linhas gerais, um valor numérico inicialmente divulgado funciona como âncora e afeta a maneira pela qual são feitas estimações numéricas subsequentes. Isso é relevante para o direito porque juízes com frequência decidem questões que envolvem julgamentos numéricos, como o valor de uma indenização ou a quantidade de tempo que alguém deve ficar preso.⁸⁷

O segundo exemplo diz respeito ao “efeito da atratividade física”. Em linhas gerais, assumimos que as pessoas bonitas são, automaticamente, pessoas boas. Numa pesquisa recente,⁸⁸ os pesquisadores pediram para que as pessoas julgassem o quão culpados eram réus com cara de bebê ou com cara mais madura. Réus com cara de bebê eram associados a comportamentos inocentes e ingênuos, e foram mais facilmente julgados culpados por

⁸⁴ FRANK, J. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers, 2009 [1947], p. XXXV.

⁸⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1st ed., 2013.

⁸⁶ SHECAIRA, F.; STRUCHINER, F. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016, pp.169-174.

⁸⁷ CHANG, Y.; CHEN, K.; LIN, C.; LIU, Y. “Anchoring Effect in Real Litigation: An Empirical Study”, *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics 744*, 2016.

⁸⁸ MYERS, D. *Psicologia Social*. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 438.

crimes envolvendo negligência. Réus com cara mais madura foram mais facilmente julgados culpados por crimes intencionais.

Em uma outra pesquisa,⁸⁹ pediu-se que guardas que acompanhavam os réus fizessem uma avaliação sobre a atratividade física dos réus. Os juízes deveriam decidir sobre o valor da fiança ou da multa que os réus teriam de pagar, e não sabiam da avaliação feita pelos policiais. A pesquisa aponta que os réus que tinham sido considerados mais atraentes pelos policiais receberam penalidades mais brandas. Claro, os juízes não justificaram sua decisão com base na atratividade dos réus. O mais provável é que “efeito da atratividade física” tenha operado no S1 dos juízes, enviesando a sua decisão.

Por fim, o terceiro exemplo é o “viés do *status quo*”. Em linhas gerais, em caso de cansaço ou de dúvida, acabamos deixando as coisas como elas estão. Numa pesquisa,⁹⁰ pesquisadores se debruçaram sobre o dia a dia de juízes para entender quais fatores mais alteravam a decisão deles.

Percebeu-se que o dia a dia dos juízes tinha dois intervalos – um para o lanche da manhã e outro para o almoço – fazendo com que o julgamento acontecesse em três diferentes sessões. No começo da primeira sessão, cerca de 65% dos pleitos eram concedidos, índice que diminuía drasticamente nos períodos próximos ao primeiro intervalo. No começo da segunda sessão, os índices subiam novamente para cerca de 65%, caindo vertiginosamente mais uma vez próximo do segundo intervalo. Depois do almoço, novamente os índices subiam, para depois cair. A conclusão dos autores é de que o destino de alguém depende do momento em que seu caso é julgado – uma conclusão estarrecedora. Para os pesquisadores, a fadiga mental dos juízes faz com que adotem a posição de *status quo*, que significava a manutenção das condições prisionais dos presos.

O que podemos concluir desses experimentos? A meu ver, uma primeira conclusão é de que a racionalidade (no sentido de exercício da razão) pode ser limitada, no sentido de que as habilidades cognitivas humanas não são infinitas – como pressupõe a ideia de “*homo economicus*”.⁹¹ É famosa a frase de Aristóteles de que o homem é um animal racional. Por muito tempo, debruçamo-nos na segunda parte da frase, e esquecemos da primeira parte:

⁸⁹ DOWN, A., LYONS, P. M. “Natural observations of the links between attractiveness and initial legal judgements”. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 17 (5), 1991, pp. 541-547

⁹⁰ DANZIGER, S., LEVAV, J., AVNAIM-PESSO, L. “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. *PNAS*, vol. 108 (17), 2011, pp. 6889-6892. Os autores se debruçaram sobre 1112 audiências judiciais presididas por 8 juízes diferentes. Os juízes lidavam com casos em que os presos requereram livramento condicional ou outras melhorias em suas condições prisionais.

⁹¹ SUNSTEIN, C.; JOLLS, C.; THALER, R. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* 50, 1998. Em especial, o tópico “A. 1. Bounded Rationality”.

antes de tudo, somos animais – cujas habilidades cognitivas limitadas implicam um exercício da razão também limitado. Jerome Frank tinha toda razão quando disse o que disse.

Se podemos concluir que a racionalidade é limitada, isso não significa que a razão deixa de ter importância. Os avanços nas ciências psicológicas dão respostas, por óbvio, psicológicas. Elas esclarecem muitos pontos sobre o processo de descoberta, mas sua importância para o processo de justificação é limitada. Como já disse, no processo de justificação precisamos de respostas lógicas, não psicológicas.

Uma segunda conclusão é de que nossa força de vontade é limitada. Com frequência, agimos de maneira conflitante com nossos objetivos de longo prazo porque os prazeres de curto prazo soam mais atraentes. Pessoas que querem parar de fumar tem de vencer essa limitação para alcançar seu objetivo, por exemplo.⁹²

Qual é, então, o papel desses estudos no processo de justificação? A meu ver, eles apontam maneiras de pensarmos na arquitetura das decisões para minimizar o impacto de fatores externos no processo de tomada de decisão.

Um exemplo interessante diz respeito à prova ilícita no processo penal. De acordo com o direito processual penal brasileiro, são inadmissíveis no processo provas obtidas por meios ilícitos.⁹³ Uma interceptação telefônica clandestina que deixe claro que alguém desvia recursos da administração pública é ilícita e, desta forma, não deve ser considerada no processo.

Ora, uma vez que um juiz tenha contato com uma prova, ainda que ilícita, o seu processo de decisão já foi enviesado. Por mais racional que um juiz possa ser, ele tem limitações cognitivas importantes que não devem ser deixadas de lado. Uma das soluções possíveis para enfrentar esse problema é substituir o juiz que julgará o caso, por exemplo.⁹⁴ Como esse caso, há inúmeros outros exemplos. Sunstein, Thaler e Jolls⁹⁵ são autores de um texto importante sobre o tema. O artigo tinha como objetivo propor uma abordagem comportamental à análise econômica do direito – isso em meados de 1998. Ele foi uma espécie de ponta de lança nas discussões sobre atalhos e vieses no direito, e até hoje é um dos artigos mais citados na área. Se as decisões jurídicas são ações humanas que envolvem

⁹² A essas duas conclusões, SUNSTEIN et al. adicionam uma terceira: a de que os seres humanos não são necessariamente egoístas, como diz a teoria econômica tradicional. Ver SUNSTEIN, C.; JOLLS, C.; THALER, R. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* 50, 1998

⁹³ Art. 5º, LVI, Constituição Federal: “LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

⁹⁴ Embora haja conhecidas limitações no direito brasileiro para isso.

⁹⁵ SUNSTEIN, C.; JOLLS, C.; THALER, R. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* 50, 1998.

tomada de decisão, e se decisões podem estar enviesadas em razão da arquitetura de escolha nas quais estão inseridas, entender esses atalhos e vieses é crucial para se garantir que o direito opere corretamente.

Em síntese, no processo de justificação, devemos estar atentos aos atalhos e aos vieses servem para melhorarmos a arquitetura de escolha. Quanto aos argumentos em si, as conclusões desses estudos pouco adicionam: eles dão respostas psicológicas, e não lógicas às questões jurídicas. Nesse sentido, embora a racionalidade seja limitada, a razão continua objetiva.

1.4.3. *Interpretação e compreensão*

Voltemos à fala de Eros Grau. Há alguma diferença entre compreender e interpretar? Para tratar dessa questão vou me valer de um exemplo emprestado de João Vergílio Cuter: o jogo de futebol.⁹⁶ Até que ponto podemos dizer que alguém está obrigado a interpretar as regras do futebol quando está atuando como juiz? Os acertos e erros da arbitragem de um jogo estão associados a critérios objetivos da decisão? Quais são os critérios que utilizamos para determinar o que é um bom juiz de futebol e se uma decisão foi acertada dentro desse campo? Acredito que a resposta a essas questões possa ser extrapolada para o direito, embora haja limites. São essas as questões que nortearão esta parte de meu trabalho.

É famosa a figura do pato-coelho de Wittgenstein.⁹⁷ Figuras e exemplos como esse levaram a uma generalização cada vez mais presente nos dias de hoje: “toda visão é uma visão de aspecto” (para dialogar com Cuter), ou “tudo é uma questão de opinião” (para dialogar com Guimarães Rosa, de quem emprestei a epígrafe desta seção). Ora, para que eu possa ter a experiência perceptiva de ver o pato-coelho, entendendo sua ambiguidade, é preciso que eu tenha tido antes a experiência perceptiva de ver um pato, e um coelho. Ver um pato não é “ver algo como um pato”, mas estar diante de um pato, prestando atenção nele. Em outras palavras, para ter a experiência da “visão de aspecto”, é preciso antes ter tido uma experiência que não envolva ambiguidade.

Essa generalização aparentemente inofensiva tem levado a equívocos filosóficos e jurídicos graves. Porque há casos que envolvem algum tipo de dúvida ou exijam interpretação, generaliza-se que todos os casos necessitam ser interpretados.

A interpretação é requerida apenas quando estamos diante de um texto ambíguo ou

⁹⁶ CUTER, João Vergílio. “Objetividade e interpretação”. In: *Interpretação, desenvolvimento e instituições* (org. MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C.). Cadernos Direito GV 6, 3, 2009, pp. 7-21.

⁹⁷ Ver Anexo I.

impreciso, ou quando queremos explicitar alguns de seus pressupostos ou conclusões. O resultado de uma interpretação bem-sucedida é um melhor entendimento do texto original – embora possa acontecer de se perceber que, de fato, o texto é incompreensível. Interpretar, para os fins deste trabalho, é um texto que explica outro texto.⁹⁸

Ora, se interpretar significa esclarecer um texto a partir de outro texto, se todo texto exigir interpretação teremos uma regressão infinita. Há casos claros, e esses casos não precisam ser interpretados. Se alguém aponta uma arma para minha cabeça e diz “isto é um assalto”, não é plausível argumentar que isso poderia não ser um assalto. Essa situação precisa ser compreendida, não interpretada. No caso do jogo de futebol, a regra que determina o número de jogadores dentro de campo não pode ser interpretada, apenas compreendida.

Nem todas as situações dentro de campo são recobertas pelas regras do jogo. Nenhuma regra diz até que altura uma bola pode ser chutada, nem a intensidade do chute, por exemplo. Essas são situações sobre as quais o árbitro não toma decisões. Isso não é um problema, pois as regras constitutivas do jogo estabelecem uma espécie de filtro, que impede o regresso ao infinito que seria possível caso isso fosse uma exigência.

Saber uma regra significa saber todos os casos que estão submetidos a ela? É evidente que não. Compreender a regra de uma sequência de números pares não implica conhecer todos os números da sequência. Se eu compreender essa regra, sei que o próximo número da sequência “0, 2, 4” é 6.⁹⁹

As regras de futebol comportam diferentes tipos de precisão. Custer determina três desses tipos. Há regras cujos conceitos são absolutamente precisos, como a regra que determina o número de jogadores em campo. Há regras cujos critérios são bastante precisos, mas a aplicação dos critérios na situação de jogo é problemática. Por exemplo, as regras de impedimento. Há regras cujos conceitos utilizados em sua formulação incorporam uma imprecisão constitutiva. A diferença entre uma falta intencional e uma falta maldosa é um bom exemplo, pois decidir se um lance foi ou não intencional depende de considerações contextuais que nenhuma regra conseguiria esgotar em seus detalhes.

Isso não significa que mesmo nos casos difíceis – como o do último exemplo citado – não haja situações claras. Se um jogador dá um soco em outro jogador, a falta é obviamente

⁹⁸ CUTER, João Vergílio. “Objetividade e interpretação”. In: *Interpretação, desenvolvimento e instituições* (org. MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C.). Cadernos Direito GV 6, 3, 2009, p. 95.

⁹⁹ Wittgenstein desenvolve melhor essa ideia em “Investigações Filosóficas”, principalmente do §142 em diante.

maldoza. Se o juiz não expulsa o jogador, ele não está interpretando a regra em nenhum sentido possível, está simplesmente deixando de aplicá-la.

Os casos paradigmáticos são aqueles em que a regra a ser aplicada está clara, e nesse sentido precisa apenas ser compreendida, não interpretada. Nos casos difíceis, preservar a objetividade significa antes de tudo não inventar acordos inexistentes. O reconhecimento de que existem casos difíceis que exigem uma interpretação da regra não é uma ameaça à objetividade. O reconhecimento desses casos aponta justamente para a existência de situações de claras. No caso do futebol, nessas situações o árbitro tem de levar em conta um certo ideal presente no jogo, inscrito nas próprias regras. Acredito que a ideia de *fair play* tenha muito a ver com isso.

E o que faz um bom árbitro de futebol? Cuter sintetiza bem isso:

Se eu fosse tentar resumir numa só fórmula o princípio que norteia as decisões de um bom juiz de futebol nos casos difíceis creio que eu diria que ele tenta ser justo e usar o bom-senso para sopesar as características individuais de cada caso. Na ausência de regras, ele não atenta contra a objetividade da interpretação tentando seguir um padrão que não existe. Um bom juiz sabe que, naquele momento, ele deve se transformar em padrão, tomando uma decisão *ad hoc* capaz de ser reconhecida como a melhor possível naquele caso.¹⁰⁰

Até que ponto podemos dizer que alguém está obrigado a interpretar as regras do futebol quando está atuando como juiz? Apenas nas situações difíceis a regra deve ser interpretada. Há casos em que a regra é clara (como diz Arnaldo Cezar Coelho, com razão), e nesses casos, compreende-se a regra, não se a interpreta.

Os acertos e erros da arbitragem de um jogo estão associados a critérios objetivos da decisão? Sim, mesmo nos casos em que a regra não é muito clara, os juízes estão obrigados a se prender a ela para decidir. A “justeza” (“*fairness*”) da decisão está intimamente relacionada à capacidade do juiz de se prender à regra.

Quais são os critérios que utilizamos para determinar o que é um bom juiz de futebol e se uma decisão foi acertada dentro desse campo? Nos casos claros, é o juiz que simplesmente aplica a regra. Nos casos difíceis, é o juiz que tenta ser justo e usa o bom-senso para sopesar as características individuais do caso, tomando uma decisão *ad hoc* capaz de ser reconhecida como a melhor para aquele caso.¹⁰¹

¹⁰⁰ CUTER, João Vergílio. “Objetividade e interpretação”. In: *Interpretação, desenvolvimento e instituições* (org. MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C.). Cadernos Direito GV 6, 3, 2009, p. 102.

¹⁰¹ A concepção alternativa a essa, da qual eu discordo, supõe que todas as decisões judiciais são construídas argumentativamente, mas em alguns casos esse esforço não é significativo pois não existe um confronto moral substantivo. Esse é o argumento de Ronald Dworkin em “*Law’s Empire*”, em especial no cap. 9.

1.4.4. *Precisão e previsão*

As regras do futebol – como as regras do direito – comportam diferentes tipos de precisão. Essa precisão, no entanto, é diferente da previsibilidade das outras ciências. Sei que toda vez que soltar uma bola, ela cairá com uma aceleração determinada – a da gravidade, tudo o mais constante. Também sei o que é um contrato, ou como falar a língua portuguesa. Em ambos os casos, é possível fazer previsões, embora essas previsões devam ser trabalhadas de maneiras distintas. Não é porque não podemos prever ações e decisões no direito da maneira como fazemos em outros campos que ele não é previsível. É essa confusão, a meu ver, que muitos estudiosos e entusiastas das pesquisas empíricas em direito incorrem. Também incorrem nessa confusão aqueles que criticam o direito porque ele não dá ferramentas de previsibilidade como as de outras ciências.

O ponto que quero destacar é que a previsibilidade das ações está sujeita às regras às quais tais ações estão submetidas. São as regras que determinam – não só, mas também – a regularidade das ações. Se tenho as regras do campo, consigo prever certas coisas. Mas é um esforço inútil tentar prever ações de um campo com base em regras de outro campo. É insensato dizer que o futebol é imprevisível porque as pessoas não jogam com as mãos. Se concordamos com isso, por que se diz tanto que o direito é imprevisível?

No clássico *After Virtue*, MacIntyre argumenta que o que impede a previsibilidade nas ciências sociais não é um defeito que possa ser corrigido simplesmente melhorando as técnicas de coleta de dados ou aplicando um método diferente a essas ciências. O que as impede de serem ciências no sentido moderno é aquilo a que elas se referem – as relações e os sujeitos humanos:

O histórico de previsão de cientistas sociais é bem ruim, na medida em que esse histórico possa ser reunido. Nenhum economista previu a “stagflation” antes que ela ocorresse. [...] Poder-se-ia continuar multiplicando exemplos de inaptidão preditiva de economistas, e com a demografia a situação fica ainda pior, mas isso seria grosseiramente injusto; economistas e demógrafos, pelo menos, registraram suas previsões de maneira sistemática. Mas a maioria dos sociólogos e cientistas políticos não mantém registros sistemáticos de suas previsões, e os futurólogos que espalham as previsões generosamente raramente, se alguma vez, anunciam suas falhas preditivas posteriormente.¹⁰²

¹⁰² MACINTYRE, A. *After Virtue*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1981, p. 89: “The Record of social scientists as predictors is very bad indeed, insofar as the Record can be pieced together. No economist predicted ‘stagflation’ before it occurred. [...] One could go on multiplying examples of predictive ineptitude of economists, and with demography the situation has been even worse, but this would be grossly unfair; for economists and demographers have at least gone on Record with their predictions in systematic fashion. But most sociologists and political scientists keep no systematic records of their predictions and those futurologists who scatter predictions lavishly around rarely, if ever, advert to their predictive failures afterward.”

Pouco mais à frente, MacIntyre aponta quatro fatores que impedem a previsibilidade nas ciências sociais como nas ciências duras: inovação conceitual radical, imprevisão do próprio agente (dado que as ações são concebidas de dentro, não de fora do agente), o caráter reflexivo, aberto e ilimitado do “jogo social” sobre o qual se debruçam essas disciplinas, e a contingência do futuro.¹⁰³ Lima Lopes acrescenta que o fato de a mudança social ser imprevisível não implica que seja inexplicável, pois explicação e previsão são diferentes.¹⁰⁴ Sobre esse assunto, no contexto de se seguir uma regra, Charles Taylor é bastante claro sobre o porquê um consequencialismo que tenha como elemento central a previsão não faz sentido:

What on paper is a set of dictated exchanges under certainty, on the ground is lived in suspense and uncertainty. This is partly because of the asymmetrical time of action (1), but also because of (2) what is involved in actually acting on a rule. This doesn't apply itself; it has to be applied, which may involve difficult and finely tuned judgements. This was the point made by Aristotle, as basic to his understanding of the virtue of phronesis. Human situations arise in infinite varieties. Determining what a norm amounts to in any given situation can take a high degree of insightful understanding. Just being able to formulate rules will not be enough. The person of real practical wisdom is less marked by the ability to formulate rules than by knowing how to act in each particular situation. There is a crucial “phronetic gap” between the formula and its enactment, and this too is neglected by explanations that give primacy to the rule-as-represented.¹⁰⁵

Neil MacCormick também abordou essa questão, e é bastante preciso em sua análise:

Como filósofo do direito entre as fileiras dos legisladores, sempre tive uma certa inclinação para lembrar aos colegas que a certeza é inatingível e que o máximo que se pode fazer é tentar diminuir a incerteza num nível aceitável. Qual o grau aceitável depende do fato de que outros valores, incluindo a justiça à luz de situações em desenvolvimento, mas atualmente imprevisíveis, estão em jogo.¹⁰⁶

Ou seja, um certo grau de imprevisibilidade nas decisões judiciais faz parte da sua natureza. Essa flexibilidade é, sem dúvida, uma fonte de discricionariedade judicial em casos difíceis. Por outro lado, essa dificuldade em se ter uma única interpretação possível não decorre apenas da natureza linguística do direito: algumas divergências surgem do conflito de valores e da finalidade a que determinada regra se propõe. Mesmo Hart, que articulava a imprecisão do direito em razão da “textura aberta da linguagem”, revisou sua posição para

¹⁰³ MACINTYRE, A. *After Virtue*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1981, pp. 89-94.

¹⁰⁴ LIMA LOPES, J. R. “Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática”, *RIL Brasília* 53, 212, 2016, p. 213.

¹⁰⁵ TAYLOR, C. “To Follow a Rule”. In: TAYLOR, C. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 177.

¹⁰⁶ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 11: “As a philosopher of law among the ranks of lawmakers, I always had a certain inclination to remind colleagues that certainty is unattainable, and that the most one can do is aim to diminish uncertainty to an acceptable degree. What degree is acceptable depends on the fact that other values, including justice in the light of developing but currently unforeseen situations, are at stake.”

incluir que a imprecisão no direito também pode ter origem nos conflitos de valores e propósitos que os aplicadores do direito colocam.¹⁰⁷

Embora a discussão sobre precisão e previsão no direito volta a meia apareça como novidade, o debate é bastante antigo. Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles usa como exemplo o prumo usado para a construção de casas em Lesbos: uma espécie de chumbo que se amoldava às superfícies, por um lado, e lhes dava forma rígida, por outro. Para algumas coisas, uma regra não é capaz de captar suas peculiaridades do caso concreto, justamente pela natureza da regra ser universal. Veja, não se trata de dizer que tal regra foi mal formulada, mas de que certas situações não são previsíveis numa lei universal. A aplicação literal de uma regra, nesse contexto, significaria corromper a própria justiça.¹⁰⁸

¹⁰⁷ MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 228: “É interessante, nessa discussão, considerar como Hart, com o passar do tempo, mudou de posição a respeito da importância da ‘Filosofia da Linguagem’ para a interpretação jurídica. Ele nunca abandonou sua explicação básica da imprecisão e textura aberta nas palavras que compõem as leis e precedentes, estando essas palavras em uso na linguagem ordinária. Essa flexibilidade linguística é, sem dúvida, uma fonte de discricionariedade judicial em casos difíceis. Mais tarde, contudo, ele reconheceu que nem todos os problemas de ambiguidade, ou dificuldades de interpretação no direito se originam somente dessas características das palavras em linguagens naturais. Alguns surgem por causa de conflitos de valor ou propósito, ou de conflitos entre uma leitura aparentemente literal de uma regra e uma interpretação prática e sensata dela. (É claro que uma regulamentação que diga ‘proibidos veículos no parque’ não torna ilegal instalar um caminhão do exército da Segunda Guerra Mundial sobre um pedestal no parque como um memorial à guerra.) Ele reconhece que a sua explicação da discricionariedade judicial e do raciocínio (*reasoning*) judicial deveria ter levado isso em consideração adequadamente.”

¹⁰⁸ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V 1-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 61-62: “O Segundo ponto diz respeito à equidade e é analisado ao longo de EN V 14. O ponto é apresentado sob a forma de uma dificuldade: a equidade nem se confunde nem pode se confundir em gênero do justo. A resposta consiste em mostrar que a equidade consiste na justiça enquanto ela é tomada não segundo as leis dadas, mas como uma correção ao justo expresso nas leis. A justificação é feita em termos de uma análise da natureza da lei: como a lei é necessariamente universal e como a matéria sobre a qual ela se aplica, as ações, pertence irredutivelmente ao domínio do contingente e do cambiável, sempre pode haver um descompasso entre o que a lei busca e o que se obteria caso o juiz seguisse a letra da lei. A equidade consiste então em repor a justiça buscada pela lei em função das circunstâncias do caso. Aristóteles se vale de uma comparação com o prumo usado para a construção das casas em Lesbos, que era de chumbo e que se amoldava às superfícies que, ao mesmo tempo, devia regular. É igualdade aqui, neste capítulo do *Tratado da Justiça*, que Aristóteles declara que, a respeito de algumas coisas, não é possível passar leis; ao contrário, a seu propósito decretos fazem-se necessários. Estas coisas são muito possivelmente aquelas situações que, não previstas pela lei, ocasionariam uma injustiça, caso a lei fosse aplicada sem mais. Há certamente aqui uma zona de manobra que o juiz possui na tomada de decisão, mas isto não repercute sobre a própria lei, já que ela não falha porque não foi bem formulada, mas fracassa justamente por ter sido formulada segundo sua natureza universal. Pode-se dizer que não somente não estão previstas na lei, mas que, mais fundamentalmente, não são previsíveis por uma lei. O que propõe o juiz para encontrar nestes casos a decisão justa tem a forma de um decreto, isto é, dirige-se a casos particulares, não a classes de ação: não é uma nova lei ou um adendo à lei existente, mas uma decisão que se esgota na particularidade do caso sobre o qual adjudica, tomando a forma de um decreto. Na *Retórica*, deve-se observar, Aristóteles opõe o que faz o juiz ao que faz o árbitro: *este último considera a equidade, ao passo que o primeiro se restringe a seguir a lei. Nesta mesma passagem, é dito que os árbitros foram criados ‘para que a equidade vivesse’, como se esta ficasse fora da alçada do juiz. Na EN, no entanto, não há menção alguma a árbitros; o problema da equidade e da lei é examinado unicamente à luz da atitude que deve tomar o juiz, pressupondo, por conseguinte, que a equidade não é da alçada somente de árbitros, mas pertence igualmente a juízes adjudicar certos casos com base na equidade.”

Na próxima seção tratarei do sentido do direito, e voltarei à questão da previsibilidade do direito. Acredito que há questões de raciocínio, não apenas institucionais, por trás dessa discussão. A concepção de justiça que adoto neste trabalho é justamente a aristotélica, e ela norteará toda a próxima seção.

* Zingano esclarece, na nota de rodapé 62, que no final do século V, por volta de 403-2a.C., foram instituídos os árbitros, privados ou públicos, que tinham por função resolver litigâncias que, então, não podiam mais ser levadas a um tribunal. Os árbitros privados tinham de ser previamente escolhidos de comum acordo entre as partes. Por outro lado, todo cidadão, no ano seguinte a ter atingido a idade de 59 anos, era compulsoriamente listado como árbitro público, atividade que exercia até o fim daquele ano. Segundo a Constituição de Atenas, havia em Atenas uma pedra diante da qual os árbitros prestavam juramento antes de proferirem as sentenças.

2. O SENTIDO DO DIREITO

Em minha aula magna na Faculdade de Direito da USP, o professor Eros Grau foi bastante enfático ao dizer que juízes aplicam o direito, não fazem justiça. O discurso, volta e meia repetida em outros eventos, vai sempre no mesmo sentido:

Os juízes aplicam o Direito, não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender Direito, não a justiça. Esta, repito, é lá em cima. Apenas na afirmação da legalidade e do Direito positivo a sociedade encontrará segurança e os humildes, proteção e garantia de seus direitos de defesa.¹⁰⁹

Essa mesma frase foi inúmeras vezes repetida durante minha graduação. Estávamos na Faculdade de Direito para estudar e aplicar o direito. Embora eu concordasse com esta afirmação, apenas na metade da graduação eu pude ter mais clareza do que me incomodava.¹¹⁰ A questão que me incomodava é a mesma questão que norteará este capítulo: o que dá sentido ao direito? Na última seção tentei esclarecer minha concepção do direito como uma prática social. Enquanto prática, ela só pode ser realizada se as pessoas que participam dessa prática entendem o seu sentido. O objetivo desta seção é esclarecer que o que dá sentido ao direito é a justiça.

Essa ideia é bastante contra-intuitiva no contexto brasileiro. Em primeiro lugar porque posturas como a de Eros Grau são bastante predominantes. Isso é compreensível, dado que as relações sociais no Brasil são bastante injustas – o que leva a entendermos como possível a convivência entre um sistema jurídico e uma estrutura de injustiça.¹¹¹ Há uma falácia lógica nisso: a questão da injustiça no Brasil é uma questão de fato, e embora essa situação exista, ela não mitiga a relação lógica e necessária que existe entre o direito e a justiça. Sendo mais específico, o objetivo desta seção é esclarecer que há uma relação lógica entre o direito e a justiça, e que essa relação é fundamental para compreender o sentido da prática do direito.¹¹²

¹⁰⁹ “Juízes interpretam e aplicam a Constituição e as leis, não fazem justiça”, Conjur, 14/05/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

¹¹⁰ Isso graças ao curso de Filosofia do Direito, que tive com o professor José Reinaldo de Lima Lopes. Desde então, aprofundi-me no tema numa série de cursos, aulas e monitorias.

¹¹¹ LIMA LOPES, J. R. “Aula inaugural”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (110) 2015, p. 910-911.

¹¹² Por prática, adoto a mesma concepção de MACINTYRE, A. *After Virtue*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1981, p. 197: “Por prática quero dizer qualquer forma coerente e complexa de atividade humana cooperativa instituída socialmente por meio da qual bens internos àquela forma de atividade se atualizam no processo de tentar atingir os padrões de excelência apropriados e em parte definidores daquela forma de atividade, de forma que as capacidades humanas de atingir excelência e as concepções humanas dos fins e objetivos envolvidos são sistematicamente ampliados.” Nesse sentido, o direito é uma prática porque é social (em contraposição a uma soma de ações individuais), e é justificável termos de certo e errado.

Não pretendo esgotar esse tema, que é objeto de estudo há séculos. Pretendo apenas esclarecer em alguns desses pontos, que serão fundamentais para bem entender o meu trabalho. Concentro-me sobretudo na concepção aristotélica de justiça, que é a concepção que adoto. É no segundo capítulo deste trabalho que me aprofundo em outras concepções de justiça, em especial à do utilitarismo, que é, a meu ver, a teoria da justiça que está por trás das concepções de consequencialismo mais correntes.

Dividi este capítulo em três seções. Na primeira delas, procuro esclarecer por que considero que a justiça é o sentido do direito. Na segunda, desenvolvo a concepção de justiça que adoto neste trabalho (a aristotélica), além de discorrer a concepção aristotélica de justiça geral. Por fim, trato da justiça particular, em suas vertentes: a justiça distributiva e a justiça comutativa.

2.1. O sentido do direito: a justiça

Se me fiz claro nas últimas seções, a ideia de prática implica a ideia de sentido. Qualquer ação dentro de uma prática só pode ser compreendida e explicada conforme as regras e princípios que regem essa prática.¹¹³ O futebol é uma prática, assim como a medicina, as religiões, o direito. Cada qual com seus ritos e regras internos, articulados a partir de indivíduos agindo socialmente.

O direito é a forma institucional da vida de uma comunidade. Isso significa que não existe sociedade fora do direito, nem para além dele – e o contrário também é verdadeiro.¹¹⁴ As regras jurídicas azeitam a cooperação social, e garantem a harmonia da vida comum. Para isso, distribuem aquilo que tal sociedade valoriza: riqueza, direitos e deveres, poderes e oportunidades, cargos e honrarias. Como se tratam de relações de partilha, em essência, também são objeto da justiça. Diferentes concepções de justiça estabelecem diferentes critérios sobre a distribuição justa daquilo que a sociedade considera valioso. Nesse sentido, a justiça dá o critério de avaliação das ações humanas. Se decisões judiciais são ações, diferentes concepções de justiça darão diferentes critérios para avaliarmos a correção de uma decisão. Nesse sentido, se não estivermos atentos às concepções de justiça que fundamentam as decisões, não seremos capazes de compreendê-las devidamente.

¹¹³ RAWL, John. “Two Concepts of Rules”, *The Philosophical Review* (64), 1955, pp. 3-32.

¹¹⁴ COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 84: “Toda justiça é humana, toda justiça é histórica: não há justiça (no sentido jurídico do termo) sem leis, nem (no sentido moral) sem cultura – não há justiça sem sociedade.”.

A distribuição daquilo que a sociedade considera valioso é feita a partir de certos critérios – ou, em outras palavras, a partir de regras. A regra é a medida da ação, porque é por meio dela conseguimos medir e comparar as ações. O direito, portanto, enquanto um sistema de regras, é recheado desses critérios de distribuição, que são o amálgama da sociedade. Se a sociedade é um empreendimento cooperativo, como diz Rawls,¹¹⁵ são esses critérios que dão sentido – isto é, tornam-no inteligível – ao conjunto de regras que chamamos de direito. E desta forma, é a própria justiça quem dá sentido a ele.

Não é o objetivo deste trabalho reconstruir todo o debate filosófico que existe em torno de justiça.¹¹⁶ De maneira geral e esquemática, podemos dizer que há três abordagens sobre a justiça. A primeira, coloca o bem-estar como critério fundamental de justiça. A segunda, coloca a liberdade como critério fundamental. A terceira, por fim, baseia a justiça no conceito de virtude.¹¹⁷

A primeira concepção de justiça, que coloca o bem-estar ora como critério maximizador, ora como estratégia de maximização, recebe o nome de utilitarismo. O utilitarismo, a meu ver, é a concepção de justiça que está por trás da maior parte dos debates sobre consequencialismo. Por essa razão, tratarei dessa concepção com mais detalhe no próximo debate, no qual discuto a estratégia consequencialista no detalhe.

A segunda concepção de justiça, que coloca a liberdade no centro da discussão sobre justiça, é bem ampla. Ela abarca diferentes escolas: desde os libertários de livre mercado, que acreditam que o justo decorre de escolhas livres feitas num mercado livre, até os igualitários, que acreditam que a justiça deva corrigir desvantagens (sociais, econômicas, eventualmente naturais) para garantir, de fato, a liberdade dos indivíduos.

Não acredito que os libertários estejam corretos. Para uma leitura mais aprofundada do debate, ver Kymlicka,¹¹⁸ e para uma visão geral sobre os principais autores e temas do libertarianismo, ver este verbete da “*Stanford Encyclopedia of Philosophy*”.¹¹⁹ Por ora, basta dizer que não acredito na concepção de que “somos donos de nós mesmos”. Essa é uma ideia

¹¹⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, p. 4.

¹¹⁶ Thomas Nagel introduz a ideia de justiça de maneira simples e acessível em “Uma breve introdução à filosofia”, no capítulo “8. Justiça”. NAGEL, Thomas. *Uma breve introdução à filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

¹¹⁷ Para uma reconstrução geral e em linguagem acessível sobre esses debates, ver SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

¹¹⁸ KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002, cap. “4. Libertarianism”.

¹¹⁹ van der Vossen, Bas, "Libertarianism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/libertarianism/>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

fora do lugar, que muitos outros autores muito mais capazes que eu refutaram com elegância.¹²⁰

Quanto à concepção igualitária, acredito que ela tenha pontos de convergência com concepções de justiça baseadas na virtude. Novamente, esse é um debate bastante extenso, sobre o qual diversas obras, muitas já clássicas no pensamento ocidental, debruçaram-se. A obra mais importante dessa corrente certamente é “*Uma Teoria da Justiça*”, de John Rawls.¹²¹ Em síntese, ele sustenta que, na posição original do véu da ignorância,¹²² as pessoas adotam dois princípios gerais, (i) o princípio da mais extensiva liberdade básica compatível com uma liberdade similar para os outros;¹²³ e (ii) o princípio segundo o qual desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de modo a beneficiar maximamente os menos avantajados e garantir que todos os postos e ofícios estejam ao alcance de todos.¹²⁴

Esses princípios se encontram em uma espécie de “ordem lexical”,¹²⁵ nas palavras de Rawls. Isso significa que estão em uma ordem de prioridade tal que o princípio da liberdade ocupa a primeira posição, e “só pode ser restringido pelo interesse da própria liberdade”,¹²⁶ enquanto o princípio das diferenças sociais e econômicas só pode ser satisfeito após o primeiro princípio ter sido realizado. A razão para a prioridade da liberdade sobre o princípio da diferença é apresentada como decorrendo do fato que, à medida que as sociedades aperfeiçoam as condições materiais de existência, existe um ponto “além do qual se torna e permanece irracional do ponto de vista da posição original aceitar uma liberdade menor com vistas a maiores meios materiais e confortos no trabalho”.¹²⁷

Rawls não nos diz como determinar esse ponto de não-retorno, mas certamente, se isso for possível, depende de uma receita empírica possivelmente complexa e dificilmente

¹²⁰ Ver, entre outros, NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. *The Myth of Ownership: taxes and justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹²¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

¹²² Para garantir que os sujeitos forneçam princípios para uma justiça equitativa, Rawls faz um experimento mental bastante interessante: imagina os indivíduos sob o que ele chama de *véu da ignorância*. Isso significa dizer que as pessoas não saberiam e nem poderiam saber nada sobre as situações em que viveriam – suas vantagens ou desvantagens. O que Rawls quer dizer é que, sob o véu da ignorância, os indivíduos não têm informação alguma sobre sua riqueza, sobre sua cor, seu sexo, suas capacidades biológicas ou mentais, sob a situação em que vão nascer, ou a religião e preferências morais que viriam a possuir. Sendo assim, os indivíduos não escolheriam princípios de modo parcial, que favorecessem apenas seus interesses individuais. Nesses termos, Rawls estabelece uma situação equitativa entre os indivíduos. Tendo feito isso, os princípios que serão selecionados nesse contexto também serão equitativos.

¹²³ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, § 11.

¹²⁴ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, § 13.

¹²⁵ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, §8.

¹²⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, §39.

¹²⁷ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, §82.

generalizável.¹²⁸ Na perspectiva aristotélica, ao contrário, esses dois princípios gerais respondem a virtudes distintas e devem ser tratados separadamente, de modo que é possível uma sociedade livre economicamente injusta ou economicamente justa, mas sem liberdade.

Amartya Sen expõe em “*A Ideia de Justiça*”¹²⁹ uma ideia recorrente: a de limitar a noção de justiça às efetivas condições sócio-econômicas em torno da noção de “capacidade”, o que responde, de certa maneira, à advertência aristotélica de que a justiça é uma parte da virtude inteira, a que diz respeito à questão das perdas e ganhos, uma outra parte da virtude inteira sendo a liberdade dos indivíduos e cidadãos, que deve ser tratada separadamente daquela. Para Aristóteles, é somente no sentido amplo de sociedade justa, em que ser justo equivale a ser moral, que liberdade e justiça convergem. Por outro lado, a ideia ampla de justiça nos ajuda pouco na análise da justiça como virtude particular – e é esse o caminho que Aristóteles segue.

Para fins de clareza conceitual, concentro-me aqui na concepção aristotélica de justiça. É no “*Tratado da Justiça*,” que corresponde ao Livro V da “*Ética a Nicômaco*”,¹³⁰ que Aristóteles expõe – pela primeira vez no discurso filosófico – uma diferença entre um sentido amplo de justiça, equivalente a ser moral, e um sentido específico, particular, que coordena nossas relações com outras pessoas no que diz respeito a bens exteriores. A justiça enquanto virtude tem atenção especial do autor porque é, para ele, a principal virtude cooperativa.¹³¹ Essa é também a concepção que adoto para este trabalho, e nas próximas seções pretendo esclarecer essa minha concepção. Se regras jurídicas são constitutivas da realidade pois dão sentido à sociedade na qual se inserem, parece claro que é a justiça que dá unidade a essas relações.

2.2. Justiça geral: justiça como ser moral

Em “*Ética a Nicômaco*” Aristóteles expõe uma diferença entre um sentido amplo de justiça, equivalente a ser moral, e um sentido específico, particular, que coordena nossas relações com outras pessoas no que diz respeito a bens exteriores. Essa diferenciação é

¹²⁸ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 33.

¹²⁹ SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

¹³⁰ Neste trabalho, uso a tradução de *Ethica Nicomachea V I-15* feita por Marco Zingano. ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15, Tratado da Justiça* (trad.: Marco Zingano). São Paulo: Odysseus, 2017.

¹³¹ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 19.

importante porque diferencia ser uma pessoa injusta de se cometer atos injustos.¹³² Claro, uma pessoa injusta é, justamente, aquela que comete atos injustos. Mas é possível cometer um ato injusto sem ser uma pessoa injusta, e essa diferenciação nos ajuda a bem entender isso.

Em síntese, há dois pontos principais que caracterizam a concepção aristotélica de justiça. Em primeiro lugar, a justiça é teleológica: para definir se algo é justo, é preciso saber a sua finalidade. Em segundo lugar, a justiça é necessariamente honorífica: para bem compreender a finalidade de uma prática é preciso entender quais virtudes ela honra e recompensa.¹³³ Para Aristóteles, a justiça envolve dois fatores: “as coisas e as pessoas a quem elas são destinadas”, e “pessoas iguais devem receber coisas também iguais”.¹³⁴ A questão que fica é: iguais em que sentido?

Isso depende do bem que está sendo distribuído, e das virtudes relevantes para o caso específico. Esse ponto é particularmente relevante para meu trabalho porque a análise consequencialista, em termos de raciocínio, depende da área do direito de que estamos falando. Cada área específica considera bens diferentes, e com frequência também leva em conta virtudes diferentes – embora haja um conjunto de características comuns a todas áreas.¹³⁵

Nesse sentido amplo, é justo quem age segundo as prescrições morais em geral: é justo quem é temperante, generoso, tolerante, e assim por diante.¹³⁶ Aristóteles identifica no interior dessa concepção de justiça ampla – voltada aos virtuosos em relação aos outros – uma visão particular, essencialmente ligada a ganhos e perdas. É justamente essa noção específica que ele compreende como fundada na noção de igualdade, à qual dá um tratamento matemático. Nesse sentido, a justiça particular é um caso de justiça geral, mas o contrário não é verdadeiro. A justiça em sentido geral diz respeito a todo tipo de atividade

¹³² ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 117: “Visto que é possível cometer uma injustiça sem ainda ser injusto, quais atos injustos acarretam que quem os comete é injusto quanto à dada injustiça, por exemplo: um ladrão, um adúltero ou um assaltante? Ou não haverá nenhuma diferença nesta perspectiva? De fato, a pessoa teria relações com uma mulher, sabendo o com quem, mas a ação não tem princípio por causa da escolha deliberada e sim por um rompante. A pessoa, então, comete um ato injusto, mas não é uma pessoa injusta. Por exemplo, não é ladrão, mas roubou, tampouco é adúltero, mas cometeu adultério, e similarmente nos outros casos.”

¹³³ Sandel dá particular atenção a este ponto. SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 233.

¹³⁴ ARISTÓTELES. *The Politics*. Edição e tradução para o inglês de Ernest Baker (NY, Oxford University Press, 1946), livro III, cap. Xii [1282b].

¹³⁵ Falarei mais sobre isso no próximo capítulo, em especial na seção “3.1.1. Valores e bens”.

¹³⁶ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017,

em relação aos outros, e a justiça no sentido particular diz respeito à promoção da igualdade entre os bens envolvidos nas relações com os outros.

Para Aristóteles, a vida moral tem como objetivo a felicidade, mas ele não concebe a felicidade como fazem os utilitaristas – grosso modo, maximizando o prazer em relação ao sofrimento. O indivíduo virtuoso é aquele que sente prazer e dor com determinadas coisas. Se alguém sente prazer com rinhas de galo, consideremos isso um vício a ser superado. A excelência moral – e a justiça em sentido geral – não consiste em agregar prazeres e sofrimentos, mas em alinhá-los para que possamos usufruir das coisas nobres e sofrer com as coisas reles. A felicidade não é um estado de espírito, mas uma maneira de ser, “uma atividade da alma em sintonia com a virtude”.¹³⁷

Além disso, para Aristóteles, é preciso viver em comunidade para que tenhamos uma vida virtuosa – daí sua famosa frase de que o homem é “um animal político”.¹³⁸ Isso porque “a virtude moral resulta do hábito”. É o tipo de coisa que aprendemos com a prática: “as virtudes que alcançamos ao exercitá-las, tal como acontece em relação às artes.”¹³⁹

2.3. Justiça particular: justiça distributiva e justiça comutativa

Como disse, Aristóteles diferencia entre uma justiça geral, equivalente a ser moral, e uma justiça particular, relacionada aos outros. Em “*Ética a Nicômaco*”, Aristóteles dá uma resposta clara e precisa sobre a natureza da justiça particular: ser justo é equivalente a promover a igualdade.¹⁴⁰

¹³⁷ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 137.

¹³⁸ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 140.

¹³⁹ Além disso, Aristóteles: “Uma pólis não é uma associação visando à permanência em um local comum ou algo que tenha como objetivo evitar a injustiça mútua ou facilitar o intercâmbio. (...) A finalidade e o propósito de uma pólis é uma vida boa, e as instituições da vida social são meios de atingir essa finalidade.” ARISTÓTELES. *The Politics*. Edição e tradução para o inglês de Ernest Baker (NY, Oxford University Press, 1946), livro III, cap. Xii [1280b].

¹⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, pp. 100-101.: “Visto que o homem injusto promove a desigualdade e o injusto é o desigual, é evidente que também há um meio termo do desigual. Este é o igual, pois em toda ação em que há o mais e o menos, também há o igual. Logo, se o injusto é o desigual, o justo é o igual – o que justamente é a opinião de todos, mesmo na ausência de argumento. Visto que o igual é um meio termo, o justo é certo meio termo. O igual requer pelo menos dois termos. O justo, então, é necessariamente um meio termo e igual, isto é, é relativo a algo e envolve pessoas, a saber: enquanto é meio termo, o é de coisas (estas são o mais e o menos); enquanto é igual, envolve dois itens; enquanto é justo, refere-se às pessoas. Portanto, o justo necessariamente requer pelo menos quatro termos: àqueles para os quais se dá o justo são duas pessoas; aquelas em que se dá o justo, as coisas, são duas. E será a mesma igualdade, àqueles para os quais e as coisas nas quais: assim como estão aquelas, as coisas nas quais,

Há alguma diferença entre ser justo e ser equânime? A diferença é tênue: para Aristóteles, a natureza do equitativo é a retificação da lei na medida em que esta falha por ser universal.¹⁴¹ A justiça é necessariamente universal, e toda universalidade é necessariamente injusta, por sua natureza. Justiça como igualdade significa ter a sabedoria prática para retificar a lei geral quando ela, no caso concreto, corromper seu sentido justo.

Aristóteles diferencia duas concepções de justiça particular: uma distributiva e uma corretiva. Há uma justiça que se manifesta nas distribuições de honras, dinheiro ou outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição de um todo. A essa justiça comumente a chamamos de distributiva, e ela segue uma “proporção geométrica”, pois cada cidadão recebe na proporção de seu mérito.¹⁴² O que constitui o mérito, no entanto, é controverso: democratas o identificam com o status dos homens livres, apoiadores de regimes oligárquicos com riqueza (ou com algum título nobre), e apoiadores da aristocracia com a excelência.

Há uma justiça que exerce um papel corretivo nas transações entre indivíduos. A essa justiça comumente chamamos corretiva ou comutativa, e ela segue uma “proporção aritmética” - a ideia é que a igualdade seja mantida, para que ninguém tenha muito ou muito pouco. Em transações voluntárias – como uma compra e venda – a igualdade é mantida quando as coisas permutadas têm igual valor. Em transações involuntárias, por outro lado – como roubo, assassinato – o montante necessário para restaurar a igualdade deve ser retirado de um e dado a outro.^{143:144}

Marco Zingano destaca uma novidade filosoficamente importante na concepção de justiça aristotélica.¹⁴⁵ A justiça é um meio termo, como as outras virtudes, porque se situa entre o cometer um ato injusto e o sofrer uma injustiça. Por outro lado, enquanto as outras

assim também aqueles: se eles não são iguais, não terão coisas iguais – mas é daqui que surgem as disputas e queixas, quando iguais ganham e têm por partilha não iguais ou não iguais, iguais. Ademais, isto é evidente com base no que é por mérito, pois todos concordamos que o justo nas partilhas deve ocorrer por dado mérito, contudo nem todos nomeiam o mesmo mérito: os partidários da democracia nomeiam a liberdade; os oligarcas, a riqueza; outros, a boa estirpe; os aristocratas, a virtude.”

¹⁴¹ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 139.

¹⁴² ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 97.

¹⁴³ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 97-98.

¹⁴⁴ Ver também AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*, II, IIac, q. LXI, art. 1: “As partes são suscetíveis de dupla relação. Uma entre si, a que se assemelham as relações entre duas pessoas particulares. E esta relação é dirigida pela justiça comutativa, que regula os atos de duas particulares. Outra é a relação entre o todo e as partes, à qual é comparável à relação entre o comum e o particular. E essas relações as dirige a justiça distributiva, que distribui proporcionalmente os bens comuns”.

¹⁴⁵ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 22 em diante.

virtudes repelem qualquer tipo de “geometria moral” que se possa aplicar a elas, a justiça se amolda a esse tipo de “cálculo” para se descobrir seu termo médio. A razão disto é que o objeto da justiça em sentido estrito, ao contrário do que ocorria com as outras virtudes, deixa-se conceitualmente apreender por um tratamento matemático. O padrão matemático pode aplicar-se em boa extensão no domínio da justiça porque ser justo diz diretamente respeito à promoção da igualdade e a igualdade que representa a justiça se realiza em termos de uma proporção entre as pessoas e os objetos envolvidos, e proporções podem ser tratadas matematicamente.

Com efeito, o tratamento dispensado à noção de igualdade no âmbito da justiça corresponde a uma teoria das proporções. A teoria das proporções estava em plena discussão na época de Aristóteles, como destaca Zingano, e Aristóteles também intervém nestas controvérsias matemáticas, apostando em uma teoria generalizada das proporções, precisamente porque está interessado em sua expansão a um domínio inesperado: o da ação justa (no sentido estrito).¹⁴⁶ Isso não significa que a justiça em seu sentido estrito se esgote inteiramente no tratamento matemático das proporções. Ela continua sendo uma virtude moral e, nesse sentido, está em última instância enraizada no domínio relativamente incerto das ações humanas.

Historicamente, os modernos tendem a interpretar que a justiça distributiva não pode ser propriamente objeto de adjudicação. De fato, o processo pelo qual se delibera e se dá a cada um o que é seu nos conflitos distributivos não se resume a um jogo de soma zero. Nos conflitos distributivos, embora haja o seu de cada um, esse “seu” não é determinado a partir de uma simples troca.¹⁴⁷ A situação é mais complicada, e não pode ser resolvida simplesmente tirando algo de um sujeito e transferindo para outro.

O paradigma novecentista de direito, no entanto, pressupunha que a simples existência de regras de justiça comutativa levaria a uma sociedade em que se faria, necessariamente, justiça distributiva. A justiça distributiva, nesse cenário, tornou-se questão de política, e a justiça comutativa tornou-se questão de direito. Essa distinção entre política e direito está hoje em crise,¹⁴⁸ pois parte dos conflitos que chegam ao Judiciário, hoje, diz respeito ao que é “seu” num “todo”, uma questão de distribuição. Daí expressões como

¹⁴⁶ ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017, p. 23.

¹⁴⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 230.

¹⁴⁸ Ou em “exaustão paradigmática”, no sentido de esvaziamento de categorias forjadas doutrina jurídica do século XIX, baseada numa racionalidade primordialmente lógico-formal, que levou ao esgotamento de modelos analíticos exclusivamente jurídicos na solução de problemas normativos. FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

“judicialização da política”, comum nos debates sobre questões distributivas. Pautar o debate nesses termos, no entanto, pode levar a distorções institucionais e a decisões injustas, contribuindo na deslegitimação do direito.¹⁴⁹

De acordo com Lima Lopes, só muito recentemente a justiça voltou a ter um lugar no debate a respeito dessas questões ditas políticas. Isso se deve, em especial, ao fato de as questões distributivas terem se convertido em objeto da linguagem do direito, particularmente por conta da incorporação dos direitos sociais ao estatuto de direitos fundamentais no Estado social de direito.¹⁵⁰

A distinção entre as racionalidades por trás das justiças comutativa e distributiva nos ajudará a entender o debate sobre consequencialismo. No próximo capítulo, debruço-me sobre a estratégia consequencialista à luz dos conceitos trabalhados neste capítulo.

¹⁴⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”, *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, São Paulo: Editora Método, p. 122: “em termos institucionais, dá-se a sobrecarga do órgão encarregado de resolver controvérsias, pela incapacidade de outros órgãos (Administração, Parlamento) de forjarem acordos universalizáveis ou simplesmente buscarem um interesse público ou comum. Trata-se de uma tensão permanente entre aplicação retrospectiva de leis tradicionais em situações novas, gerais e que precisam de regulação prospectiva.”

¹⁵⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*, São Paulo: Editora 34, 2004, p. 267.

CAPÍTULO 2 – A ESTRATÉGIA CONSEQUENCIALISTA

Em 2017, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir um caso difícil e importante: a Questão de Ordem na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4425 (QO-ADI 4225).¹⁵¹ O caso tratava da modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009 – que havia instituído o último regime, à época, de pagamento de precatórios. Na QO-ADI 4225, manteve-se parcialmente o regime especial criado pela emenda pelo período de cinco anos (contados a partir de janeiro de 2016), e criou-se um índice de correção monetária, com possibilidade de compensação de precatórios vencidos com o estoque de créditos já inscritos na dívida ativa.

O que chama a atenção neste caso é o fato de que, uma vez declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, a discussão quanto à modulação de efeitos envolveu conjecturas quanto à possibilidade de os Estados conseguirem de fato cumprir com a obrigação de se pagar os precatórios. Destaco em especial um trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso:

A consequência prática da decisão do Ministro Luiz Fux é dividir o estoque de precatório por cinco e ter que pagar aquele valor por ano. É bem verdade que o Ministro Luiz Fux não impôs isso, mas essa é a consequência natural e produz uma consequência igualmente impraticável para os estados e municípios que não tenham condições de vincular esse valor e dividi-lo em cinco anos. E aí nós chegamos a um impasse: bom, então não pode dividir por cinco anos, mas a proposta é de modulação em cinco anos. Se dividir por cinco anos é impraticável, é necessário encontrar uma alternativa.¹⁵²

Para Barroso, o STF não deveria proferir uma decisão que piorasse a condição de credores dos estados, e caberia ao próprio STF sinalizar aos demais poderes o tipo de norma que acreditasse ser a melhor a ser editada.

O tipo de consequência que Barroso se mostrou preocupado é relevante em se tratando da justificação de decisões judiciais? A modulação de efeitos, em matéria de controle de constitucionalidade, é um dos instrumentos disponíveis para juízes (do STF) em que a análise de consequências é constitutiva do próprio instituto. Isso significa que qualquer tipo de consequência seja pertinente para justificá-la? Esse é um exemplo prático no qual distinções teóricas importantes estão em jogo. Há uma variedade de terminologias usadas para lidar com questões desse tipo. As duas primeiras seções deste capítulo pretendem

¹⁵¹ Supremo Tribunal de Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4225 (Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, 23/03/ 2015).

¹⁵² Supremo Tribunal de Federal. Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4225 (Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, 23/03/ 2015), p. 32.

esclarecer uma terminologia às vezes confusa e imprecisa.

A primeira seção deste capítulo pretende esclarecer uma confusão entre a estratégia de maximização/otimização e o critério maximizador. Para isso parto da categorização proposta por John Finnis, que classifica tais esquemas de raciocínio em *(i)* utilitarismo, *(ii)* consequencialismo, *(iii)* éticas teleológicas e *(iv)* proporcionalismo.¹⁵³ Depois de fazer uma breve revisão de terminologia, irei estabelecer o meu próprio uso do rótulo que, simplesmente por conveniência expositiva, utilizarei a partir de então para significar o conjunto de opiniões em questão.

A segunda seção se debruça sobre os argumentos consequencialistas em si. Também aqui há uma certa penumbra conceitual. Para esclarecê-la, parto da categorização proposta por Neil MacCormick, que classifica tais argumentos em *(i)* atos e resultados, *(ii)* consequências causais e resultados subsequentes e *(iii)* consequências-como-implicações ou “consequências jurídicas”.

Esses esclarecimentos pretendem se aproximar dos usos habituais que são feitos. Mesmo nos casos em que os autores se dizem não poder ser rotulados, assim mesmo os classifiquei. Acredito ser capaz de expor a opinião desses autores sem o uso de rótulos, mas uso da terminologia acima para fins de clareza conceitual da minha própria crítica.

A terceira seção deste capítulo, por fim, se debruça sobre a avaliação em si: quais consequências devem ser levadas em conta no raciocínio jurídico? Para isso, trato de valores e bens de maneira geral, e da questão da incomensurabilidade dos bens humanos. Abordo os valores e bens no direito, em especial, e postulo que a avaliação consequencialista depende do bem de que estamos tratando e, desta forma, da área do direito de que estamos tratando.

1. AS PALAVRAS E SEUS SENTIDOS

Como disse, o objetivo desta seção é esclarecer os usos e sentidos que farei de certos rótulos. Baseio-me na distinção proposta por Finnis, mas não me prendo a ela – em razão da confusão que ela poderia gerar no debate brasileiro que, embora similar, tem suas particularidades em relação ao debate moral e filosófico mais abrangente do consequencialismo.

¹⁵³ Finnis, John. *Fundamentos de Ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Em especial, Capítulo 4 – Utilitarismo, consequencialismo, proporcionalismo... ou ética?.”

1.1. Utilitarismo

A estratégia utilitarista, grosso-modo, é simples: primeiro, postulam algum bem como o bem humano e, em seguida, identificam a ação que irá maximizar esse bem. Essa ação é a de maior utilidade e, por exigência ética, a ação correta. Pode-se dizer que há duas correntes principais do utilitarismo: (i) o utilitarismo clássico e (ii) o utilitarismo ideal.

Jeremy Bentham e John Stuart Mill são os dois principais representantes do utilitarismo clássico. Bentham, logo na primeira página de seu tratado sobre política, condensou sua doutrina num único parágrafo:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado e, por outra, a cadeira das causas e dos efeitos.

Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através de suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida.

O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. Os sistemas que tentam questionar esse princípio são meras palavras e não uma tentativa razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz.¹⁵⁴

Mais adiante, explica que o princípio da utilidade aprova ou desaprova qualquer ação que aumente ou diminua a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo. E que seu princípio da felicidade se aplicava igualmente às ações dos indivíduos e às dos governos. Quando aplicado aos governos, ele exige que maximizemos a maior felicidade ao maior número de pessoas da comunidade,¹⁵⁵ e é justamente esse um dos pontos em que os sucessores do utilitarismo se afastam de Bentham.

No que diz respeito ao direito, Bentham (como bom filho do Iluminismo) desprezava a influente tradição do direito natural, e consagrou esse desprezo numa das mais famosas frases da história da filosofia: “[natural rights are] simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense – nonsense upon stilts.”¹⁵⁶ Defendia um sistema de direitos políticos amplo, mas enxergava esses direitos como um construto humano. Em

¹⁵⁴ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, São Paulo: Abril Cultural, 1979 (1789), p. 3.

¹⁵⁵ BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, São Paulo: Abril Cultural, 1979 (1789), p. 126-127.

¹⁵⁶ BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*, reimpresso em *The Works of Jeremy Bentham*, publicado sob a supervisão de seu testamenteiro John Bowring (Edimburgo, William Tait, 1843), vol. 2, p. 501.

diversos trabalhos,¹⁵⁷ insistia que não há direitos sem coação, e não há coação sem autoridade. De certa forma, Bentham antecipou uma visão do direito baseada na norma, de que tratamos no último capítulo.

No que diz respeito ao papel do governo e das leis, Bentham explicita que:

A lei não diz ao homem: trabalhe e eu o recompensarei; mas diz: labute, e, ao sustar a mão que os tiraria de você, garantir-lhe-ei os frutos de sua labuta – sua natural e suficiente recompensa, a qual, sem mim, você não pode preservar. Se a indústria cria, é a lei que preserva; se, em um primeiro momento, devemos tudo ao trabalho, em um segundo momento, e em todos que o sucedem, devemos tudo à lei.¹⁵⁸

Em outras palavras, a lei se limita a garantir que as pessoas possam buscar utilidade por si próprias. Bentham parte do pressuposto de que a busca do prazer e o afastamento da dor agem sempre no nível psicológico e individual – e que as pessoas não se importam com o bem comum. Diante disso, o papel do governo se resumiria a duas principais atividades.

A primeira delas, corrigir falhas de mercado impedindo a “lógica do carona”. Se o pressuposto da ação individual é egoísta, não há razão para alguém promover o bem comum¹⁵⁹ – como uma guerra, para usarmos o exemplo de Bentham. Nesse sentido, se “a sociedade só se mantém unida pelos sacrifícios que os homens podem ser induzidos a fazer para a satisfação de suas necessidades”, caberia ao governo forçá-los a se sacrificar em circunstâncias nas quais poderiam deixar de fazê-lo. Fazer com que se sacrifiquem seria “a maior dificuldade e a maior tarefa do governo.”¹⁶⁰

A segunda delas seria auxiliar no cálculo dos interesses utilitários do povo e na aprovação de políticas que os promovessem. Bentham acreditava que os cálculos utilitaristas pudessem ser feitos por todos e que o governo poderia calcular qual o melhor caminho para a sociedade. Imaginou gigantescos cálculos de custo-benefício, que iam desde fundamentos constitucionais até reformas penais. A ideia de “*Principles of Morals and Legislation*”,¹⁶¹ de acordo com Ian Shapiro, era ser uma espécie de livro de referência que fosse “pau para toda obra”, ao qual os legisladores pudessem se reportar para ajudar no “utilitômetro” deles – à

¹⁵⁷ Por ex., BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*, reimpresso em *The Works of Jeremy Bentham*, publicado sob a supervisão de seu testamenteiro John Bowring (Edimburgo, William Tait, 1843), vol. 2, p. 500.

¹⁵⁸ BENTHAM, Jeremy. *Anarchical Fallacies*, reimpresso em *The Works of Jeremy Bentham*, publicado sob a supervisão de seu testamenteiro John Bowring (Edimburgo, William Tait, 1843), vol. 2, p. 490.

¹⁵⁹ Bens comuns, ou bens públicos, como ar puro e a segurança nacional, são bens que exigem, por sua natureza, a contribuição de todos, da qual é impossível excluir alguns membros do grupo – e por consequência, dão margem à ação dos “caroneiros”.

¹⁶⁰ BENTHAM, Jeremy. 1952–1954. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark; London: Allen and Unwin, p. 431 (tradução minha).

¹⁶¹ BENTHAM, Jeremy [1961]. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Garden City: Doubleday. Originally published in 1789.

medida que procurassem remodelar a sociedade sobre bases científicas.¹⁶²

No utilitarismo clássico, não apenas os bens são considerados quantificáveis, mas também intercambiáveis. A menos que isso seja possível, não conseguiríamos proporcionar corretamente a punição a um crime, por exemplo.¹⁶³ Para resolver isso, Bentham propõe que o dinheiro seja usado como medida para o “utilitômetro”. Assim como o termômetro mede a temperatura, e o barômetro mede a pressão atmosférica, o dinheiro seria “o instrumento de medida da quantidade de dor e prazer”.¹⁶⁴ Embora admitisse que a medida fosse problemática, desafiava os críticos a encontrarem solução melhor. O dinheiro, para ele, seria o melhor substituto da utilidade tanto para medir o prazer e a dor quanto para regular sistemas de incentivos que influenciasssem o comportamento humano.

John Stuart Mill é outro grande representante do utilitarismo clássico. Seguidor de Bentham, embora se opusesse a muitas de suas ideias, foi o responsável por adaptar a racionalidade utilitarista à consciência liberal de sua época.¹⁶⁵ É no ensaio “*A Liberdade*” que ele aborda de maneira mais direta as tensões entre as demandas utilitaristas da sociedade e o comprometimento liberal com a liberdade individual:

A finalidade deste Ensaio é sustentar um princípio bastante simples, capaz de governar absolutamente as relações da sociedade com o indivíduo no que diz respeito à compulsão e ao controle, quer os meios empregados sejam os da força física sob a forma de penalidades legais, quer a coerção moral da opinião pública. Esse princípio é o de que a auto-proteção constitui a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um. O único propósito de se exercer legitimamente o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar dano aos demais. Seu próprio bem, físico ou moral, não é garantia suficiente. Não pode ser legitimamente compelido a fazer ou a deixar de fazer por ser melhor para ele, porque o fará feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria sábio ou mesmo acertado. Essas são boas razões para o advertir, contestar, persuadir, instar, mas não para o compelir ou castigar quando procede de outra forma. Para justificar esse exercício de poder, é preciso mostrar-lhe que a conduta que se pretende impedi-lo de ter produzirá mal a outrem. A única parte da conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito a outros. Na parte

¹⁶² SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32.

¹⁶³ BENTHAM, Jeremy. *The Philosophy of Economic Science*, reimpressa em STARK, Werner. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, vol. 1, p. 118 (trad. minha).

¹⁶⁴ BENTHAM, Jeremy. *The Philosophy of Economic Science*, reimpressa em STARK, Werner. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, vol. 1, p. 117.

¹⁶⁵ SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 71. Na nota de rodapé, Shapiro diz: “Vide o ensaio rigoroso no qual Mill afirma que, apesar de sua impressionante perspicácia filosófica, Bentham era tolhido por uma compreensão irremediavelmente superficial da motivação humana. ‘Ele não sabia quanto da natureza humana dormitava dentro dele, nem nós podemos saber (...). Conhecendo tão pouco os sentimentos humanos, ele conhecia ainda menos as influências por meio das quais esses sentimentos se formam: todas as operações mais sutis, tanto da mente sobre si mesma como das coisas externas sobre a mente, escapavam-lhe; e provavelmente não há ninguém que, em uma era altamente esclarecida, tenha tentado alguma vez apresentar um guia para a conduta humana e tenha demonstrado uma concepção tão limitada tanto das ações pelas quais a conduta humana é, quanto daquelas pelas quais deveria ser influenciada.’” John Stuart Mill, *Mill on Bentham and Coleridge*, F. R. Leavis (org.) (Cambridge, Cambridge University Press, 1980 [1950], p. 63.

que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano.¹⁶⁶

Esse princípio é conhecido como “princípio do dano”. As pessoas são livres para agirem como bem entenderem, a menos que causem algum dano a outra pessoa. Esse princípio se desdobra em duas etapas. Ao avaliar uma ação ou política específica, a primeira pergunta a se fazer é se tal ação ofende, ou tem potencial para ofender, alguém. Se a resposta for negativa, então a ação está no domínio daquilo que diz respeito ao indivíduo, e uma intervenção estatal, por exemplo, não se justificaria. A bem da verdade, nesse caso o governo teria o dever de assegurar a liberdade de ação do indivíduo contra a influência de terceiros.

Se a resposta a essa pergunta for sim, temos diferentes avaliações. Numa situação dessas, cabe ao governo fazer alguma coisa? Segundo Mill, sim: “Tão logo qualquer parte da conduta de alguém influencie de modo prejudicial os interesses de outros, a sociedade adquire jurisdição sobre tal conduta, e a questão de saber se essa interferência favorecerá ou não o bem-estar geral se abre à discussão. Mas não há espaço para cogitar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta senão seus próprios interesses.”¹⁶⁷

Isso significa que, se o limiar do dano for ultrapassado, as considerações utilitaristas entram em cena, não com o objetivo de evitar qualquer dano em específico, mas de garantir uma política boa para a sociedade como um todo. Mill estava mais próximo de ser um utilitarista de regras do que de um utilitarista de atos.¹⁶⁸

Bentham argumentava não haver distinções qualitativas entre os diferentes tipos de prazeres: ouvir Mozart, beber uma cerveja, brincar com seu gato, seriam prazeres distintos apenas em grau, não em qualidade. Se levarmos o argumento a sério, Bentham teria de admitir que não há distinção entre os prazeres de seres humanos e outros seres sencientes em

¹⁶⁶ MILL, John Stuart. *On Liberty* (Indianópolis, Hackett, 1978 [1859]), p. 9 [Trad. Bras. *A Liberdade / Utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp.17-8.

¹⁶⁷ MILL, John Stuart. *On Liberty* (Indianópolis, Hackett, 1978 [1859]), p. 9 [Trad. Bras. *A Liberdade / Utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 73.

¹⁶⁸ Em síntese, no utilitarismo de atos, o critério para a decisão moralmente correta é a maximização do bem definido a partir dos atos feitos. É diferente do utilitarismo de regras, segundo o qual atos individuais podem ou não maximizar a utilidade, pois o que importa é a regra sob a qual tais atos estão submetidos: se a regra maximizar a utilidade, então é moralmente correta. Internet Encyclopedia of Philosophy: “Act utilitarians believe that whenever we are deciding what to do, we should perform the action that will create the greatest net utility. In their view, the principle of utility—do whatever will produce the best overall results—should be applied on a case by case basis. The right action in any situation is the one that yields more utility (i.e. creates more well-being) than other available actions. Rule utilitarians adopt a two part view that stresses the importance of moral rules. According to rule utilitarians, a) a specific action is morally justified if it conforms to a justified moral rule; and b) a moral rule is justified if its inclusion into our moral code would create more utility than other possible rules (or no rule at all). According to this perspective, we should judge the morality of individual actions by reference to general moral rules, and we should judge particular moral rules by seeing whether their acceptance into our moral code would produce more well-being than other possible rules.” *Act and Rule Utilitarianism*. Disponível em: <<https://www.iep.utm.edu/util-a-r/>>. Acesso em 04 jun. 2019.

geral – como os animais não-humanos. Isso significa que não haveria distinção de qualidade entre causar um dano a um ser humano ou a um cachorro. Evidentemente, isso deu margem para muitas críticas.

Mill foi um desses críticos. Para ele, há diferenças substanciais entre os diferentes tipos de prazeres. Prazeres intelectuais são melhores que prazeres meramente sexuais, por exemplo. Em outras palavras, a visão de bem de Mill era bastante diferente da visão de Bentham. “É melhor ser um Sócrates insatisfeito a ser um tolo satisfeito” é a frase clássica de Mill que melhor ilustra esse ponto. Além disso, argumenta que:

A única prova capaz de ser dada de que um objeto é visível é que as pessoas realmente o veem... Da mesma forma, apreendo, a única evidência de que é possível produzir algo que seja desejável é que as pessoas realmente o desejem. Se o fim a que a doutrina utilitarista se propõe não fosse, na teoria e na prática, reconhecido como um fim, nada poderia convencer alguém de que isso era verdade.¹⁶⁹ [tradução minha]

Não apenas o utilitarismo seria teoricamente justificado, mas também estaria ancorado naquilo que as pessoas, ao fim e ao cabo, realmente desejam: a felicidade. Enquanto projeto de vida, no nível individual, e enquanto projeto de sociedade, a procura da felicidade parece bastante razoável – e de fato é. Mas disso não segue a conclusão a que Mill chega. É isso que Bernard Williams parece querer dizer quando argumenta que “se o utilitarismo estiver certo, será que melhor que as pessoas não creiam no utilitarismo. Se ele for falso, então certamente será melhor que as pessoas não creiam nele.”¹⁷⁰

Se para Bentham, a preocupação era como operacionalizar um “utilitômetro”, para Mill a questão era como operacionalizar um “delitômetro”, capaz de medir e quantificar os danos gerados por ações e políticas. Como podemos dizer quando uma ação ultrapassa o limiar do dano?

A resposta de Mill é que isso acontece quando ações são “calculadas para fazer mal a outrem”.¹⁷¹ Ninguém pode ser punido por seus vícios ou maus hábitos particulares, desde que isso não prejudique os outros. Isso dá margem para duas interpretações do princípio do dano: (i) uma visão consequencialista e (ii) uma visão que chamarei de “intencional”.

¹⁶⁹ “The only proof capable of being given that an object is visible is that people actually see it.... In like manner, I apprehend, the sole evidence it is possible to produce that anything is desirable is that people do actually desire it. If the end which the utilitarian doctrine proposes to itself were not, in theory and in practice, acknowledged to be an end, nothing could ever convince any person that it was so.” MILL, John Stuart. *On Liberty* (Indianópolis, Hackett, 1978 [1859]), p. 9 [Trad. Bras. *A Liberdade / Utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 81.

¹⁷⁰ WILLIAMS, Bernard. *Moral – Uma introdução à ética*, São Paulo: Martins Fontes, 2005 p. 165.

¹⁷¹ MILL, John Stuart. *On Liberty* (Indianópolis, Hackett, 1978 [1859]), p. 9 [Trad. Bras. *A Liberdade / Utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79-80.

A primeira visão estabelece que dano é aquilo que causa prejuízo a outrem. A segunda visão está ancorada na intencionalidade: causa dano quem tem consciência e intenção de causar prejuízo a outrem. Talvez não faça sentido tentar determinar qual dessas duas visões seja a melhor, e sim que há interpretações melhores e piores a depender da circunstância analisada. Sobre isso, Shapiro aponta a pertinência das diferentes interpretações à luz das diversas definições de dano existentes na legislação americana.¹⁷² Acredito que esse paralelo também faz sentido à luz da legislação brasileira.

Não há como declarar alguém responsável sem culpa. Não é preciso, no entanto, que alguém seja responsável para que tenha que reparar um dano. De certa forma, pode-se dizer que o mais característico da responsabilidade civil é o fato de ela ser, também, um instrumento de compensação. Isso marca sua diferença específica quer em relação à responsabilidade penal, quer em relação à responsabilidade administrativa. Em linhas gerais, ela se desprende de uma origem passional, baseada na vingança, e se transforma em algo racionalizado, adquirindo um aspecto funcional e finalístico, e não apenas vingativo.¹⁷³

Essa institucionalização da responsabilidade acompanha, também, o desenvolvimento da sociedade. Toda sociedade cria uma determinada ordem de organização e de distribuição da riqueza e do poder. Na modernidade, a responsabilidade não apenas regula as relações entre os agentes econômicos, como também desempenha um importante papel na formação e estruturação das instituições e dos próprios agentes que atuam no mercado. A história da responsabilidade não pode ser vista de maneira distanciada de sua forma de institucionalização na vida social, ou seja, da forma pela qual o saber jurídico em matéria de responsabilidade estabiliza e reforça as organizações sociais existentes, e vice-versa.

A ideia de que o mercado constitui uma ordem de poder e riqueza é frequentemente recusada por certas vertentes do liberalismo, as quais concebem o mercado como sendo gerado exclusivamente a partir de escolhas voluntárias dos indivíduos que o compõem. Nesse sentido, o direito não poderia impor nenhum resultado distributivo de poder e riqueza em particular.¹⁷⁴ É por essa razão que uma das características da teoria clássica da responsabilidade, enquanto estrutura de legitimação de relações de poder, reside no fato de

¹⁷² SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*, São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 81.

¹⁷³ LIMA LOPES, José Reinaldo. *Responsabilidade civil do fabricante por fato do produto*, p. 12.

¹⁷⁴ MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

que ela permite o afastamento do critério de justiça do resultado final da relação, repudiando filosoficamente qualquer tipo de ideia de justiça distributiva.

Mesmo que se admita a tese de que a responsabilidade atua apenas na facilitação das relações de troca, e que não importa, direta ou indiretamente, na distribuição de poder e de riqueza, é inquestionável o fato de que, ao regular relações de troca que resultem em alocações distintas de poder e riqueza, ela acaba por permitir ou facilitar resultados distributivos. Os mecanismos legais que atuam no mercado de trocas acabam de uma maneira ou de outra por impor um determinado resultado distributivo, que variará significativamente conforme o arranjo institucional e jurídico que moldar tal mercado.¹⁷⁵

No caso brasileiro, os dois regimes de responsabilidade existentes – o subjetivo e o objetivo – correspondem, de certa forma, às duas interpretações de dano de que tratei. Ao analisar uma situação que envolva responsabilização, deve-se priorizar o dano em si, ou a intenção do agente? A resposta depende do contexto analisado e do ramo do direito envolvido. Em questões envolvendo direitos do consumidor, por exemplo, a responsabilidade objetiva é a mais adotada, em razão da diferença de poder existente numa sociedade capitalista. O direito civil brasileiro, por outro lado, coloca a responsabilização subjetiva como a regra geral a ser aplicada nas relações civis ordinárias. Penso que o reconhecimento de que, para diferentes áreas do direito, é preciso ter diferentes noções de dano é um passo importante para se ajustar as expectativas a respeito daquilo que se espera dos princípios mais gerais.

O utilitarismo clássico foi atormentado por duas principais dificuldades. A primeira é a quantidade absurda de informação necessária para sua implementação. Parece excessivamente otimista e ambicioso imaginar que algum governo pretenda adentrar à mente dos indivíduos, observar e analisar os dados obtidos para tomar boas decisões. A segunda dificuldade refere-se ao fato de o utilitarismo clássico ser insensível aos limites morais entre as pessoas. Essa fragilidade do utilitarismo clássico é construída e debatida por John Rawls em “*A Theory of Justice*”¹⁷⁶ – que não pretendo estressar aqui.

O utilitarismo ideal foi uma tentativa de resposta a parte desses questionamentos. Seu principal representante é G. E. Moore, que propôs uma abordagem diferente ao utilitarismo.

¹⁷⁵ HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, p. 217: “Vemos aqui um aspecto adicional da justiça distributiva diferente daquelas formas simples que já discutimos. Pois o que aqui se 'distribui' com justiça não é algum benefício específico entre um grupo de pretendentes a ele, mas a atenção e consideração imparcial às pretensões conflitantes a diferentes tipos de benefícios.”

¹⁷⁶ RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1971.

Para ele, de fato a ação correta é aquela que maximiza o bem, mas acreditava que o bem incluía muito mais do que apenas prazer – nesse sentido, ele era um pluralista, e não um monista, no que diz respeito ao valor. Nesse sentido:

Ele usou um de seus experimentos mentais mais notórios para explicar isso: pediu ao leitor que comparasse dois mundos, um inteiramente bonito, cheio de coisas prazerosas; o outro seria hediondo e feio, cheio de “tudo o que é mais repugnante para nós”. Além disso, não há seres humanos em nenhum dos mundos, tanto para apreciá-los quanto para desprezá-los. A questão que fica é: qual desses mundos é melhor? Claro, Moore acreditava ser óbvio que o mundo belo era melhor, mesmo que não existisse ninguém para apreciar a beleza dele.¹⁷⁷ [tradução minha]

Além de acreditar na existência de outros bens que não apenas o prazer, Moore também foi crítico da ideia de ser o prazer um bem com valor intrínseco. Ele propôs um experimento mental: se comparássemos um universo vazio com um universo de sádicos, o universo vazio nos pareceria certamente melhor. Isso é verdade mesmo que considerássemos um universo de sádicos em que há apenas prazer, e não há sofrimento. Para Moore, isso significa que é necessário para que algo seja um bem a ser maximizado ao menos a ausência de má intencionalidade. Vale notar a mudança radical em relação ao utilitarismo clássico (em especial o benthaniano), que acreditava não haver prazeres intrinsecamente bons ou ruins.

Meu objetivo nesta seção não foi esgotar a temática do utilitarismo, que desde o século XX tem passado por uma série de modificações e aperfeiçoamentos, mas fornecer um panorama teórico sobre ele. Após o século XX, a maioria dos autores passou a se identificar como “consequencialista”, pois muito poucos ainda concordam com as formulações tanto do utilitarismo clássico quanto do utilitarismo ideal. Apesar disso, a influência do utilitarismo é bastante profunda no pensamento filosófico. A questão fundamental de Bentham, “Qual o uso disso?” (“*What use is it?*”), é essencialmente uma questão sobre o futuro, fundamental para se pensar em políticas públicas. Na próxima seção, mapearei o debate moral sobre o consequencialismo, esclarecendo alguns conceitos que considero importantes.

¹⁷⁷ “He used one of his more notorious thought experiments to make this point: he asked the reader to compare two worlds, one was entirely beautiful, full of things which complimented each other; the other was a hideous, ugly world, filled with “everything that is most disgusting to us.” Further, there are not human beings, one imagines, around to appreciate or be disgusted by the worlds. The question then is, which of these worlds is better, which one's existence would be better than the other's? Of course, Moore believed it was clear that the beautiful world was better, even though no one was around to appreciate its beauty.” DRIVER, Julia, “The History of Utilitarianism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = /<<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

1.2. Consequencialismo

Finnis chama de consequencialistas aqueles que propõem que a otimização das consequências das próprias escolhas ou é o princípio supremo da ética, ou um princípio geral sempre disponível para resolver os “casos difíceis”.¹⁷⁸ Isso importa para os fins deste trabalho porque, como disse no capítulo anterior, considero o direito como pertencente ao campo da razão prática – decisões jurídicas, nesse sentido, são ações.

Essa é a posição que assumo neste trabalho, mas vale destacar que há discussões sobre isso. Alguns filósofos postulam que nenhuma teoria moral deveria ser classificada como consequencialista a menos que seja neutra do ponto de vista do agente (“*agent-neutral*”).¹⁷⁹ Outros argumentam que isso não é necessário.¹⁸⁰ Uma definição focada apenas nas consequências para classificar uma teoria como consequencialista poderia levar a conclusões absurdas: se aumentar o número de cachorros na sociedade aumenta a utilidade geral, seria moralmente correto aumentar o número de cachorros indefinidamente – hipótese absurda. Apesar de essa hipótese ser absurda, não seria irreal atribuir a uma teoria que sustente essa hipótese o rótulo de consequencialista. A falácia por trás desse argumento é de que o fato de um tipo de consequencialismo ser implausível não torna o consequencialismo em geral implausível.

Por outro lado, um rótulo tão genérico como esse pode fazer o próprio rótulo perder força. A força do consequencialismo, nesse sentido, viria do contraste possível de fazer com outras teorias. Como disse no capítulo anterior, há basicamente três teorias sobre como viver uma vida ética: a ética das virtudes, a ética deontológica e a ética consequencialista. Grosso modo, a ética das virtudes postula que devemos agir de acordo com certas virtudes (como coragem, temperança, etc.), e a boa vida é aquela que se desenvolve a partir dessas virtudes. A ética deontológica postula que há regras e deveres que todos devem aderir, e ser ético é viver de acordo com essas regras e cumprir esses deveres. Por fim, a ética consequencialista postula que devemos viver de maneira a otimizar as consequências de nossas ações (gerando o maior benefício para nós mesmos e para os outros). A ética das virtudes e a ética

¹⁷⁸ FINNIS, John. *Fundamentos de Ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 83.

¹⁷⁹ Entre outros, MCNAUGHTON, D., and RAWLING, P., 1991. “Agent-Relativity and the Doing-Happening Distinction”, *Philosophical Studies*, 63: 167–85. Howard-Snyder, F., 1994. “The Heart of Consequentialism”, *Philosophical Studies*, 76: 107–29. Pettit, P., and Smith, M., 2000. “Global Consequentialism” in Hooker et al, pp. 121–33.

¹⁸⁰ BENNETT, J., 1989. “Two Departures from Consequentialism”, *Ethics*, 100: 54–66. Broome, J., 1991. *Weighing Goods*, Oxford: Basil Blackwell. Skorupski, J., 1995. “Agent-Neutrality, Consequentialism, Utilitarianism ... A Terminological Note,” *Utilitas*, 7: 49–54.

deontológica não se sustentariam, por uma série de razões.¹⁸¹ O consequencialismo seria a melhor hipótese por exclusão, dado que as outras duas teorias supostamente não se sustentariam.

Qual a diferença entre consequencialismo e utilitarismo? O problema com a expressão “utilitarismo” é que ela é frequentemente utilizada de maneira ambígua em relação ao critério maximizador e à estratégia de maximização. G. E. M. Anscombe foi quem introduziu a expressão “consequencialismo” na filosofia analítica pela primeira vez.¹⁸² O objetivo era justamente realçar não o critério maximizador, mas a estratégia de maximização. Nesse sentido, o utilitarismo é uma forma de consequencialismo.

A diferença fundamental, portanto, entre autores que se autodenominam consequencialistas em relação aos utilitaristas está no fato de que tais autores não colocam a utilidade, o bem-estar, como o único critério (o único bem) a ser levado em conta na maximização.

Se o utilitarismo é a versão mais conhecida do consequencialismo, o consequencialismo de regras é sua versão mais refinada. Basicamente o consequencialismo de regras postula que as regras que regem a comunidade devem otimizar certos bens (principalmente bem-estar, mas outros bens são possíveis).¹⁸³ São as regras que devem otimizar tais bens, e não cada ato individualmente.

Apesar do apelo intuitivo que o consequencialismo de regras tem, há uma série de problemas. Se a decisão sobre bens e valores conflitantes já é problemática em se tratando de escolhas individuais, comparar diferentes valorações entre diferentes pessoas é ainda mais difícil. Por exemplo: o que otimiza mais a utilidade/outro bem, A se tornar professor ou B se tornar advogado? Alguns consequencialistas adotam uma teoria do valor pluralista, como o utilitarismo ideal de Moore de que falamos no último tópico. Além de prazer, ele considera como valores a beleza e o conhecimento.¹⁸⁴ Outros consequencialistas consideram como valores importantes a justiça e a igualdade. Consideramos as seguintes situações:

¹⁸¹ Cada vertente do consequencialismo faz crítica diferentes sobre o porquê as duas outras visões da ética não se sustentariam. Desenvolverei melhor esses pontos ao longo trabalho. Por ora, vale destacar Brad Hooker: “...the best argument for rule-consequentialism is not that it derives from an overarching commitment to maximise the good. The best argument for rule-consequentialism is that it does a better job than its rivals of matching and tying together our moral convictions, as well as offering us help with our moral disagreements and uncertainties.” HOOKER, Brad. *Ideal Code, Real World*, Oxford University Press, 2000, p. 101.

¹⁸² ANSCOMBE, G. E. M. Modern Moral Philosophy. In: *Philosophy*, v. 33, n. 124, jan. 1958, pp. 1-19.

¹⁸³ No caso do utilitarismo de regras, por exemplo, as regras devem otimizar o bem-estar. O utilitarismo de regras seria uma espécie de consequencialismo de regras.

¹⁸⁴ MOORE, G. E. *Principia Ethica*, Cambridge: Cambridge University Press, 1903, p. 83-85.

Situação 1			
	Bem-estar/pessoa	Bem-estar/grupo	
1000 pessoas no grupo A	1	1000	
10000 pessoas no grupo B	10	100000	
			Total: 101000

Situação 2			
	Bem-estar/pessoa	Bem-estar/grupo	
1000 pessoas no grupo A	1	1000	
10000 pessoas no grupo B	1	10000	
			Total: 11000

A igualdade é um valor tão importante a ponto de a situação 2 ser moralmente melhor que a situação 1? O exemplo de Parfit¹⁸⁵ é outra ilustração dessa mesma situação: suponha que a única maneira de tornar todos iguais no que diz respeito à visão seja tornar todo mundo cego. Esse “nivelamento por baixo” é algo moralmente desejável?

Se a nossa resposta for negativa, significa que prejuízos para aqueles em melhores condições só se justificam caso tragam benefício para aqueles em piores condições – o que não é o caso da situação 2 acima. Essa resposta tem um apelo intuitivo bastante forte, e veremos que ela é condizente com muitas outras teorias morais.

Por outro lado, há pelos dois grandes problemas nessa resposta. O primeiro diz respeito à determinação do grau de importância do bem-estar de quem está numa situação pior: como medir isso de maneira não arbitrária? Por exemplo: uma blusa de frio para um morador de rua que não tem agasalho vale mais do que a mesma blusa para alguém em melhores condições. O quão mais? O segundo problema questiona essa própria premissa: atrelar maior importância no acréscimo de bem-estar para as mesmas ações a pessoas diferentes viola a imparcialidade?

¹⁸⁵ PARFIT, Derek. “Equality and Priority”. In: *Ratio* 10, 1997, pp. 202–21.

O segundo problema é facilmente solucionável, pois isso não viola a imparcialidade. É evidente que uma blusa de frio para um morador de rua, em termos de bem-estar, vale mais do que a mesma blusa para alguém em melhores condições. Isso porque há bens básicos que todo ser humano necessita, e esses bens influenciam na análise consequencialista. Isso não significa que seja possível medir esses bens, ao menos não da maneira matemática com que frequentemente este termo é utilizado – e aqui entramos no primeiro problema.¹⁸⁶

Um outro problema com o consequencialismo diz respeito à qualificação da ideia de “bem”. Se dissermos que *X é um bom Y* (por exemplo, que uma flauta é boa para ser tocada), isso não significa que *X seja bom*, porque bom é um adjetivo que precisa ser usado com alguma qualificação. Desta forma, não faz sentido dizer que alguma coisa é boa a menos que haja alguma qualificação. Consequencialistas parecem violar essa restrição quando argumentam pela otimização das consequências, porque não fazem tal qualificação. Por outro lado, consequencialistas podem contra-argumentar e qualificar a otimização que defendem, ou ainda argumentar que defendem a otimização de consequências de maneira global.

Outra crítica comum aos consequencialistas é de que o cálculo de consequências exigido por ele é impossível. Neste ponto, a maioria dos críticos confundem o *critério* de uma decisão com o *procedimento* de tomada de uma decisão. Nenhuma teoria consequencialista que valha a pena nos debruçarmos sobre dá um procedimento de tomada de decisão.

O argumento consequencialista é de que a análise de consequências seja um critério, uma condição necessária e suficiente para um ato ser moralmente correto. Da mesma forma que jogadores de basquete não calculam as leis da física envolvidas em seu arremesso, apesar de elas influenciarem se a bola vai acertar a cesta ou não. A otimização de consequências determina quais atos são moralmente corretos mesmo que os agentes, em cada ato, não calculem todas as consequências envolvidas em cada decisão. É essa a lógica que sustenta o consequencialismo de regras.

Na crítica que faz ao consequencialismo em geral, Anscombe argumenta que, se tudo o que importa são os resultados, não há limites para o que devemos fazer com o objetivo de se obter os melhores resultados possíveis.¹⁸⁷ Em outras palavras, há ações que são erradas,

¹⁸⁶ Esse tema será mais bem desenvolvido no tópico “3.1.1.1. A relevância (limitada) das consequências: incomensurabilidade”.

¹⁸⁷ ANSCOMBE, G. E. M. “Modern Moral Philosophy”. In: *Philosophy*, v. 33, n. 124, jan. 1958, p. 17: “But if someone really thinks, *in advance*, that it is open to question whether such an action as procuring the judicial

não importam quais sejam as suas consequências.

Além disso, o consequencialismo parece ignorar a intenção, componente constitutivo do comportamento humano.¹⁸⁸ Isso significa que, embora nós possamos julgar nossas ações de maneira consequencialista, parece ser impossível viver de maneira consequencialista.¹⁸⁹ Nós não podemos viver nossas vidas fingindo que a intenção não importa, mesmo que possamos fingir que ela não importa quando decidimos o que fazer ou julgamos ações como corretas ou incorretas. Consequencialistas, nesse sentido, fingem acreditar naquilo que eles não fazem e não podem, de fato, acreditar.¹⁹⁰ O que falta ao consequencialismo, para Anscombe, são elementos básicos da psicologia moral.

Embora tais críticas sejam pertinentes, acredito que o consequencialismo de regras confere um arcabouço teórico importante em termos de raciocínio legislativo e arranjos institucionais, mas têm limitações sérias quando se trata de raciocínio jurídico. Desenvolverei melhor esses pontos nos próximos tópicos.

1.3. “Éticas teleológicas”

De acordo com Finnis, essa é a terminologia adotada por utilitaristas e consequencialistas que não gostam das conotações que tais termos ganharam. A expressão recorda a bifurcação moderna da ética em “deontológica” e “teleológica, e é dominante entre filósofos continentais e alguns de seus seguidores anglo-saxões. Não há autores relevantes para meu trabalho que adotem essa terminologia. No fim das contas, a elaboração que fazem é bastante semelhante às formulações utilitaristas e consequencialistas.¹⁹¹

1.4. Proporcionalismo

A expressão “proporcionalismo” vem do “princípio da proporcionalidade”, usado por St. Tomás na distinção entre homicídio e autodefesa, com o argumento do “duplo efeito”. A

execution of the innocent should be quite excluded from consideration—I do not want to argue with him; he shows a corrupt mind.”

¹⁸⁸ Ver tópico “1.1.1. Ação e intenção”.

¹⁸⁹ Acredito que Bernard Williams vai no mesmo sentido quando afirma: “Se o utilitarismo estiver certo, será melhor que as pessoas não creiam no utilitarismo”. WILLIAMS, Bernard. *Moral: uma introdução à ética*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

¹⁹⁰ Ver “G. E. M. Anscombe (1919-2001)”, Internet Encyclopedia of Philosophy: “We cannot, that is, live our whole lives as if intentions do not matter, even though we can pretend that they do not when deciding what to do or expressing approval or disapproval of actions. Consequentialists then are almost inevitably in bad faith. They pretend to believe what they cannot and do not in fact believe.”

¹⁹¹ Nesse sentido, ver FINNIS, John, *Fundamentos de Ética*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 85: “‘teleologia’, com ou sem prefixos como ‘mista’ ou ‘moderada’, denomina métodos utilitaristas ou consequencialistas ou outros semelhantes apenas vagamente e com *suggestio falsi*.”.

doutrina do duplo efeito,¹⁹² em síntese, admite que às vezes é permissível causar um dano como um efeito colateral de um resultado almejado – daí o “duplo efeito”. Essa doutrina é frequentemente evocada para explicar a permissibilidade de uma ação que cause um grande dano – tal como a morte de uma pessoa – como um efeito colateral de alguma finalidade boa.¹⁹³ É clássico o exemplo do bonde desgovernado: um bonde desgovernado vai em direção a um grupo de operários que, embora nos trilhos, não percebem a iminência do choque. Para o maquinista, que tudo observa, há uma alternativa: desviar o bonde para uma pista auxiliar, fechada para manutenção, na qual apenas um operário trabalha no reparo dos trilhos. Deve o maquinista desviar o trem para a pista de manutenção, sacrificando o operário, sob a justificativa de salvar os outros cinco que estavam na pista principal?¹⁹⁴

Tomás de Aquino foi o primeiro a enunciar o princípio do duplo efeito. O contexto era o da discussão sobre a permissibilidade da auto-defesa e sua distinção em relação ao homicídio.¹⁹⁵

Para Aquino, matar um agressor é justificado desde que a pessoa não tenha a intenção de matá-lo.

Nada impede que um ato tenha dois efeitos, dos quais apenas um seja pretendido, enquanto o outro não... Deste modo, o ato de auto-defesa pode ter dois efeitos: um, o de salvar a própria vida; o outro, o assassinato do agressor. [...] Portanto, este ato, uma vez que a intenção seja salvar a própria vida, não é ilegal [“unlawful”], visto que é da natureza das coisas manter-se vivo tão longe quanto possível.¹⁹⁶
[tradução minha]

Além da intencionalidade, a ideia de proporcionalidade é importante para entender a doutrina do duplo efeito. Se atordoar o agressor é suficiente para a auto-defesa, não se deve matá-lo. Isso porque matá-lo não seria proporcional à auto-defesa e, conseqüentemente, seria um ato imoral. Não há, em Aquino, nenhuma referência a qualquer doutrina ou princípio segundo o qual seria moralmente permissível matar alguém quando o bem a ser atingido supere (ou seja, proporcionalmente maior que) o conjunto dos danos criados por matar e o conjunto dos bens a serem obtidos por não matar.¹⁹⁷ Pelo contrário, Aquino diz expressamente que “E assim, se alguém, a fim de defender sua própria

¹⁹² Ou “princípio do duplo efeito”. Usarei as duas expressões como sinônimas.

¹⁹³ MCINTYRE, Alison, “Doctrine of Double Effect”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect/>>.

¹⁹⁴ Este exemplo foi enunciado pela primeira vez por Phillipa Foot. “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect.” *Oxford Review* 5, 1967.

¹⁹⁵ Summa Theologica, II-II, Qu. 64, Art. 7.

¹⁹⁶ Summa Theologica (II-II, Qu. 64, Art.7): “Nothing hinders one act from having two effects, only one of which is intended, while the other is beside the intention... Accordingly, the act of self-defense may have two effects: one, the saving of one’s life; the other, the slaying of the aggressor. [...] Therefore, this act, since one’s intention is to save one’s own life, is not unlawful, seeing that it is natural to everything to keep itself in being as far as possible.” URL = <<http://www.newadvent.org/summa/3064.htm#article7>>.

¹⁹⁷ Finnis, John. *Fundamentos de Ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 85-86.

vida, usar mais violência do que o necessário, seu ato é imoral”.¹⁹⁸ Em outras palavras, deve haver proporcionalidade entre o fim alcançado e os bens sacrificados como um efeito colateral disso.

Versões posteriores da doutrina do duplo efeito enfatizam a distinção entre causar um dano moralmente grave como um efeito colateral da busca por um bem, e causar um dano moralmente grave como um meio para se alcançar um bem almejado. Philippa Foot, em texto clássico, trata dessa distinção aplicada ao problema do aborto.¹⁹⁹

Para ela, a força da doutrina do duplo-efeito está na distinção entre aquilo que fazemos (“intenção direta”) e aquilo que permitimos (“intenção oblíqua”). O objetivo da autora é apontar que o “tamanho” do mal causado por uma ação não deve, sempre, ser o guia de nossa ação – e, com isso, propor uma abordagem à doutrina do duplo efeito que não caia na armadilha utilitarista.²⁰⁰

Como disse, foi Foot quem introduziu o exemplo do bonde desgovernado na filosofia. Segundo ela, as intuições que temos a partir desse exemplo apontam o papel fundamental da doutrina do duplo efeito como uma espécie de “princípio implícito” que guia o nosso julgamento moral. Atirar alguém que não seria atingido pelo bonde para pará-lo é diferente de puxar uma alavanca que atingiria essa pessoa de qualquer forma – e com isso evitar a morte de mais pessoas. Para a autora, há uma diferença moral relevante entre causar um dano e permitir que um dano aconteça.

Um proporcionalista é aquele que identifica a escolha moralmente correta como a que trará uma melhor proporção entre benefícios e danos do que qualquer outra opção disponível. Isso significa que todas as formas de utilitarismo (que define o bem e a estratégia de maximização) e consequencialismo (que defende a estratégia de maximização/otimização) são formas de proporcionalismo.

Acredito que a distinção conceitual feita por Finnis é bastante útil para a discussão sobre consequencialismo. Por outro lado, no contexto brasileiro, essa terminologia pode mais confundir que esclarecer. Em razão disso, consequencialismo é o termo que será mais recorrente neste trabalho, mas sempre farei as distinções conceituais cabíveis.

¹⁹⁸ Summa Theologica (II-II, q. 64, a. 7c): “Wherefore if a man, in self-defense, uses more than necessary violence, it will be unlawful”. URL = <<http://www.newadvent.org/summa/3064.htm#article7>>.

¹⁹⁹ FOOT, Phillipa. “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect.” *Oxford Review* 5, 1967.

²⁰⁰ FOOT, Phillipa. “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect.” *Oxford Review* 5, 1967, p. 6: “The doctrine of double effect offers us a way out of the difficulty, insisting that it is one thing to steer towards someone foreseeing that you will kill him and another to aim at his death as part of your plan. Moreover there is one very important element of good in what is here insisted. In real life it would hardly ever be certain that the man on the narrow track would be killed.” [...] “I have only tried to show that even if we reject the doctrine of the double effect we are not forced to the conclusion that the size of the evil must always be our guide.”

2. O QUE SÃO ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS?

Nesta seção, abordo os argumentos consequencialistas em si. Para categorizá-los, parto de Neil MacCormick, que classifica tais argumentos em *(i)* atos e resultados, *(ii)* consequências causais e resultados subsequentes e *(iii)* consequências-como-implicações ou “consequências jurídicas”.

2.1. Atos e resultados

A distinção entre atos e resultados é bastante útil para meu argumento. Atos são tipos de ações: performar um ato é se engajar numa ação que tenha um resultado específico. Atos pressupõem uma intenção do agente que o performa. Pressionar o gatilho de uma arma resulta num tiro, e a essa ação chamamos de ato de atirar com uma arma. Esse mesmo ato pode ter consequências para além do resultado necessário (o disparo da arma) caso alguém seja atingido por esse disparo e morra, por exemplo.

Uma decisão judicial é um ato público. Se é um ato, ela tem um tipo específico de resultado: ela proíbe, permite ou obriga – de acordo com o direito. Uma ordem válida é o resultado constitutivo da ação de decidir. Ora, se o resultado da decisão é constitutivo da própria ação de decidir, é ele mesmo quem deve ser justificado. Em outras palavras, ele não é apenas mais um fator no processo de justificação. Para os fins deste texto, o que chamo neste tópico de resultado também pode ser entendido como uma consequência (no sentido mais amplo e genérico do termo).

2.2. Consequências causais e efeitos subsequentes

Imaginemos a seguinte situação: Rafael foi condenado ao pagamento de indenização no valor D por ter danificado o carro de Vinícius num acidente de trânsito. Para pagar a dívida no valor D, Rafael foi obrigado a tomar um empréstimo, fato que enfureceu seu marido, levando ambos ao divórcio – entristecendo sobremaneira Rafael. Podemos dizer que o juiz causou a tristeza de Rafael?

A atenção com as palavras é importante, e nesse caso não se trata de mero preciosismo: diferenças conceituais importantes estão em jogo. O juiz, no caso, não causou diretamente a tristeza de Rafael, mas sua decisão de alguma forma está relacionada a ela. Se levarmos a sério a ideia de agência, temos de aceitar que há uma diferença conceitual importante entre alguém causar um estado de coisas S, e alguém causar um estado de coisas anterior a partir do qual um outro agente, seja qual for o motivo e sejam quais forem os

meios, promova um estado de coisas S.²⁰¹ Eu não causo o furto do meu celular mesmo que eu o esqueça dentro do meu carro com a porta destravada (isso é verdade mesmo que o furto tenha acontecido em razão de algo que eu fiz – deixei de fazer, no caso – e mesmo que, em matéria de responsabilização, a negligência desempenhe algum papel relevante).

O ponto que quero enfatizar aqui é de que há uma diferença significativa entre um estado de coisas do qual uma decisão judicial está entre as condições necessárias ou pré-condições, e um estado de coisas de que a decisão é, ela mesma, a causa. O primeiro caso se trata de um efeito subsequente da decisão. O segundo caso é uma consequência causal.²⁰²

Do exposto até aqui, podemos dizer que a ideia de consequência de uma decisão judicial, genericamente falando, abarca ao menos três ideias: o resultado dessa decisão, os efeitos subsequentes que ela pode ter, e as consequências causais que dela decorrem. Decisões judiciais necessariamente têm um resultado – no fim das contas, uma decisão judicial é uma ação – e pode ou não ter efeitos subsequentes e consequências causais. Mas quais desses tipos de consequências são pertinentes à justificação de uma decisão judicial?

Disse no primeiro capítulo deste trabalho que a justiça é quem dá sentido ao direito: ela é condição de inteligibilidade dessa disciplina,²⁰³ uma regra constitutiva dessa prática. Isso significa que é só a partir dela, e limitada por ela, que a discussão sobre as consequências pode acontecer. Ao decidir, o juiz deve estar atento ao fato de que as razões que o levaram a decidir de certa maneira são universalizáveis. Os efeitos empíricos que a decisão terá na vida concreta das pessoas podem ou não ser os mesmos (afinal, o futuro é contingente), mas fatos semelhantes devem ser tratados de maneira juridicamente semelhante – tudo o mais mantido constante. Essa é uma exigência de justiça e, a meu ver, uma exigência também da própria

²⁰¹ HART, H. L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1959, pp. 69-70: “If we believe in human agency at all, we must believe in a difference between my causing a state of affairs S and my causing a prior state of affairs in which another agent has some opportunity, temptation, ground or means to bring about S.”

²⁰² Utilizo a expressão de Neil MacCormick, embora reconheça a problemática envolvida nela. Consequência causal, aqui, não assume o mesmo significado que as ciências duras, afinal, os conceitos usados para *descrever* uma atividade social devem também *performar* essa mesma atividade – diferentemente das ciências duras. Por consequência causal me refiro (assim como MacCormick) a uma decisão judicial levando a (“causando”) um estado de coisas. Para uma análise mais profunda sobre compreensão e explicação nas ciências sociais, ver WINCH, Peter. “Social Science”. *The British Journal of Sociology* 7, 1, 1956, pp. 18-33. No tópico “1.1.1. Ação e intenção” falo com mais detalhes sobre as ideias de causalidade e intencionalidade.

²⁰³ Inteligibilidade, ou *ratio*, é “tudo o que estaria incluído no significado de uma palavra se todas as coisas referidas naquele uso fossem totalmente conhecidas em todos os aspectos relevantes para o aspecto então significado pela palavra em questão. [...] inclui o significado com o qual uma palavra é usada, mas também qualquer outro incremento de significado que a mesma palavra teria no mesmo uso se o que é denotado pela palavra fosse conhecido mais perfeitamente. [...] inclui o significado e o significado potencial de uma palavra [...] logo, parte de uma inteligibilidade nos escapa sem que a percamos toda.” GRISEZ, Germain. “O primeiro princípio da razão prática”, *Revista Direito GV* 6, 3, 1, 2007, pp. 57-58.

moralidade do direito.²⁰⁴ Para evitar as ambiguidades que o termo “consequência” traz para a discussão que proponho, tratarei no próximo tópico da ideia de “consequências jurídicas”: é o tipo de consequência que é necessária em toda justificação de qualquer decisão judicial.

2.3. Consequências como implicações: “consequências jurídicas”

Justificar uma decisão, em termos jurídicos, é dar a ela razões universais ou universalizáveis. Boas razões para uma decisão não podem ser *ad hoc*, ou razões “apenas-para-este-caso”. Como disse, essa é uma questão de justiça, e a justiça é condição de inteligibilidade do direito. Se há algum tipo de consequência que seja necessária na argumentação jurídica, ela decorre da natureza própria e particular que a atividade de justificação e argumentação do direito tem.²⁰⁵

Ora, se a natureza própria do direito exige que as decisões judiciais sejam universalizáveis, um tipo de consequência com a qual juízes devem se importar quando justificam suas decisões é justamente o fato de que, em situações semelhantes, a mesma regra²⁰⁶ deveria ser aplicada. É a esse tipo de consequência que chamo de “consequência jurídica”:²⁰⁷ ela é lógica e necessária em qualquer justificação de qualquer decisão judicial.

Isso significa que é possível articular um consequencialismo que não seja constituído por uma lógica de probabilidades. Consequências sob o comportamento empírico das pessoas são relevantes para uma série de coisas, mas não são relevantes na justificação de uma decisão judicial. Vale destacar que o direito e as regras de direito não são causas de comportamento, no sentido das ciências duras. No máximo, eles são elementos importantes para a *escolha* das pessoas – e a maneira como as pessoas escolhem responder a esse

²⁰⁴ FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1963. De acordo com esse autor, o direito tem uma moralidade própria, que é racional, mas limitada. A vida moral é um todo, e sobre uma parte dela é que se debruça o direito.

²⁰⁵ MACCORMICK, Neil. “On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review* 58, 1983, pp. 249-250: “In fact, the very activity of justifying decisions by giving reasons for them will prove to be the source of the kinds of consequences that count. To justify a decision in law is to present in its support universalized or universalizable reasons. Good reasons for a decision cannot be *ad hoc* and for-this-case-only. Where we are not dealing with a decision which is an open-and-shut application of a pre-established rule, the court must explicitly or at least implicitly make and act upon some ruling on issues of law in dispute between parties and any such ruling has to be universal or generic in its terms. Both because of the institutional nature and setting of the practice of adjudication and because such a practice is properly governed at least by the principle of formal justice, to treat like cases alike, justified judicial decisions presuppose universalizable reasons or rulings in law that ‘cover’ the particular decision justified.”

²⁰⁶ Regra, aqui, não se refere apenas às regras de direito positivo. Para os fins deste trabalho, entendo regra como a medida da ação – é a regra quem dá sentido à ação.

²⁰⁷ A expressão não é minha, mas de Bernard Rudden, que numa crítica ao livro “Legal Reasoning and Legal Theory” sugeriu que aquilo que MacCormick chama de “consequências-como-implicações” fosse chamada de “consequências jurídicas”. MacCormick aceitou a sugestão e incorporou o termo em seus trabalhos posteriores. RUDDEN, Bernard. “Consequences”. *Juridical Review* 24, 193, 1979, pp. 197-199.

elemento, que é mais um em meio a vários outros, é uma questão em aberto.²⁰⁸

3. QUAIS CONSEQUÊNCIAS LEVAR EM CONTA?

Nesta seção, debruço-me sobre a avaliação de consequências em si: como a avaliação de consequências deve se dar no raciocínio jurídico? Para isso, trato de valores e bens de maneira geral, e da questão da incomensurabilidade dos bens humanos. Abordo os valores e bens no direito, em especial, e postulo que a avaliação consequencialista depende do bem de que estamos tratando e, desta forma, da área do direito de que estamos tratando.

3.1. Como avaliar as consequências?

No último tópico argumentei que não conseguimos racionalmente antecipar aquilo que acontecerá caso alguém reaja de uma forma ou de outra em face de uma decisão judicial que a afete. Podemos, no entanto, dizer que as pessoas estão obrigadas a agir da maneira como uma decisão judicial determinou – e que pessoas em situações semelhantes devem agir da mesma forma. Essa é uma questão de justiça, e a esse tipo de consequência – que chamei de “consequência jurídica” – é que devemos estar atentos. No fim das contas, as pessoas são responsáveis por aquelas consequências e resultados de suas ações que são previsíveis, e juízes não são exceções a isso.²⁰⁹ Isso coloca a seguinte questão: como avaliar as consequências que importam?

3.1.1. Justificar uma prática e justificar uma ação submetida a uma prática

Para bem avaliar as consequências que importam numa decisão judicial, é preciso entender a diferença entre justificar uma prática e justificar uma ação submetida a uma prática. Para esclarecer essa diferença, parto de John Rawls, que em “*Two Concepts of Rules*”²¹⁰ mostra a importância dessa distinção – e como ela leva a confusões sobre a pertinência do utilitarismo em certos campos.

²⁰⁸ MACCORMICK, Neil. “On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review* 58, 1983, pp. 253-254: “But even here it is worth remembering that the law and rulings in law are not causes of behavior. Rather, they are grounds for choice by people, and how people will choose to respond is always in some degree an open question. Probably the only conduct one can see as actually necessitated by a ruling in law, and here the necessity is that of obligation rather than causation, is the conduct of a judge who adheres faithfully to prior rulings and seeks to act in their spirit. And that sort of ‘behavioral consequence’, if such it be, is already covered by our discussion of consequences as implications.”

²⁰⁹ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 111.: “Responsibility generally attaches to persons for the foreseen and foreseeable consequences and outcomes of their actions, and judges are no exception.”

²¹⁰ RAWLS, John. “Two Concepts of Rules”. *The Philosophical Review* 64, 1, 1995.

Rawls articula uma defesa do utilitarismo contra duas objeções: quanto à punição e quanto à obrigação de se manter promessas. Quanto à punição, Rawls argumenta que o problema está na sua justificação, e diz que há duas visões sobre a justificativa da punição: a (i) visão retributiva, e a (ii) visão utilitarista.

A visão retributiva justifica a punição no mérito da ação particular: quem age errado merece ser punido. A visão utilitarista justifica a punição com base nas consequências que uma regra desse tipo traz: a punição é um instrumento de garantia de ordem social. Rawls argumenta que ambas as visões, aparentemente contraditórias, estão corretas. Argumentos utilitaristas devem ser usados para justificar práticas, enquanto argumentos retributivos devem ser usados para justificar a aplicação de certas regras (que constituem práticas) a casos particulares. O primeiro ponto de vista é o ponto de vista do legislador, que olha para o futuro com o objetivo de garantir a cooperação social. O segundo ponto de vista é o ponto de vista dos juízes, que olha para fatos passados e aplica a regra ao caso particular.²¹¹ A aparente contradição desaparece quando temos em vista os diferentes papéis institucionais que juízes e legisladores desempenham, e isso significa necessariamente um tipo de juízo também diferente.

Quanto à obrigação de se manter promessas, a objeção que comumente se faz ao utilitarismo é de que, nessa perspectiva, a única questão importante é: cumprir minha promessa neste caso traz as melhores consequências? E é a resposta a essa questão que determinará se a pessoa deve ou não manter sua promessa.²¹² A resposta de Rawls é de que o prometente deve considerar não apenas os efeitos que descumprir uma promessa traz para o seu caso particular, mas também os efeitos que a quebra da promessa traz para a prática como um todo.²¹³ Trazendo isso para o direito, um juiz quando decide um caso particular deve considerar os efeitos que sua decisão tem para a prática como um todo – em outras palavras, a decisão que toma deve ser generalizável e universalizável, porque essa é uma questão de justiça.

²¹¹ RAWLS, John. “Two Concepts of Rules”. *The Philosophical Review* 64, 1, 1995, p. 6: “One can say, then, that the judge and the legislator stand in different positions and look in different directions: one to the past, the other to the future. The justification of what the judge does, qua judge, sounds like the retributive view; the justification of what the (ideal) legislator does, qua legislator, sounds like the utilitarian view. Thus both views have a point (this is as it should be since intelligent and sensitive persons have been on both sides of the argument); and one’s initial confusion disappears once one sees that these views apply to persons holding different offices with different duties, and situated differently with respect to the system of rules that make up the criminal law.”

²¹² RAWLS, John. “Two Concepts of Rules”. *The Philosophical Review* 64, 1, 1995, p. 13.

²¹³ RAWLS, John. “Two Concepts of Rules”. *The Philosophical Review* 64, 1, 1995, p. 14.

Em síntese, o utilitarismo não é uma teoria de toda descartável. Considerações utilitaristas são cabíveis quando se trata de justificar práticas – como políticas públicas de maneira geral –, mas não quando se trata de justificar ações submetidas a essas práticas – exceto quando a natureza da prática de que estamos falando exige esse tipo de consideração. Esse último caso depende de quais bens e de quais valores estamos falando.

O consequencialismo de regras, nesse sentido, faz sentido para se pensar políticas públicas. O argumento consequencialista é de que a análise de consequências seja um critério, uma condição necessária e suficiente para um ato ser moralmente correto. Da mesma forma que jogadores de basquete não calculam as leis da física envolvidas em seu arremesso, apesar de elas influenciarem se a bola vai acertar a cesta ou não. A otimização de consequências determina quais atos são moralmente corretos mesmo que os agentes, em cada ato, não calculem todas as consequências envolvidas em cada decisão. É essa a lógica que sustenta o consequencialismo de regras, e ela parece fazer sentido quando pensamos no desenho de políticas públicas – que darão o *framework* e o *background* a partir dos quais os juízes decidirão.

3.1.2. Valores e bens

Quando decidem, juízes frequentemente fazem referência à ideia de justiça, à implementação de políticas públicas, ao bem comum da comunidade, à conveniência e aos bons costumes, e mesmo ao senso comum como critérios de justificação de sua decisão. Isso parece apontar que a argumentação jurídica se dá num contexto de pluralidade de valores, e não a partir de algum critério único como “aumento de prazer”, “satisfação de preferências”, “utilidade”. Claro, alguém poderia dizer que juízes, ao decidirem sem usar desses critérios, estariam decidindo de maneira errada. Ainda assim, acredito que esse argumento é equivocado: nossas noções de certo e errado se relacionam àqueles valores que apontei acima – que são apenas exemplificativos. Uma ação está errada quando falha em se adequar minimamente a algum valor que consideramos importante – como humanidade, boa-fé, honestidade, etc. Uma decisão judicial, sendo uma ação, está errada quando falha em se adequar minimamente a algum valor (ou valores) importantes e pertinentes ao direito.²¹⁴

Tanto no direito quanto na vida moral em geral há sempre uma série de valores e compromissos envolvidos, com frequência conflitantes entre si. Isso não significa que o

²¹⁴ Para uma análise mais completa e robusta sobre como julgamentos sobre como aquilo que entendemos como o certo (“*rightness*”) e o errado (“*wrongness*”) se relacionam a nossos julgamentos de valor, ver MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. California: Stanford University Press, 1981, pp. 61-65.

raciocínio prático (e o raciocínio jurídico) seja incoerente, apenas que a tarefa da deliberação é difícil. Onora O’Neill²¹⁵ aponta que a tarefa da deliberação quase sempre se dá num contexto de múltiplos valores e compromissos envolvidos, e que a primeira tarefa do raciocínio prático é identificar quais são os compromissos mais significativos àquela ação em específico – que não comprometam os objetivos finais (os bens), mas que também levem à falha moral. Com frequência, isso significa abrir mão de algo, e requer algum tempo pensando sobre o assunto. Não há um algoritmo sobre o processo de deliberação, mas ela pode acontecer de maneiras melhores ou piores – isso vale para a vida moral, e vale também para o juiz justificando a sua decisão.

Diferentes áreas do direito lidam com diferentes bens e, nesse sentido, se relacionam mais proximamente com certos valores. A responsabilidade civil, por exemplo, prima pela integridade das pessoas e de suas posses. O direito dos contratos prima pela liberdade das pessoas em perseguir seus próprios bens, pela confiança mútua e pela boa-fé nas negociações. O direito penal, de certa forma, prima pela paz pública no sentido de se garantir segurança e integridade para as pessoas e para a comunidade. O retrato que estou fazendo é caricatural, certamente os diferentes ramos do direito são mais complexos e envolvem valores muitas vezes contraditórios. O ponto que quero destacar é de que diferentes ramos do direito lidam com diferentes fins e, nesse sentido, os critérios de avaliação de argumentos de justificação de uma decisão variam a depender de com qual ramo estamos lidando – ainda que as “consequências jurídicas” da decisão devam sempre ser levadas em consideração.

Se as consequências que importam são aquelas lógicas (que chamei de consequências jurídicas), ou seja, ao decidir um juiz deve levar em conta que a regra que aplica ao caso deve ser universalizável, uma consequência desse tipo será inaceitável quando causar alguma injustiça. Em outras palavras, uma consequência desse tipo será inaceitável caso falhe em se adequar àquela virtude que é própria do direito.

3.1.2.1. A relevância (limitada) das consequências: incomensurabilidade

Em “*Natural Law and Natural Rights*”,²¹⁶ em especial no capítulo V, Finnis trata dos requisitos básicos para a razoabilidade prática. São eles: (i) um plano de vida coerente; (ii) sem preferência arbitrária por valores, pois todos os bens humanos básicos são igualmente

²¹⁵ O’NEILL, Onora. “Practical Principles and Practical Judgement”. *The Hastings Center Report* 31, 4, 2001, pp. 15-23.

²¹⁶ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

fundamentais; (iii) sem preferência arbitrária por pessoas; (iv) desprendimento, ou seja, deve-se evitar o fanatismo; (v) evitar a apatia ou desinteresse pelos compromissos assumidos; (vi) respeito por cada valor básico em cada ato; (vii) seguir a consciência; (viii) respeitar o bem comum; e (ix) levar em conta a relevância (limitada) das consequências. O último ponto é particularmente importante para este trabalho.

Segundo Finnis, as pessoas devem agir (na própria vida e em relação à dos outros) de forma que suas ações sejam eficientes para seus propósitos. Isso significa que não se deve desperdiçar oportunidades que sejam eficientes – o que faz todo sentido.²¹⁷ Esse requisito, no entanto, é só mais um entre vários outros, que também devem ser levados em conta no exercício da razão prática.

É por essa razão que, enquanto estratégia geral de raciocínio moral, o utilitarismo e o consequencialismo (nos termos definidos por Finnis) são irracionais. A premissa básica de qualquer estratégia utilitarista e consequencialista é de que se deve otimizar/maximizar algum(s) bem(s). Há uma injunção metodológica nessa premissa que não se sustenta – a de que de fato existe algo como “melhores consequências”, “menor prejuízo possível”, etc. Isso é sem sentido porque é equivalente a tentar somar o tamanho desta página, o número 6 e a massa desta dissertação.

Bens humanos poderiam ser mensurados da maneira consequencialista apenas se (a) seres humanos tivessem apenas um único e bem-definido objetivo ou função na vida, ou (b) os diferentes objetivos e planos que seres humanos têm tivessem algum fator em comum, tal como a “satisfação de prazeres” de alguns utilitaristas. Nenhuma dessas condições se satisfaz, no entanto.

Para justificar seu argumento, Finnis reconstrói o experimento mental proposto por Nozick: imaginemos uma máquina capaz de reproduzir experiências de prazer de forma tão fiel que não seríamos capazes de dizer que não são reais. Estaríamos dispostos a trocar a vida real por uma máquina de prazeres plugando-nos na máquina?

Não, pois seres humanos fazem coisas não apenas pela experiência de fazê-las, mas por querer vivê-las. Queremos ser certo tipo de pessoa do nosso próprio jeito, queremos poder nos autodeterminar e descobrir nossos caminhos por nós mesmos.²¹⁸ Quando alguém

²¹⁷ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, p. 111: “One’s actions should be judged by their effectiveness, by their fitness for their purpose, by their utility, their consequences...”.

²¹⁸ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, pp. 95-96: “As Nozick rightly concludes, one wants to do certain things (not just have the experience of doing them); one wants to be a certain sort of person, through one’s own authentic, free self-determination and self-realization; one wants to live (in the active sense) oneself, making a real world through that real pursuit of values that inevitably involves making one’s personality in and through one’s free commitment to those values.”

participa²¹⁹ dos valores básicos humanos, não experiencia apenas satisfação por finalizado algo, mas uma felicidade mais profunda, uma espécie de sensação de plenitude da vida, de desenvolvimento enquanto pessoa, de sentido:

So it is that the practical principles which enjoin one to participate in those basic forms of good, through the practically intelligent decisions and free actions that constitute the person one is and is to be, have been called in the Western philosophical tradition first principles of natural law, because they lay down for us the outlines of everything one could reasonably want to do, to have, and to be.²²⁰

Além desses pontos, Finnis também argumenta que desejos, prazeres, interesses e satisfações parecem ser diferentes em tipo e em grau uns dos outros. É impossível comparar o desejo de alguém em ser um bom acadêmico, um ótimo advogado e um amigo legal. Isso significa que não é possível “calcular” a melhor decisão possível entre esses planos de vida. Daí a injunção metodológica de otimização do que quer que seja ser sem sentido, pois os diferentes tipos de bens, como os diferentes tipos de medida, são incomensuráveis entre si.²²¹

O que torna a estratégia utilitarista e consequencialistas tão apelativas, então? Em primeiro lugar, o objetivo final dessas estratégias não depende da existência de Deus, ou de alguma outra entidade metafísica.²²² Algumas teorias morais colocam agir de acordo com a vontade de Deus como o critério na decisão da ação correta, ou vinculam o critério de correção da ação a alguma questão metafísica. Para utilitaristas e consequencialistas, o que importa são as ações tomadas em vida e as respectivas consequências que essas ações têm na sua própria vida e na vida dos outros.

O segundo ponto que torna a estratégia consequencialista e utilitarista atraente diz respeito justamente à avaliação de consequências. Para se determinar se algo é moralmente correto ou não, basta avaliar se a ação (ou política) melhora a vida de alguém. O consequencialismo não faz uma lista de ações que podem ou não podem ser feitas, e sim um

²¹⁹ O exercício dos valores básicos envolve rotinas físicas e também cursos de ação. Ele não é consumado, por isso o uso das palavras “pursuit” e “realization” não são boas. Finnis prefere usar a expressão “participar” nos valores básicos.

²²⁰ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, p. 97.

²²¹ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, p. 115: “One can adopt a system of weights and measures that will bring the three kinds of quantity into a relation with each other (there might be six times as many square inches to this page as there are ounces of weight in this book, or 600 times as many square millimetres as kilograms, or . . .). But adopting a system of weights and measures is nothing like carrying out a computation in terms of the system. Similarly, one can adopt a set of commitments that will bring the basic values into a relation with each other sufficient to enable one to choose projects and, in some cases, to undertake a cost-benefit analysis (or preference-maximizing or other like analysis) with some prospect of a determinate ‘best solution’. But the adoption of a set of commitments, by an individual or a society, is nothing like carrying out a calculus of commensurable goods, though it should be controlled by all the rational requirements which we are discussing in this chapter, and so is far from being blind, arbitrary, directionless, or indiscriminate.”

²²² KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy – An Introduction*, Massachusetts: Oxford University Press, 2001, p. 11.

teste razoavelmente objetivo para se determinar quais ações devem ou não ser feitas. Determinar a ação correta é uma questão de medir o bem-estar gerado pela ação, não uma questão espiritual ou qualquer outra tradição obscura. Não podemos negar, o consequencialismo é uma arma poderosa contra o preconceito e a superstição.

O melhor caminho para refutar essas estratégias não passa por negar suas fortalezas. Pelo contrário, elas existem e fazem essas teorias bastante apelativas. O melhor caminho, a meu ver, é mostrar que há outras estratégias que fazem um trabalho melhor mesmo considerando essas fortalezas.

Levar em consequências a sério é definitivamente imprescindível no raciocínio moral – e, portanto, no raciocínio jurídico. Mas sua esfera de aplicação tem limites, e qualquer tentativa de tornar a análise consequencialista exclusiva, suprema e mesmo principal no raciocínio prático é irracional e imoral, e o mesmo vale para o raciocínio jurídico.²²³

3.1.2.2. Os valores do direito

Argumentei que diferentes áreas do direito lidam com diferentes bens e, nesse sentido, se relacionam mais proximamente com certos valores. A avaliação de consequências, portanto, está intimamente relacionada ao ramo do direito do qual estamos tratando. Há um conjunto de valores que seja abrangente o suficiente em relação ao direito como um todo?

Todo estudante de direito já se deparou com a máxima de Justiniano “*Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*” (“Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender a ninguém, dar a cada um o que lhe pertence”). A meu ver, essa máxima parece ser um bom começo para se pensar sobre os valores que permeiam o direito como um todo. O valor da honestidade, por exemplo, permeia a responsabilidade civil e o direito dos contratos. No fim das contas, esses ramos do direito procuram punir, também, a desonestidade deliberada que leva a ganhos injustos. Não ofender ninguém é o valor que o direito criminal parece avançar. Dar a cada um o que é seu parece ser uma das muitas formulações que o valor da justiça assume.

²²³ FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*, p. 118: “The sixth requirement—of efficiency in pursuing the definite goals which we adopt for ourselves and in avoiding the definite harms which we choose to regard as unacceptable—is a real requirement, with indefinitely many applications in ‘moral’ (and hence in legal) thinking. But its sphere of proper application has limits, and every attempt to make it the exclusive or supreme or even the central principle of practical thinking is irrational and hence immoral. Still, we ought not to disguise from ourselves the ultimate (and hence inexplicable, even ‘strange’) character of the basic principles and requirements of reasonableness (like the basic aspects of the world...) once we go beyond the intellectual routines of calculating cost-benefit and efficiency”.

Se analisarmos as ideias de filósofos do direito contemporâneos, os preceitos de Justiniano parecem também estar presentes – de forma ora mais, ora menos explícita. Ronald Dworkin afirma, em diversos trabalhos, que o direito subjetivo mais básico dos seres humanos é ser tratado com igual respeito e consideração. John Finnis já argumentou que a vida humana é o bem mais importante para cada um de nós, e que a vida humana é a existência de um ser com capacidades e bens bastante específicos.²²⁴ O próprio Neil MacCormick se debruça sobre essa questão, e a referência que faz é justamente às Institutas de Justiniano.²²⁵

Claudio Michelon²²⁶ também argumenta que virtudes são condições necessárias para se alcançar excelência na própria vida, de maneira geral, e também no direito, de maneira especial. Para bem decidir, um juiz deve possuir certas virtudes. A virtude da prudência é particularmente decisiva para um juiz, e é através dela que um juiz consegue determinar o que é o justo no caso concreto. A prudência é uma virtude que desenvolvemos com o hábito, e apesar de cada um desenvolvê-la subjetivamente, ela pode ser epistemologicamente conhecida e estudada. Argumentos do tipo “cada juiz pensa de sua própria forma”, “cada cabeça uma sentença”, estão equivocados porque se o indivíduo pensa como juiz, tem de pensar de certa forma. A objetividade dos argumentos se constrói argumentativamente, não através de demonstrações – embora objetivos, sua objetividade é diferente daquela das ciências duras.²²⁷

A avaliação de consequências, portanto, depende do bem com o qual estamos lidando. Desta forma, dependerá também do ramo do direito relacionado ao bem em questão – para cada ramo do direito, há virtudes específicas relacionadas. Embora isso seja verdade,

²²⁴ FINNIS, John. “Foundations of Practical Reason Revisited. *The American Journal of Jurisprudence* 50, 110, 2005, pp. 109-131.

²²⁵ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, em especial no capítulo “IV. The Law’s Values”.

²²⁶ MICHELON, Claudio. “Practical Wisdom in Legal Decision-Making”. *Edinburgh School of Law Working Paper Series* 13, 2010.

²²⁷ Conforme argumentei no tópico “1.2. O ponto de vista interno: seguir uma regra” do primeiro capítulo. Vale destacar um trecho de MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*, p. 220: “Isso, porém, já torna óbvio que, do ponto de vista das pessoas atuantes em dado Estado, o direito é de importância real para elas. Isso leva ao que Hart quer dizer com ‘ponto de vista interno’. As leis que existem são standards pelos resultados de julgamentos de valor político e os resultados de lutas e disputas políticas, solucionadas, às vezes por eleições e, outras vezes, por meios ainda mais incisivos. Com frequência, as leis se baseiam em julgamentos sobre o que é correto – moralmente correto – ou o que é justo ou conveniente, ou podem depender de uma visão a respeito dos princípios de moral crítica que devem informar a criação de leis. O resultado de qualquer disputa política em particular representa normalmente um equilíbrio mais ou menos aceitável entre o correto e o conveniente. No que se refere à aplicação e interpretação de leis, deve-se considerar a forma como as leis expressam valores e como uma lei específica se combina ou se ajusta a outras leis estabelecidas, a fim de se chegar a uma conclusão razoável sobre uma questão em disputa. Para entendê-las, deve-se entender como elas podem orientar a conduta dos cidadãos e fundamentar as avaliações críticas que as pessoas fazem ou deixam de fazer.”

há um conjunto de virtudes comuns ao direito como um todo, e destaquei o papel de uma delas em especial: a justiça. Desta forma, consequências injustas nunca podem ser usadas como justificção de decisões judiciais. Ou melhor, empiricamente elas podem ser usadas, mas a decisão estará juridicamente errada.

CAPÍTULO 3 – O DEBATE BRASILEIRO

John Maynard Keynes certa vez disse que “as ideias de economistas e filósofos políticos são mais poderosas do que é comumente entendido. Na verdade, o mundo é governado por pouco mais. Homens práticos que acreditam ser bastante isentos de quaisquer influências intelectuais, geralmente são escravos de algum economista defunto.”²²⁸ Apesar de a crítica ser direcionada aos economistas, ela se aplica aos juristas também. Os práticos do direito que acreditam estar acima e fora da influência dos conceitos em geral são escravos das ideias de algum jurista morto. Os debates sobre consequencialismo jurídico no Brasil padecem deste mal, e este trabalho é uma tentativa de organizar e esclarecer esse debate.

Muito das discussões sobre consequencialismo jurídico no Brasil giram em torno do polêmico art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Este artigo foi introduzido pela Lei 13.655/2018, cujo objetivo é dar maior estabilidade para e garantir maior controle sobre a administração pública. Pouco se discutiu sobre o consequencialismo – com louváveis exceções, é verdade, que serão aprofundadas durante este trabalho. Daí minha pergunta de pesquisa: “dado o art. 20 da LINDB, quais tipos de consequências juízes têm de levar em consideração quando decidem um caso?”. Minha tentativa de organização do debate brasileiro está necessariamente limitada a essa pergunta.

Há três modelos influentes de consequencialismo no Brasil, que chamo de (i) consequencialismo econômico, (ii) consequencialismo social, e (iii) consequencialismo iluminista. Nas próximas seções, tratarei de cada um desses modelos, à luz dos conceitos que estabeleci nos capítulos anteriores. Após reconstruir cada um desses modelos, apresento uma versão alternativa, que chamo de consequencialismo malandro. Acredito que essa

²²⁸ KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, London: Palgrave Macmillan, 1936: “The ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist.”. No Brasil, Pêrsio Arida também foi categórico ao dizer que a cientifização da produção acadêmica em economia não elimina a necessidade da doutrina econômica. Ver ARIDA, Pêrsio. “A história do pensamento econômico como teoria e retórica”. In: REGO, José Marcio. *Retórica na economia*. São Paulo: Editora 34, 1996.

versão do consequencialismo é útil para um bom entendimento e aplicação do art. 20 da LINDB, que será objeto da última seção deste capítulo.

1. TRÊS MODELOS INFLUENTES

No Brasil, quando se fala sobre consequencialismo jurídico, quase sempre há dois tipos de debate. De um lado, fala-se sobre a relação entre Poder Judiciário e incerteza jurídica, uma queixa sobre como juízes brasileiros tentam fazer justiça social via aplicação do direito, desrespeitando contratos e frustrando as expectativas de investidores. Em nome da justiça social, juízes aplicariam uma espécie de “consequencialismo social”, metodologicamente fraco e insustentável do ponto de vista prático.

De outro lado, fala-se de uma espécie de “consequencialismo econômico”: em vez de uma atitude orientada por um certo distributivismo da justiça social, fala-se de uma orientação econômica voltada à maximização da eficiência. Esse consequencialismo econômico, de acordo com Schuartz,²²⁹ surge em resposta ao consequencialismo social, e internaliza o juízo consequencialista através do processo judicial. Os apoiadores do consequencialismo econômico argumentam que ele se apoia na solidez da moderna teoria econômica e nas ferramentas analíticas e conceituais por ela disponibilizadas.²³⁰ Aqui se inserem os partidários da Análise Econômica do Direito (“*law & economics*”).

Há uma terceira vertente que chamarei de “consequencialismo iluminista”. É uma versão mais robusta do consequencialismo social, e dessa perspectiva, “para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra.”²³¹ Isso se deve em razão de uma crise da representação política, de um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário (e do STF, em especial) como ator político relevante, e da inclusão de dispositivos constitucionais que envolvem um tipo de racionalidade supostamente “política”.

Cada um desses modelos pretende ser o melhor modelo de descrição e justificação da prática jurídica. Todos eles têm um ponto em comum: partem de uma concepção de racionalidade instrumental. Esse, a meu ver, é o calcanhar de Aquiles desses modelos. É

²²⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo judicial e incerteza jurídica. *Workshop Interpretação, Desenvolvimento e Instituições*, Caderno 29, pp. 132-128.

²³⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo judicial e incerteza jurídica. *Workshop Interpretação, Desenvolvimento e Instituições*, Caderno 29, p. 135.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 60.

possível um modelo de consequencialismo que parta de uma concepção de racionalidade não-instrumental?

As três próximas seções se debruçam sobre os três tipos de consequencialismo de que falei. Na quarta seção, tento desenvolver um modelo de consequencialismo a partir de uma concepção não-instrumental de racionalidade. Acredito que esse modelo ajuda a dar algumas diretrizes de interpretação do art. 20 da LINDB, que é o objeto da última seção deste capítulo.

1.1. Consequencialismo econômico

Por consequencialismo econômico me refiro a qualquer programa teórico que se proponha a condicionar a adequação jurídica de uma determinada decisão à valoração das consequências econômicas dela. Esse consequencialismo pode ser forte, se estabelecer que uma decisão é correta apenas se as consequências econômicas (a eficiência) dela forem melhores do que as consequências de uma outra decisão possível. Ele também pode ser fraco, quando as consequências econômicas têm algum peso na valoração da adequação da decisão, mas não é o único fator determinante.

É importante diferenciar as dimensões positiva e normativa que os debates sobre consequencialismo econômico apresentam. A primeira dimensão tem foco na descrição, e nesse sentido o ferramental econômico seria útil, de um lado, na descrição dos efeitos que as regras jurídicas têm no mundo; de outro lado, o ferramental econômico poderia prever, de alguma maneira, os efeitos que essas regras jurídicas teriam no mundo.²³²

No Brasil, o consequencialismo econômico forte é muito inspirado em Richard Posner – mais precisamente, nos primeiros trabalhos de Posner.²³³ Dessa perspectiva, o ferramental econômico seria capaz não apenas de descrever e prever comportamentos – dimensão positiva – mas também seria o critério de correção das decisões judiciais – dimensão normativa.

O consequencialismo econômico forte foi bastante criticado.²³⁴ Esse tipo de consequencialismo foi acriticamente recepcionado no Brasil, a ainda hoje podemos ver

²³² SALAMA, Bruno M. “O que é ‘direito e economia’? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito”. *Artigo Direito GV (Working Paper)* 3, 2017.

²³³ Por ex., POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

²³⁴ Entre muitos outros, ver 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.

alguns dos reflexos dessa recepção. Os exemplos são vários, e destaco alguns casos no decorrer deste trabalho. O MC SS 5257, em que o ministro Dias Toffoli determinou a suspensão da decisão anterior que havia garantido a permanência de empresas no regime tributário da Lei 12.546/2011 em 2018²³⁵ é um exemplo. Já a ADI 3.934, que reconheceu como constitucional o dispositivo da lei de falências que impõe limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas, é um exemplo de bom uso da racionalidade econômica no direito.

Luis Fernando Schuartz chama esse tipo de consequencialismo de “consequencialismo festivo”. Esse tipo de consequencialismo tem certo desprezo em relação ao modo convencional de solução de problemas jurídicos da maneira tradicional. Em regra, no Brasil, os juristas fizeram uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito. Segundo Schuartz, há duas características principais desse consequencialismo econômico forte à brasileira que o diferenciam do norte-americano. Em primeiro lugar está a atitude acrítica e desdenhosa diante da prática dos juristas e juízes. Em segundo lugar está a superficialidade e seletividade na escolha dos seus insumos teóricos e metodológicos. É em razão dessas duas características que, apesar da aparência e da ambição transformadora, ele é impotente e tende a funcionar como um propagador de ideologias conservadoras.²³⁶

No Brasil, quem melhor formulou o discurso sobre o consequencialismo econômico foram Bruno Salama e Mariana Pargendler, no artigo “*Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*”.²³⁷ A tese defendida pelos autores (que considero partidários do consequencialismo econômico fraco) é de que a adoção de novas metodologias na produção jurídica no Brasil está relacionada à transformação no modo de aplicação do direito, que vem consagrando a utilização de argumentos consequencialistas em juízo. Isso se deve em razão de três fatores, que serão tratados abaixo. Os autores fazem um excelente panorama sobre as razões que levaram ao estado da arte do debate sobre

²³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5.257. Decisão Monocrática. Rel. min. Dias Toffoli. J. 07/11/2018.

²³⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 410: “Ideológico-conservador pela re-atualização e reprodução de um padrão de argumentação que expressa um dos mais antigos e persistentes vícios do pensamento jurídico no país: a importação elitista para uso meramente ornamental, ao sabor dos caprichos e das veleidades do usuário, de fragmentos de doutrinas e teorias científicas e filosóficas que se encontram em voga nos centros culturais.”

²³⁷ SALAMA, Bruno; PARGENDLER, Mariana. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”. *RDA – Revista de Direito Administrativo* v. 262, 2013, pp. 95-144.

consequencialismo no Brasil – embora eu não concorde com todas as implicações que os autores tiram dessa genealogia.

1.1.1. *Triunfo da ideologia progressista*

O primeiro fator é o triunfo da ideologia progressista, que necessariamente implica um “olhar para frente”. No Brasil, a ascensão de Getúlio Vargas é o fato histórico que marca o triunfo da ideologia progressista,²³⁸ cuja implicação jurídica mais importante é a consagração de um “uso instrumental do direito” como ferramenta de “engenharia social”.²³⁹

Na prática, isso significou uma incorporação pelo Poder Judiciário de uma série de atividades que não eram disciplinadas juridicamente – e a Constituição de 1988, nessa mesma toada, tem uma série de dispositivos nesse sentido.²⁴⁰ Isso trouxe para a seara jurídica temas que envolvem política, economia, biologia, e nem sempre os aplicadores do direito estavam preparados – seja em razão da falta de capacidade técnica, seja em razão da ausência de instrumentos propriamente jurídicos capazes de lidar com esses temas.

Como consequência, a própria maneira como entendemos a prática jurídica precisou ser repensada. Uma série de objetivos e finalidades foram incorporados no próprio texto jurídico, e a aplicação efetiva desses dispositivos, segundo os autores, envolve algum juízo sobre sua efetividade.²⁴¹ Salama e Pargendler argumentam que “para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça. É preciso, ao contrário, apelar a uma ferramenta descritiva do mundo.”²⁴²

²³⁸ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, pp. 110-111.

²³⁹ Essas são expressões de LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato”. In: COURTIS, Christian (ed.). *Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madri: Editorial Estrata, 2006, nota 44, p. 149.

²⁴⁰ Ver, entre outros: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, [...]. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

²⁴¹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 114: “Generalizando, pode-se dizer que a ascensão do *government by policy* propõe ao jurista problemas para os quais o conhecimento jurídico tradicional – interpretar leis e redigi-las, sustentar um argumento para um debate judicial ou desconstruir a coesão de argumentos sobre a interpretação das leis – oferece poucas respostas. A política pública é eminentemente finalística, isto é, esta eminentemente voltada à consecução de fins concretos. Sua legitimidade, portanto, prende-se não apenas aos procedimentos seguidos para a sua feitura, mas também à plausibilidade de que os efeitos pretendidos possam ser de fato alcançados. O ponto básico é o seguinte: para se analisar a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos não basta interpretar a lei nem recorrer a intuições de justiça. É preciso, ao contrário, apelar a uma ferramenta descritiva do mundo.”

²⁴² PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 114.

Essa proposição não é trivial. Para se analisar se os meios jurídicos e os fins *normativos* – destaco este ponto – são efetivos, não é necessária uma ferramenta de descrição de mundo. Ao contrário, essa análise é eminentemente jurídica, e não envolve um juízo descritivo das coisas “aí no mundo”. Envolve uma avaliação da qualificação jurídica que damos a essas coisas.

Por outro lado, os autores parecem confundir analisar uma prática e analisar uma ação submetida a uma prática. Como disse na seção “3.1.1. Justificar uma prática e justificar uma ação submetida a uma prática”, o juízo sobre uma prática e sobre uma ação submetida a essa prática é diferente. Avaliar se uma política pública, enquanto prática, é efetiva, envolve um juízo substancialmente diferente da avaliação se uma regra jurídica, submetida (e constitutiva de) a essa política pública, é eficiente. No primeiro caso, um juízo descritivo das coisas “aí no mundo” é necessário. No segundo caso, não – pois é um juízo normativo.

1.1.2. Mudança organizacional estatal

O segundo fator é a mudança organizacional do modelo estatal brasileiro, que lançou o Poder Judiciário – e o Supremo Tribunal Federal em especial – à centralidade do arranjo político.²⁴³ O triunfo da ideologia progressista, além de transformar os instrumentos jurídicos, também modificou o papel institucional dos braços do Estado. O Poder Judiciário passa a exercer um papel muito mais ativo no delineamento das políticas públicas, assumindo certo protagonismo no quadro institucional de formulação de políticas públicas.²⁴⁴ Isso implica um choque de racionalidades, porque não apenas o direito não tem instrumentos adequados para lidar com esse novo arranjo institucional, mas a própria racionalidade jurídica não se adequa a essa situação.

²⁴³ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 115.

²⁴⁴ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 116: “No Brasil pós-1988, o Poder Judiciário passou da periferia ao centro do arranjo político. Os tribunais – e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular – foram alçados à condição de Poder Moderador, como bem observou Oscar Vilhena. Assim, o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e políticos que historicamente coubera ao Exército passou a ser ocupado pelo STF. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário acabou cada vez mais desempenhando um papel relevante no delineamento das políticas públicas no Brasil – ora negativamente, contrabalançando o excesso, ora positivamente, contrabalançando a inação; e, nos dois casos, contribuindo decisivamente para a criação de incentivos (e desincentivos) para toda sorte de atividades. É como se o Judiciário tivesse sido empurrado – muitas vezes a contragosto, ocasionalmente com certo júbilo – para a posição de ator relevante, e diversas vezes decisivo, no grande quadro institucional de formulação de política pública.”

1.1.3. Transição no modelo de argumentação

O terceiro fator é a transição de um modelo de argumentação formalista e baseado em regras para um modelo aberto e baseado em princípios. A mudança institucional ocasionada em razão do triunfo da ideologia progressista não foi acompanhada por uma reflexão sobre os tipos de racionalidade envolvidas na justificação de políticas públicas, de um lado, e na aplicação concreta pelos juízes dessas regras, de outro. Na minha visão, a tentativa brasileira de conciliar essas mudanças foi a argumentação a partir de princípios.

O teste de proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy e popularizado no Brasil é o grande paradigma desse tipo de argumentação. Princípios seriam “mandamentos de otimização” – normas que estabelecem que algo deve ser realizado na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas presentes.²⁴⁵ Isso implica, necessariamente, um juízo sobre o resultado que essas normas terão no mundo. Humberto Ávila argumenta que a ideia de proporcionalidade, nesses termos, é diferente da ideia de proporção em outros campos (daí meu receio em utilizar a terminologia de John Finnis):

[E]le se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o de adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro(s) meio(s) menos restritivo(s) dos direitos fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)²⁴⁶

Salama e Pargendler argumentam que a correta aplicação dos princípios mediante o teste da proporcionalidade implica na análise de dados empíricos ou de juízos probabilísticos sobre os efeitos concretos de diferentes normas, e não mais apenas na interpretação de normas abstratas.²⁴⁷ A mudança institucional de que falei no tópico anterior leva o Poder Judiciário a ser um “aplicador de princípios e implementador de políticas públicas.”²⁴⁸ Isso marca “a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade

²⁴⁵ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht* (1985). Trad. Port. De Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Entre outros trechos, ver p. 91: “O ponto decisivo da distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”

²⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 15-16.

²⁴⁷ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 119.

²⁴⁸ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 122.

ou incidência da norma ao caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras.”²⁴⁹

Dada a incerteza radical que existe em relação ao funcionamento do mundo, essa análise tem limites bastante claros. Para os autores, o papel do jurista continuará sendo o de formulador de doutrina porque os métodos científicos (ainda) não são suficientes para dar conta do tipo de juízo que um consequencialismo mais extremado exigiria (por isso os considero partidários do consequencialismo econômico fraco). O paralelo que fazem é com a economia.²⁵⁰ Desde John Neville Keynes,²⁵¹ entende-se que a economia tem três dimensões: (i) uma dimensão positiva (e propriamente científica, porque pode ser objeto de estudo através de técnicas e cálculos), (ii) uma dimensão normativa (porque a dimensão positiva dá elementos que estão “aí no mundo”, mas não dá respostas sobre o que de fato queremos implementar), e (iii) uma dimensão artística (porque a implementação daquilo que queremos, baseado na técnica e nos dados da dimensão positiva, envolve articular o xadrez político que a vida numa comunidade exige).²⁵² O que estamos vivenciando no Brasil é o desenvolvimento de uma dimensão positiva do direito, e uma participação intensa do Poder Judiciário na dimensão artística – ou seja, do delineamento das práticas, das políticas públicas, e não apenas da sua aplicação caso a caso.

Os autores fazem uma ressalva em relação à tese: a incerteza radical em relação ao funcionamento do mundo, dada a contingência do futuro, impossibilita um tipo de consequencialismo mais extremado – ou um consequencialismo forte, para usar a terminologia que adotei. Diante disso, o papel do jurista continuará como formulador de doutrina, e não de ciência – por mais avanços que tenhamos nas outras ciências e por mais que o diálogo (necessário) dessas ciências com o direito aumente.

Salama, em “*O que é ‘direito e economia’? Uma introdução...*”, faz um argumento mais refinado sobre o tipo de consequencialismo econômico que tem sentido. Ele o chama de “versão regulatória” da dimensão normativa do debate sobre direito e economia.²⁵³ Essa visão tem como principal expoente a Escola de Direito e Economia de New Haven, e Guido

²⁴⁹ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, pp. 122-123.

²⁵⁰ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 131.

²⁵¹ KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Londres: Macmillan, 1891.

²⁵² Ver SALAMA, Bruno Meyerhof. “The art of law & macroeconomics”. *University of Pittsburgh Law Review* 2, 74, 2012.

²⁵³ É na seção “(C) Versão regulatória”, a partir da p. 34, que ele se debruça mais sobre essa versão.

Calabresi é a figura mais importante do movimento.²⁵⁴ Susan Rose-Ackerman, outra representante desta escola, argumenta que o Direito e Economia serviria para (i) definir a justificativa econômica da ação pública, (ii) analisar de modo realista as instituições jurídicas, e (iii) definir papéis úteis para os tribunais dentro dos sistemas modernos de formulação de políticas públicas.²⁵⁵

Nem tudo o que é eficiente é justo, mas as discussões sobre o eficiente e o justo têm pontos de convergência importantes.

A questão, portanto, não 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, 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 é congregar a ética consequencialista da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz às necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem-comum.²⁵⁶

Ou seja, levar as consequências de uma decisão judicial a sério não implica submeter o justo ao eficiente. Ao contrário, em certos ramos do direito a discussão sobre as consequências econômicas e sobre a eficiência de uma dada decisão é constitutiva dessa prática. Discordo, porém, da constatação de Salama de que “[...] para corretamente enfrentar situações como essas, os magistrados precisam pensar também como legisladores, pois sua atividade é também política.”²⁵⁷ Numa concepção bastante ampla de política, certamente a atividade do juiz o é. Mas o papel institucional de um juiz é substancialmente diferente do papel institucional de um legislador, e essas racionalidades não se confundem. As premissas das quais Salama parte, na minha visão, estão corretas, mas a implicação que tira delas não está. Falarei mais sobre este ponto na próxima seção.

²⁵⁴ SALAMA, Bruno M. “O que é ‘direito e economia’? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito”. *Artigo Direito GV (Working Paper)* 3, 2017, p. 34.

²⁵⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Law and Economics: Paradigms, Politics, or Philosophy?*, 1989. In: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Economics and the Law – from Posner to Post-Modernist*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79.

²⁵⁶ SALAMA, Bruno M. “O que é ‘direito e economia’? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito”. *Artigo Direito GV (Working Paper)* 3, 2017, p. 36.

²⁵⁷ SALAMA, Bruno M. “O que é ‘direito e economia’? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito”. *Artigo Direito GV (Working Paper)* 3, 2017, p. 37.

Na ADI 3934,²⁵⁸ o STF julgou totalmente improcedente o pedido do PDT contestando três dispositivos²⁵⁹ da Lei de Recuperação Judicial (Lei 11.101/2005), que impõem limites quantitativos à prioridade concedida às dívidas trabalhistas. O PDT argumentou “descaso com a valoração do trabalho e a dignidade dos trabalhadores”. Nas palavras do ministro relator, "forçoso é convir que o limite de conversão dos créditos trabalhistas em quirografários fixado pelo art. 83 da Lei 11.101/2015 não viola a Constituição, porquanto, longe de inviabilizar a sua liquidação, tem em mira, justamente, a proteção do patrimônio dos trabalhadores, em especial dos mais débeis do ponto de vista econômico." Há aqui um juízo consequencialista-econômico adequado, dentro dos limites claros que a regra coloca. É um juízo, portanto, propriamente jurídico.

Por outro lado, em decisão proferida no MC SS 5257, o ministro Dias Toffoli, ao determinar a suspensão da decisão anterior que havia garantido a permanência de empresas no regime tributário da Lei 12.546/2011 em 2018, fundamentou sua decisão em argumentos consequencialistas-econômicos – os danos aos cofres públicos:

A execução imediata da decisão judicial ora combatida impacta direito de interesse coletivo relacionado à ordem e à economia públicas, pois implica alteração da programação orçamentária da União Federal (...). Isso porque, além da redução da arrecadação de contribuição de empresas à Seguridade Social (correspondente à renúncia fiscal decorrente da modificação da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo da empresa), a decisão no AI (...) produz efeitos imediatos nas contas públicas, tendo em vista o dever legal da União de “[compensar] o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, no valor correspondente à estimativa de renúncia previdenciária decorrente da desoneração.

(...)

Ademais, a decisão objeto do presente pedido de contracautela foi proferida em sede de mandado de segurança coletivo, circunstância que, somada ao risco de efeito multiplicador (...), constitui fundamento suficiente a revelar a grave repercussão sobre a ordem e a economia públicas e justificar o deferimento da liminar pleiteada.²⁶⁰ [grifo meu]

Na decisão, houve uma tentativa de análise econômica – sem os dados necessários para embasar economicamente essa decisão. Em momento algum o ministro fez referência ao que se debatia, de fato, no caso: o TRF-3 tem autonomia para garantir às empresas a

²⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3934. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 27/05/2019.

²⁵⁹ O PDT pretendia que a Corte julgasse inconstitucional o inciso II do artigo 141 da lei, que impede a sucessão, para o arrematante da empresa, das obrigações de natureza trabalhista e aquelas decorrentes de acidentes de trabalho. Já o parágrafo único do artigo 60 da lei determina que o arrematante fica livre das obrigações do devedor, inclusive as tributárias. Outro dispositivo contestado pelo PDT era o inciso I do artigo 83 da Lei de Recuperação Judicial, que limita a 150 salários mínimos os créditos preferenciais para pagamento de dívidas trabalhistas.

²⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Suspensão de Segurança 5257. Decisão monocrática. Min. Dias Toffoli. J. 06/11/2018.

permanência nesse regime tributário? A regra inicial que previa a contribuição sobre os salários se aplicava apenas a três segmentos da economia. Por que o novo regime foi estendido a outros cinquenta e seis segmentos? Até que ponto os dados informados pela União são plausíveis?²⁶¹ Em sendo plausíveis, qual a relevância jurídica desses dados? Neste caso, o ministro primeiro decidiu, depois escorou sua decisão numa tentativa de consequencialismo-econômico.

1.1. Consequencialismo social

Um tipo diferente de consequencialismo é o que chamo de “consequencialismo social”. Ele vem um desejo de se fazer algum tipo de justiça social, mas ele opera teórica e metodologicamente desamparado. Primeiro, o juiz decide a causa que vai apoiar, e depois tenta dar algum verniz jurídico à justificação. Schuartz chama esse tipo de consequencialismo de “consequencialismo militante”.

No Brasil, os juízes partidários desse tipo de consequencialismo baseiam suas decisões em princípios constitucionais, mas sem uma preocupação metodológica em dar consistência à decisão. No HC 76.060-4, o Supremo Tribunal Federal teve de decidir se se poderia forçar o pai presumido de uma criança a fazer um exame de DNA. O Tribunal usa do “princípio da proporcionalidade” nos seguintes termos:

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.²⁶²

O Tribunal não avança na análise, e essa passagem é a única que faz referência ao princípio da proporcionalidade.²⁶³ Primeiro, o Tribunal decidiu – não se pode constranger fisicamente o suposto pai da criança a produzir uma prova contra si mesmo. Depois, tentou escorar sua decisão num princípio. Usou do princípio como uma espécie de “trunfo”, sem justificar devidamente a sua decisão. Agiu como um “juiz renunciador”, para usar a expressão da Introdução deste trabalho, subvertendo a própria ordem que o sustenta.

²⁶¹ Nos autos, a União estimou um prejuízo isolado aos cofres públicos de R\$ 322,6 milhões caso fosse mantida a decisão do TRF-3, acrescentando um potencial efeito multiplicador, tendo em vista existirem pelo menos 642 ações cadastradas sobre o mesmo assunto no Brasil, com impacto nas contas de 2018 estimado em R\$ 1 bilhão.

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 76.060-4. Tribunal Pleno. Rel. min. Sepúlveda Pertence. J. 31/03/1998.

²⁶³ Para uma crítica específica sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade no Brasil, ver SILVA, Virgílio Afonso. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais* 798, 2002.

A lista de exemplos do Poder Judiciário agindo como um “consequencialista social” é bastante extensa, em casos tão diferentes quanto a ADPF 186,²⁶⁴ em que o STF reconheceu a constitucionalidade da adoção de cotas raciais pelas universidades brasileiras, até a ADPF 54,²⁶⁵ em que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do aborto no caso de fetos anencefálicos.

Na ADI 4277²⁶⁶ e na ADPF 132²⁶⁷ o STF reconheceu como constitucional a união estável entre casais do mesmo sexo.²⁶⁸ As principais regras envolvidas nesse debate eram o art. 3º, IV, da Constituição Federal,²⁶⁹ o art. 226, § 3º, da Constituição Federal,²⁷⁰ e o art. 1723 do Código Civil.²⁷¹ Os dispositivos são bastante claros sobre o que se considera união estável: é a união entre homem e mulher. Isso é incompatível com outra regra, a do art. 3º, segundo a qual ninguém pode ser tratado de maneira diferenciada em razão de preconceitos com “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O ministro Ayres Britto, relator do caso, votou no sentido de se dar “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1723 do CC, e foi acompanhado por todos os ministros.²⁷² Nesse sentido, reconheceu a união homoafetiva como família, “exclui[ndo] do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo com família”. Sob o argumento de “interpretação conforme a constituição”, o que a corte fez foi subverter os dispositivos discutidos: este caso não é um *hard case*, pelo contrário. É um caso onde cabe apenas compreensão, e não interpretação.²⁷³

Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso divergiram no sentido da impossibilidade de se enquadrar a união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Votaram no sentido de reconhecer a união entre parceiros

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186-2. Tribunal Pleno. Rel. min. Ricardo Lewandowski. J. 26/04/2012.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Tribunal Pleno. Rel. min. Marco Aurélio Mello. J. 12/04/2012.

²⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto. J. 05/05/2011.

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Tribunal Pleno. Rel. min. Ayres Britto. J. 05/05/2011.

²⁶⁸ Uso, aqui, a terminologia que o tribunal utilizou.

²⁶⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁷⁰ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

²⁷¹ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

²⁷² Embora haja divergências significativas entre alguns ministros.

²⁷³ Conforme argumentei na seção “1.4.3. Compreensão e interpretação” deste trabalho.

do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Essa posição é a que parece fazer mais sentido, dadas as limitações institucionais existentes, e dado que essas minorias precisam ser protegidas – deixando de lado, aqui, as possibilidades de diálogo institucional e outras maneiras de cooperação institucional.

Em diversas passagens, os ministros fazem referência às consequências que a decisão da corte teria. Por exemplo, o Ministro Luiz Fux disse que:

Mesmo que já dito antes, não é demais registrar novamente que o tema revolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis as suas consequências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas à sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção os direitos fundamentais.

Esse é apenas um dos trechos em que o ministro Fux (um dos maiores partidários do STF de argumentos consequencialistas) evoca a “repercussão social” que o caso terá. É um claro exemplo daquilo que chamo de “consequencialismo social”: escolhe-se uma causa, e depois se tenta dar alguma roupagem jurídica para ela, sem consistência teórica nem metodológica. O ministro Marco Aurélio também faz referência expressa ao fato de o Brasil ocupar o primeiro lugar no ranking de homicídios anuais contra homossexuais para fundamentar sua decisão de procedência da ADI – argumentando que ela seria “mais um passo para o Brasil vencer a guerra desumana contra o preconceito”.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, argumenta que:

No presente caso, porém, devemos refletir muito sobre as consequências normativas de uma decisão de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil. [...] Assim, se é certo que, por um lado, a possibilidade da interpretação conforme que se convola numa verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos não mais constitui um fator de constrangimento ou de estímulo ao *self restraint*, por parte do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, a interpretação conforme, nos moldes em que requerida pela Procuradoria-Geral da República, pode ter amplíssimas consequências em diversos sistemas normativos do ordenamento jurídico brasileiro, as quais devem ser minuciosamente consideradas pelo Tribunal.

O tipo de consequência a que Gilmar Mendes faz referência é aquela que efetivamente importa para todos os ramos do direito: as consequências jurídicas (ou lógicas) que a decisão terá. Justificar uma decisão é dar a ela razões universais e universalizáveis, do ponto de vista jurídico. Como argumentei, essa é uma exigência de justiça, e a justiça é condição de inteligibilidade do direito. Se há algum tipo de consequência que seja necessária na argumentação jurídica, ela decorre da natureza própria e particular que a atividade de justificação e argumentação do direito tem.

1.2. Consequencialismo iluminista

O “consequencialismo iluminista” é um desenvolvimento do consequencialismo social. Ele é teoricamente mais robusto, e metodologicamente mais bem determinado. Seu principal representante, no Brasil, é Luis Roberto Barroso.²⁷⁴ Em “*A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*”,²⁷⁵ Barroso lançou as bases para um debate frutífero, que deu origem a um importante livro – “*A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*” –, com discussões importantes sobre racionalidade, legitimidade e performance democrática do Supremo Tribunal Federal. Nesse artigo estão as principais considerações de Barroso sobre sua visão do direito em geral, e do direito constitucional em particular. Desta forma, tomo este artigo como a principal formulação teórica do consequencialismo iluminista.²⁷⁶

Em síntese, o argumento fundamental de Barroso é de que o STF, além de exercer a clássica função contramajoritária (materializada no controle de constitucionalidade), também exerce uma função representativa, desempenhando o papel de “vanguarda iluminista”:²⁷⁷ “para além do papel puramente representativo, supremas cortes desempenham, ocasionalmente, o papel iluminista de empurrar a história quando ela emperra.”²⁷⁸ Isso se deve em razão de uma crise da representação política,²⁷⁹ de um

²⁷⁴ Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet: “a doutrina constitucional brasileira investiu pesadamente nessa perspectiva, seguindo a trilha já antes inaugurada por autores como Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva e Celso Antonio Bandeira de Mello, tendo no pós-1988 o próprio Barroso como principal protagonista e autor de proposta original e inovadora nessa seara. SARLET, Ingo Wolfgang. “Usos e abusos em matéria de direitos sociais ou a jurisdição constitucional na esfera do controle de políticas públicas e na (des?) construção do estado democrático de direito”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

²⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. Originalmente publicado na Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, n. 2, 2015.

²⁷⁶ Acredito, como disse Diego Werneck, “que o comportamento dos ministros no controle de constitucionalidade também é uma função de suas ideias, concepções e crenças profissionais sinceras sobre os limites de sua função e o seu papel adequado na democracia brasileira.” Daí, também, a importância deste debate para os fins do meu trabalho. ARGUELHES, Diego Werneck. “Legitimidade do STF e razão jurídica”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 103.

²⁷⁷ No posfácio que escreveu, Barroso identifica no caso da união homoafetiva, de que falei no tópico anterior, justamente um bom exemplo da postura “iluminista” que o STF pode desempenhar. BARROSO, Luís Roberto. “Respostas e comentários de Luís Roberto Barroso às críticas”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, pp. 570-571.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 60.

²⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 52.

protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário (e do STF, em especial) como ator político relevante,²⁸⁰ e da inclusão de dispositivos constitucionais abertos, que envolvem um tipo de argumentação baseada em princípios e, supostamente, também envolve um tipo de juízo “político”.²⁸¹ Um bom exemplo da aplicação desse consequencialismo iluminista é o HC 152.752, habeas corpus preventivo impetrado em favor do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva. No caso, o ministro Luis Roberto Barroso afirma:

Existem, por certo, muitas complexidades e incontáveis sutilezas que não poderão ser exploradas aqui. Posto de uma forma simples: não estando em jogo valores ou direitos fundamentais, será legítimo – quando não exigível – que o intérprete construa como solução mais adequada a que produza as melhores consequências para a sociedade. Evidentemente, eu não estou falando de prender A, B ou C. Estamos discutindo qual tese produz os melhores resultados para a sociedade. Eu não tenho dúvida. Os fatos e os números são muito óbvios para negar a evidência.

Se o consequencialismo social falha por ser teoricamente fraco, o consequencialismo iluminista falha pelo seu sincretismo metodológico. É difícil identificar na argumentação do artigo de Barroso quais são seus efetivos pressupostos, e em razão disso é difícil compreender a natureza e a extensão de seu argumento sobre o tipo de atuação que o STF deve ter. Rubens Glezer aponta que o argumento de Barroso pode se desenvolver em sua versão mais forte se se reconhecer que as premissas e os argumentos do autor são, na verdade, positivistas. Barroso é positivista porque adota uma concepção de casos fáceis e difíceis cuja diferença reside na possibilidade de resolvê-los ou não através da subsunção entre regra/princípio e caso concreto.²⁸² Isso implica, necessariamente, que nos casos difíceis o juiz deve decidir discricionariamente – ou seja, decidir de modo não arbitrário, apesar de ter de pautar sua decisão por critérios extrajurídicos.

A maneira como Barroso argumenta sobre discricionariedade o aproxima da concepção positivista de Joseph Raz. Para Raz, quando o direito deixa de dar respostas e orientações claras para os casos concretos, o papel do juiz é o de procurar uma boa solução, que pode ser direcionada por um esforço interpretativo ou não.²⁸³ O uso da discricionariedade

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 33.

²⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 54 em diante.

²⁸² A concepção alternativa a essa seria supor que absolutamente todas as decisões sejam construídas argumentativamente, mas que em alguns casos esse esforço argumentativo é baixo, pois não envolve nenhum conflito moral mais substantivo. É esse o argumento de Ronald Dworkin em “The Law’s Empire”, em especial no cap. 9.

²⁸³ GLEZER, Rubens. “O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 155.

está legitimado pelo que Raz chama de “poderes dirigidos” – orientações das diretrizes jurídicas para que o juiz raciocine de determinada forma extrajurídica ao decidir casos concretos:

A questão a respeito do porquê e como os órgãos judiciais devem utilizar a interpretação como o modo correto de decidir casos ainda fica em aberto. Quando as decisões dos tribunais são inovadoras (i. e., não baseadas no respeito à autoridade), por que elas deveriam ser interpretativas?²⁸⁴ [tradução minha]

Em outras palavras, isso permite que o juiz tente decidir os casos concretos da forma que lhe pareça a melhor possível, sem estar preso a uma estratégia qualquer. No tópico “1.4.3. Interpretação e compreensão”, tracei um paralelo com o futebol: quais são os critérios que utilizamos para determinar o que é um bom juiz de futebol e se uma decisão foi acertada dentro desse campo? Nos casos claros, é o juiz que simplesmente aplica a regra. Nos casos difíceis, é o juiz que tenta ser justo e usa o bom-senso para sopesar as características individuais do caso, tomando uma decisão ad hoc capaz de ser reconhecida como a melhor para aquele caso. Nesse sentido, acredito que Barroso acerta na sua concepção sobre discricionariedade – embora seu argumento seja confuso e por vezes, inconsistente.²⁸⁵

Por outro lado, é preciso verificar a compatibilidade da concepção de discricionariedade de Barroso com a ideia de que os juízes devem decidir atendendo a “deveres de integridade e de coerência”²⁸⁶ – ou seja, decidirem de forma necessariamente interpretativa. A busca pela integridade da interpretação de um caso concreto em relação ao sistema jurídico como um todo é uma ideia desenvolvida por Ronald Dworkin, mas que só faz sentido se for aceita a tese da resposta correta (que Barroso rejeita).²⁸⁷

²⁸⁴ RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 298.

²⁸⁵ ARGUELHES, Diego Werneck. “Legitimidade do STF e razão jurídica”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 91: “Ao considerar que a convergência entre o conteúdo das decisões e a vontade da população é um critério relevante de análise, Barroso cria um problema: quando representar ‘por argumentos’ é, no fundo, chegar ao resultado que a população quer, fica difícil dizer que estamos diante de ‘representação argumentativa’ de verdade. Por outro lado, se não se trata de utilizar argumentos com os quais as pessoas concordem, mas sim ‘argumentos corretos’ de acordo com algum parâmetro outro de interpretação constitucional, não fica claro qual o papel da opinião pública no modelo. No fim das contas, continuamos sem saber como identificar os erros e excessos do juiz.”

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 46.

²⁸⁷ Para uma reconstrução do debate contemporâneo sobre a tese da resposta correta, ver o capítulo “3. O entrelaçamento da ‘resposta correta’ e os ‘deveres de integridade’” em GLEZER, Rubens. “O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017

Como Barroso argumenta por uma tese da discricionariedade apenas para algumas hipóteses de interpretação, sua teoria parece mais compatível com o positivismo exclusivo²⁸⁸ de Joseph Raz. A partir disso, Glezer argumenta que é possível retirar dois pressupostos razianos que ajudam a dar mais clareza ao argumento de Barroso.

O primeiro deles é de que discricionariedade judicial ocorre pela ambiguidade dos termos jurídicos conjugada ao fato de que certos casos concretos não permitem que certos valores morais sejam aplicados de forma harmônica. O segundo deles é que sociedades contemporâneas – por serem plurais e multifacetadas – possuem valores incompatíveis e incomensuráveis entre si. A conclusão, a partir desses dois pressupostos, é de que o juiz deve visar a alcançar o melhor resultado prático moral, ainda que isso signifique ir contra o que estabelece o direito.²⁸⁹ Se Barroso aceita esses pressupostos, a concepção de ativismo judicial que ele sustenta não é centrado na interpretação, mas num raciocínio político.

Raciocinar politicamente, nesses termos, não significa um abandono completo das regras jurídicas. Barroso advoga por um processo decisório que ancora sua legitimidade na qualidade das consequências obtidas, e adota uma concepção instrumental de racionalidade para isso.²⁹⁰ Em diversas passagens, Barroso argumenta que “a jurisdição constitucional [...] tem servido bem ao país”,²⁹¹ ou quando fala sobre a decisão do STF que determinou a perda de mandato do parlamentar que mudasse de partido – “embora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, [...] fora de dúvida [...] atendeu a um anseio social que não obteve

²⁸⁸ Positivistas exclusivos argumentam que os fatos sociais são necessariamente os únicos critérios possíveis para a identificação da existência e conteúdo do direito, de modo que, para esses filósofos, a moralidade nunca pode figurar entre tais critérios. Como a discricionariedade é o campo de decisão com elementos extrajurídicos, não há problema algum em usar a moral para decidir casos jurídicos. Ver RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 1999, cap. 10. O positivismo exclusivo se contrapõe ao positivismo inclusivo, segundo o qual “padrões de moralidade política [...] podem e devem ser e efetivamente são utilizados de diversas formas nas tentativas de determinar a existência, o conteúdo e significado das leis válidas.” WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 1999, p. 2.

²⁸⁹ Glezer extrai esses pressupostos a partir de uma leitura geral de três obras de Raz. RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2010. RAZ, Joseph. *Engaging reason: on the theory of value and action*. Oxford: Oxford University Press, 2002. RAZ, Joseph. *The practice of value (The Berkeley Tanner Lecture)*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

²⁹⁰ Fernando Leal elabora uma excelente crítica às três estratégias de justificação que Barroso desenvolve no decorrer de seu texto. Na seção “3.3. A legitimação pelos fins”, em especial, ele se debruça sobre a concepção instrumental de racionalidade adotada por Barroso. LEAL, Fernando. “Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de ‘A razão sem voto’”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 46.

²⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 65.

resposta no Congresso”.²⁹² Isso sem falar em alguns de seus votos como ministro, como aquele que citei anteriormente. Mas será esse o melhor caminho?

Acredito que os três tipos de consequencialismo a que fiz referência perdem de vista a causa-raiz do problema: com frequência, juízes tentam resolver problemas de natureza distributiva a partir de uma lógica comutativa. Isso se deve às razões que Pargendler e Salama apontaram: a mudança institucional nos papéis desempenhados pelo Poder Judiciário – decorrente do triunfo da ideologia progressista – não foi acompanhada por uma reflexão sobre os tipos de racionalidade envolvidas na justificação de políticas públicas, de um lado, e na aplicação concreta pelos juízes dessas regras, de outro. Na minha visão, a tentativa brasileira de conciliar essas mudanças foi a argumentação a partir de princípios. Mas como essa tentativa não veio acompanhada de uma devida reflexão sobre as racionalidades envolvidas, nem uma atenção devida à internalização de conflitos distributivos em diversas áreas do direito, o que vemos é uma argumentação consequencialista fraca, não condizente com os limites de racionalidade (e por consequência, institucionais) que o direito impõe.

2. UMA PROPOSTA: CONSEQUENCIALISMO MALANDRO

Dediquei este trabalho à memória de Luis Fernando Schuartz, um dos juristas contemporâneos mais brilhantes do Brasil. A ideia de escrever uma dissertação sobre consequencialismo jurídico veio depois que li “*Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*”, do Schuartz.²⁹³ Esse artigo abriu meus olhos para um debate importante: parece evidente que devemos levar em conta as consequências de nossas ações em geral, por uma questão de responsabilidade. Todos têm responsabilidade em relação às consequências previsíveis de suas ações, e juízes não são exceções a isso.²⁹⁴ Por outro lado, algumas ações são simplesmente erradas, não importam quais sejam suas consequências, previsíveis ou não. Um tipo de consequencialismo que contenha certas limitações ao seu próprio princípio e leve em conta elementos importantes da psicologia moral – como a

²⁹² BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 59.

²⁹³ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁹⁴ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 111: “Responsability generally attaches to persons for the foreseen and foreseeable consequences and outcomes of their actions, and judges are no exception. We cannot conceivably speculate on all the things that will or might possibly happen if people react in some way or another to a new ruling in law. We can, however, at least realize that they are entitled to take the law to be as a court has ruled it to be.”

intencionalidade – parece ser o caminho a se seguir. Alguém poderia argumentar que, nesse caso, já não estaríamos falando de “consequencialismo” (por exemplo, Finnis chamaria isso de “proporcionalismo”). Embora concorde com a crítica, para os fins deste trabalho, proponho um “consequencialismo malandro”, inspirado na conceituação de Schuartz.

Se me fiz claro nas últimas seções, categorizei três tipos de consequencialismo no Brasil. O primeiro é o consequencialismo econômico, que Schuartz chama de consequencialismo festivo. O segundo é o consequencialismo social, que Schuartz chama de consequencialismo militante. O terceiro é o consequencialismo iluminista, uma espécie de desenvolvimento do consequencialismo social, mas teoricamente e metodologicamente mais robusto. Os três modelos adotam uma concepção instrumental de racionalidade, e minha proposta é um tipo de consequencialismo que, por um lado, adote uma concepção não-instrumental de racionalidade, e por outro, não envolva uma lógica de probabilidades, o qual chamarei de “consequencialismo malandro”.

Disse na Introdução deste trabalho que o juiz caxias é aquele legalista, que considera que o papel do jurista se inicia apenas e tão somente após a entrada em vigor da lei, e que o jurista deve se limitar a fazer considerações apenas em relação à literalidade dos dispositivos. A discussão sobre consequencialismo é simplesmente inexistente para o juiz caxias. Nenhum jurista contemporâneo relevante leva essa concepção a sério.

O juiz renunciador é quem tenta subverter a ordem, mesmo que isso signifique descumprir regras claras. Aqui entram o consequencialismo social e o consequencialismo iluminista (o consequencialismo militante, na expressão de Schuartz), e o próprio consequencialismo econômico (a exceção é a versão regulatória desse tipo de consequencialismo).

O juiz malandro é aquele que consegue navegar dentro da ordem de maneira criativa e inovadora. Com frequência, o juiz malandro pode parecer renunciador, mas a diferença está no domínio da dogmática e no pleno entendimento das possibilidades que as regras trazem. Além disso, dentro da concepção que estou construindo, o consequencialismo malandro tem como pressuposto uma concepção não-instrumental de racionalidade. O que isso significa?

Ora, se a natureza própria do direito exige que as decisões judiciais sejam universalizáveis, um tipo de consequência com a qual juízes devem se importar quando justificam suas decisões é justamente o fato de que, em situações semelhantes, a mesma

regra²⁹⁵ deveria ser aplicada. É a esse tipo de consequência que chamo de “consequência jurídica”.²⁹⁶ ela é lógica e necessária em qualquer justificação de qualquer decisão judicial.

Isso significa que é possível articular um consequencialismo que não seja constituído por uma lógica de probabilidades. Consequências sob o comportamento empírico das pessoas são relevantes para uma série de coisas, mas não são relevantes na justificação de uma decisão judicial. Vale destacar que o direito e as regras de direito não são causas de comportamento, no sentido das ciências duras. No máximo, eles são elementos importantes para a escolha das pessoas – e a maneira como as pessoas escolhem responder a esse elemento, que é mais um em meio a vários outros, é uma questão em aberto.

No primeiro capítulo deste trabalho, argumentei que há dois tipos de argumentos relevantes no direito: argumentos teóricos e argumentos práticos. Argumentos teóricos procuram estabelecer conclusões teóricas sobre como as coisas são, foram ou serão. Argumentos práticos procuram estabelecer conclusões práticas (normativas, prescritivas) sobre como as coisas deviam, devem ou deverão ser. A argumentação prática pode ser substantiva ou institucional.

A argumentação prática substantiva apela livremente a considerações externas ao direito para alcançar esse fim: argumentos morais, políticos, econômicos, sociais, etc. A argumentação prática institucional apela a regras e procedimentos previamente estabelecidos com o objetivo de justificar conclusões práticas publicamente. Na prática jurídica, o tipo de argumentação predominante é prática e institucional, pois a posição instituição de um juiz exige que suas decisões sejam justificadas institucionalmente.

Se profissionais do direito argumentam de modo predominantemente institucional, as razões para se considerar as consequências de uma decisão serão predominantemente institucionais. Há razões teóricas para se considerar as consequências de uma decisão? Não, porque embora a argumentação consequencialista se volte para o futuro, seu resultado é sempre uma condicionalização de como as coisas deverão estar.

Isso posto, a prática do direito exige que juízes levem em consideração as consequências lógicas que suas decisões têm. Essa exigência é compatível com a versão regulatória do consequencialismo econômico, explorado por Salama. Se entendida desta

²⁹⁵ Regra, aqui, não se refere apenas às regras de direito positivo. Para os fins deste trabalho, entendo regra como a medida da ação – é a regra quem dá sentido à ação.

²⁹⁶ A expressão não é minha, mas de Bernard Rudden, que numa crítica ao livro “Legal Reasoning and Legal Theory” sugeriu que aquilo que MacCormick chama de “consequências-como-implicações” fosse chamada de “consequências jurídicas”. MacCormick aceitou a sugestão e incorporou o termo em seus trabalhos posteriores. RUDDEN, Bernard. “Consequences”. *Juridical Review* 24, 193, 1979, pp. 197-199.

maneira, Pargendler e Salama acertam quando formulam a análise de consequências na hipótese de incidência da norma – enquanto condição de validade. Estão equivocados quando afirmam que isso exige uma ferramenta descritiva de mundo, porque o juízo aqui envolvido é propriamente jurídico: é a qualificação jurídica do que está “aí no mundo”.

Schuartz argumenta que o consequencialismo malandro é uma “estratégia argumentativa que se implementa necessariamente através da dogmática jurídica, mais especificamente, para a desconstrução e reconfiguração dos elementos da argumentação na forma requerida para a fundamentação dogmática da decisão buscada.”²⁹⁷ O consequencialismo malandro:

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.²⁹⁸

Volto ao exemplo que dei na Introdução deste trabalho. Quando Leônidas da Silva fez o primeiro gol de bicicleta certamente o árbitro imaginou que aquele lance fosse inválido. A genialidade de Leônidas está justamente no pleno domínio das regras do jogo, e na capacidade de inovar dentro das regras desse jogo. O gol de bicicleta foi uma malandragem, nesses termos. No direito, a malandragem requer um amplo conhecimento da teoria do direito e da dogmática jurídica, e uma capacidade de articulação e inovação dentro desses parâmetros – e da limitação institucional que a posição de um juiz exige.²⁹⁹

É isso que Fábio Konder Comparato parece dizer quando defende o “avesso do direito”: uma das maiores ferramentas de inovação no direito é a capacidade de articular institutos jurídicos já positivados através de interpretações não majoritárias.³⁰⁰ Destaco novamente um dos trechos da epígrafe de meu trabalho:

Consequencialismo com dogmática demanda um certo domínio do material

²⁹⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 415.

²⁹⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 415.

²⁹⁹ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 418: “Na malandragem, cada nova criação passa pela reordenação intelectual de todos os elementos necessários para possibilitar encaixes sem maiores atritos, incluindo a interpretação de normas gerais e precedentes direta e indiretamente aplicáveis, além da compreensão do sentido de antigas categorias dogmáticas.”

³⁰⁰ COMPARATO, Fábio Konder. “O direito e o avesso”. *Estudos Avançados* 23, 67, 2009.

jurídico. Talvez por isso seja característica dos melhores juristas brasileiros a capacidade para operar com fluidez nessa intersecção, inclusive quando tal capacidade deva manifestar-se enquanto criação de novas figuras dogmáticas que permitam resolver um caso no sentido desejado e contrariamente à maneira até então predominante de solução jurídica de casos semelhantes. É a essa hipótese que se refere a expressão “consequencialismo malandro”.³⁰¹

Isso significa que, para além das consequências lógicas que a prática do direito exige, certos ramos no direito admitem uma análise consequencialista mais profunda. Isso depende da área do direito e dos bens envolvidos, e essa análise está necessariamente limitada pelas regras jurídicas. Um bom exemplo de área do direito que tem a análise consequencialista como regra constitutiva da sua prática é o direito tributário. Tathiane Piscitelli fez uma ótima análise do direito tributário e da argumentação consequencialista a partir da mesma perspectiva teórica que adota.³⁰² Para ela, a prática do direito impõe limitações às considerações consequencialistas também no direito tributário, e a tese que ela adota é de que as consequências importantes são aquelas que podem ser universalizáveis.

Falar sobre consequencialismo no Brasil passa, necessariamente, por falar sobre princípios. Qual o papel dos princípios nesse debate? E qual a relação desse debate com o consequencialismo? É esse o objeto dos dois próximos tópicos.

2.1. Princípios e regras

Já disse neste trabalho que a mudança institucional ocasionada em razão do triunfo da ideologia progressista não foi acompanhada por uma reflexão sobre os tipos de racionalidade envolvidas na justificação de políticas públicas, de um lado, e na aplicação concreta pelos juízes dessas regras, de outro. A tentativa brasileira de conciliar essas mudanças foi a argumentação a partir de princípios. Isso desloca, em parte, o fórum de disputa política do Poder Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.³⁰³ Por outro lado, isso não foi acompanhado de uma reflexão devida sobre os diferentes tipos de juízo envolvidos nos diferentes Poderes. Neste tópico, argumento que não há diferença de natureza lógica entre regras e princípios. Na verdade, a argumentação a partir de princípios é uma

³⁰¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 414-415.

³⁰² PISCITELLI, Tathiane. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2012.

³⁰³ Ver, entre tantos outros: ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. "1988:2018: Trinta anos de constitucionalização permanente". In: MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, Andre Portela. (Org.). *A Carta. Para entender a Constituição brasileira*. 1ed.São Paulo: Todavia, 2019, v. 1, p. 13-52. ARANTES, Rogério B. "Judiciário: entre a Justiça e a Política". In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3ed.Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2015.

tentativa de lidar com conflitos de natureza distributiva, que cada vez mais são levados ao Poder Judiciário. Acredito que essa discussão ajuda a esclarecer a relação entre princípios e consequencialismo, e me ajudará a definir os caminhos de interpretação do art. 20 da LINDB – objeto da próxima seção.

No Brasil, dois modelos de argumentação a partir de princípios são comuns: (i) o modelo de Ronald Dworkin,³⁰⁴ e (ii) o modelo de Robert Alexy.³⁰⁵ Ambos são partidários da tese de separação lógica entre regras e princípios. Em contraposição, há autores que consideram que essa diferença é apenas de grau ou de fundamentalidade.³⁰⁶

A tese de Dworkin é de que as regras têm uma dimensão de *validade* e, desta forma, são aplicadas em uma situação “tudo ou nada”: ou as regras valem, ou não valem.³⁰⁷ Os princípios, por sua vez, têm uma dimensão de *peso* e, desta forma, são aplicados por ponderação: numa situação de conflito de princípios, vale aquele que tiver mais peso na situação.³⁰⁸ Um princípio pode não se aplicar numa dada situação, mas continuará pertencendo ao ordenamento jurídico.

Para Alexy, a diferença entre princípios e regras também é de natureza lógica. Sua principal contribuição a esse debate foi desenvolver a ideia de princípios como mandamentos de otimização.³⁰⁹ Grosso modo, princípios seriam normas que determinam que algo deve ser realizado na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas possíveis.³¹⁰ Quando dois princípios se contrapõem num determinado caso, essa situação é resolvida por meio de um sopesamento. Daí a afirmação de que princípios expressam direitos e deveres *prima facie*: porque o que é devido numa dada situação depende do sopesamento de princípios eventualmente colidentes.³¹¹

³⁰⁴ Em especial, em *Taking Rights Seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

³⁰⁵ Em especial, em *Theorie der Grundrecht* (1985). Trad. Port. De Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁰⁶ Por exemplo, Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 49; Humberto Bergmann Ávila, *A distinção entre princípios e regras*, p. 167.

³⁰⁷ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 17 e 31.

³⁰⁸ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, p. 43.

³⁰⁹ SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, pp. 607-630.

³¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 75. A ideia de mandamento de otimização não significa que seja impossível que um princípio seja cumprido em sua inteireza, conforme sustenta Fábio Konder Comparato, “As garantias institucionais dos direitos humanos”, *Boletim dos Procuradores da República* 40, 2001, pp. 5 e 8, nota 4. Princípios podem, sim, ser realizados na medida máxima, isto é, em sua inteireza. Para que isso aconteça, basta que as condições fáticas e jurídicas, no caso concreto, sejam ideais. E a ideia de mandamento de otimização deve ser aplicada a cada caso concreto.

³¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 76. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, p. 51, denomina as regras de “comandos de definição”, em oposição aos princípios, chamados por ela de “comandos de otimização”. Parece-me que a expressão “comandos definitivos” ou, como usado neste trabalho, “deveres definitivos”, seja mais adequada para expressar a ideia presente nessa contraposição entre regras e princípios.

No Brasil, princípios também são definidos e entendidos como as normas mais fundamentais do sistema jurídico, e as regras seriam a forma positivada de concretização desses princípios (e nesse sentido, também postulam uma diferença lógica entre essas normas).³¹² Canotilho, em diversos trechos, fala de “princípios jurídicos fundamentais”, “princípios políticos constitucionalmente conformadores”, “princípios constitucionais impositivos”, “princípios-garantia”.³¹³ Jorge Miranda fala de “princípios axiológicos fundamentais”, “princípios político-constitucionais” e “princípios constitucionais instrumentais”.³¹⁴ José Afonso da Silva fala de “princípios constitucionais fundamentais” e “princípios constitucionais gerais”.³¹⁵ Luís Roberto Barroso fala de “princípios fundamentais”, “princípios gerais”, “princípios setoriais”.³¹⁶

Tanto em Dworkin quanto em Alexy, princípios não dizem respeito à fundamentalidade das normas. Muitos estudos feitos iniciam com a distinção feita por Dworkin e Alexy, para em seguida fazerem uma classificação a partir dos termos que destaquei nos autores brasileiros – e não raro, concluem que todas as distinções estão corretas e podem ser utilizadas.³¹⁷ Não pretendo esgotar a discussão sobre princípios e regras, apenas pontuar que, ao contrário do que esses autores argumentam, não há diferença do ponto de vista lógico (ou do ponto de vista do juízo envolvido) entre princípios e regras, sejam elas entendidos como tendo uma dimensão de peso, como mandamentos de otimização, ou como normas fundamentais do ordenamento.

Disse no primeiro capítulo que existem dois tipos de argumentos relevantes no direito: argumentos teóricos e argumentos práticos. Os argumentos práticos, por sua vez, podem ser substantivos ou institucionais. Quando dizemos que alguém furtou algo, transformamos um fato (a subtração do bem) em um crime (um ilícito jurídico).³¹⁸ Trata-se de converter um fato em um *tipo*: um fato específico dentro de uma classe descrita por alguma regra. Quando um juiz delibera sobre a licitude ou legalidade de uma ação ou estado de coisas, está deliberando o que fazer naquele caso e em todos os casos semelhantes, a partir

³¹² SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, p. 612.

³¹³ GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da constituição*, pp. 1038 e ss.

³¹⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, II, pp. 202 e ss.

³¹⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, pp. 97 e ss.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, pp. 147 e ss.

³¹⁷ Para um panorama completo, ver SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003.

³¹⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 31.

de regras e exercendo um juízo que é prático.³¹⁹ As normas e instituições jurídicas existem na prática, ou seja, nas ações dos sujeitos que as tomam como sentidos para sua ação.³²⁰

Isso significa que a dificuldade, na maior parte dos casos, não está na aplicação da regra, mas em saber se um determinado fato (uma ação ou um estado de coisas) sujeita-se a uma regra ou a outra. A distinção entre regras e princípios, nos termos anteriormente expostos, é de pouca valia nesse contexto.

Neil MacCormick argumenta que sobre os fatos podem ser levantadas duas espécies de questões: (a) questões primárias, sobre a existência empírica dos fatos; e (b) questões secundárias, sobre classificação ou interpretação dos fatos.³²¹ À parte questões empíricas sobre os fatos, em que as provas dão razões para se aceitar uma versão e não outra (e o juízo aqui é teórico), o que nos interessa são as questões secundárias. A dúvida sobre os fatos formula-se como um problema de interpretação ou classificação – e aqui o juízo é eminentemente prático.

Ele dá o exemplo de um caso de adultério. Provam-se certos fatos empíricos. Ainda assim, podem ser levantadas questões secundárias sobre os fatos: afinal, o que significa “adultério”? O caso particular se enquadra na categoria jurídica “adultério”? A primeira pergunta foi formulada como um problema de interpretação. A segunda pergunta foi formulada como um problema de classificação. MacCormick reconhece que não há distinção lógica entre os problemas de classificação e de interpretação, pois os juízos são logicamente a mesma coisa. Classificar significa dizer que certo fato, evento, conduta ou indivíduo está contido em uma classe definida em uma regra. Interpretar significa dizer que a classe inclui um fato, evento, conduta ou ser que se apresenta diante do sujeito.³²²

Classificar e interpretar são exemplos de constituição social da realidade. Os mesmos fatos empíricos podem ser, a depender da classificação que se adote, irrelevantes ou ilícitos.³²³ Isso só se sabe após um juízo. Lícitos e ilícitos são fatos institucionais, não

³¹⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista da Informação Legislativa* 40, 2003, p. 51.

³²⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo. *As palavras e a lei*, p. 36: “Formas de 'definir' o direito são, de fato, formas de constituir o campo jurídico. Tais formas de definir, como diz Searle, vêm em sistemas: é preciso perceber que essas definições se relacionam com outras estipulações e outras regras. O conceito de direito será uma definição estipulativa e virá acompanhada de uma forma (1) de organizar as fontes (estipular o que é ou não fonte), (2) de estruturar os códigos (criar partes gerais, proceder do geral para o particular) e (3) de definir uma justiça que posa ser o assunto do direito (o problema da justiça distributiva no direito moderno).”

³²¹ MACORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 86-98.

³²² José Reinaldo de Lima Lopes, em “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista de Informação Legislativa* 40 (2003), p. 53.

³²³ Acredito que a distinção entre princípios e regras não diz respeito à natureza normativa das duas categorias. Tanto regras quanto princípios, para serem aplicados, dependem da “construção da premissa menor”, que é

exatamente empíricos (no sentido vulgar): são fatos qualificados juridicamente. A subtração de um bem só se converte em furto quando assim classificada pela autoridade competente.

Tanto regras quanto princípios defrontam-se com problemas de classificação e interpretação. Sempre é preciso verificar a pertinência do caso em específico à classificação devida. É em razão disso que MacCormick nega, diversas vezes, que os princípios sejam essencialmente diferentes das regras.³²⁴ Dizer que regras se aplicam de forma “tudo-ou-nada” e princípios se aplicam por ponderação é, na verdade, usar essas expressões de forma meramente metafórica. Princípios são, nesse sentido, apenas regras mais gerais.

De acordo com Lima Lopes, o processo de determinação das circunstâncias é exatamente o mesmo tanto para regras quanto para princípios.³²⁵ Isso significa que o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para aplicação das regras. Ao fim, são os fatos e suas circunstâncias que vão determinar se um princípio ou uma regra é o adequado para a solução de determinado caso. O juízo de subsunção de um caso tanto a uma regra

apenas a descrição de um fato. A premissa menor nunca é dada pura e simplesmente para o jurista. Ela também é construída, e para isso serve, por exemplo, o processo judicial – para estabelecer o juízo contido na premissa menor. Se o processo de determinação das circunstâncias é exatamente o mesmo tanto para regras quanto para princípios, o recurso aos princípios não elimina o trabalho mental exigido para aplicação de regras. Pode-se, no entanto, estabelecer uma diferença entre regras e princípios considerando-se princípios como regras superiores, das quais outras regras dependem. Princípios seriam regras constitutivas de um campo, na terminologia de John Searle, ou regras secundárias, na terminologia de H. L. A. Hart. Seriam, portanto, pontos de partida não demonstráveis, e não demonstráveis porque são evidentes. Afinal, uma definição não se demonstra, explica-se. Essa diferenciação, apesar de dotada de sentido, não afasta o problema do juízo, conforme apontado. Uma análise precisa e fundamentada sobre a questão do juízo jurídico em face da distinção entre princípios e regras é feita por José Reinaldo de Lima Lopes, em “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”, *Revista de Informação Legislativa* 40 (2003). Sobre essa questão ver também, no “Pós-escrito” de *O Conceito de Direito*, de H. L. A. Hart, o tópico “2. A natureza do positivismo jurídico”, item “(ii) Normas e princípios”. Segundo o autor, a diferença entre normas e princípios é apenas de grau [de certeza], e não crucial, como crítica Ronald Dworkin – essa é a crítica mais famosa ao livro, segundo a qual o autor teria desconsiderado o papel dos princípios no esquema de regras primárias e secundárias. Em nenhum momento Hart afirmou que a palavra “norma” significa apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase conclusivas.

³²⁴ Ver MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Ver também MACCORMICK, Neil. *Law as an Institutional Fact*, p. 73: “Let us see then how it may be possible to assert the existence of some principle within a legal system. To take again the example borrowed from Dworkin, let us ask what could make it true that the principle “no one may profit from his own wrong” is actually a principle, or could reasonably be said to be a principle, of a particular legal system at a particular time. There seem to be at least two conditions: first, that the goal of preventing malpractices aimed at securing some benefit under an ostensible legal title is supposed to be a goal worthy of pursuit by the persons concerned with the working of the legal system; and secondly, that there are some rules of law within the system which do have the effect of preventing individuals from achieving legal benefits by wrongful means in some specific contexts. If these conditions are met, it is reasonable to assert that the legal system does recognise the principle in question. In so doing one expresses a particular form of rational connection between the specific rules envisaged, namely that they are aimed at achieving the same purpose, and at the same time one states a norm which by its general character may justify the enunciation of new rules or new exceptions to established rules in new contexts. That is certainly what happens in *Riggs v. Palmer*; and if another example would be helpful may I refer you to the argument used in *Donoghue v. Stevenson* by Lord Atkin with a view to stating ‘the neighbour principle’ as the general basis to delictal or tortious liability for negligent acts, and hence as justifying the specific ruling about manufacturers’ liability handed down in the case.”

³²⁵ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003, p. 55.

quanto a um princípio é um juízo normativo – prático e institucional.

A bem da verdade, se entendermos princípios como as regras constitutivas de um campo – nos termos de Searle, de que tratei no primeiro capítulo deste trabalho – a distinção pode fazer sentido. Princípios constituíram a prática do direito, do qual outras regras dependem – e aqui, a distinção de *prática* e *ação submetida à prática*, de Rawls, é bastante útil. Lima Lopes afirma que esses princípios não são apenas jurídicos, mas também morais, pois são princípios de toda reflexão sobre a ação de um sujeito consciente.³²⁶ São morais e jurídicos porque são universalizáveis, não são simples preceitos de interesse para o sujeito.³²⁷ Aqui entram, por exemplo, o princípio da boa-fé, o princípio da não-contradição, o princípio da igualdade, e tantos outros. Princípios, nesse sentido, seriam pontos de partida não demonstráveis, e não demonstráveis porque são evidentes. Em outras palavras, não são demonstráveis porque não há o que se demonstrar – afinal, uma definição não se demonstra, explica-se.³²⁸

No Brasil, acredito que o debate sobre regras e princípios perdeu de vista a questão mais importante: princípios têm sido entendidos como regras de distribuição, em contraposição a regras de comutação – que têm sido definidas como *regras* propriamente.³²⁹ Não é à toa que o debate sobre princípios é bastante relevante no direito constitucional.

³²⁶ Gosto de uma frase da série “The Good Place” (que é filosoficamente robusta e um passatempo ótimo): “Principles are not principles when you pick and choose when you are gonna follow them”.

³²⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003, p. 54.

³²⁸ MACCORMICK, Neil. *Law as an Institutional Fact*, p. 73: “Yet when we see, as I have tried to show, how the necessary flexibility of the law depends upon the elaboration and acceptance of arguments from policy and from principle, we see at the same time why the concept of law cannot be tied down to being simply an institutional concept in the philosophical sense, covering simply the criteria of validity and the rules valid in terms of them. We neither have criteria of validity for legal principles, nor therefore a distinction between valid and invalid principles of law. Certainly, there is a relationship between legal principles and legal rules or institutions; principles express the underlying purposes of detailed rules and specific institutions, in the sense that they are seen as rationalising them in term of consistente coherent and desirable goals. Thus, legal principles are the meeting point of rules and values.”

³²⁹ Na seção “2. O sentido do direito” do primeiro capítulo deste trabalho, tratei sobre o tema da justiça. Retomo brevemente o que disse lá: parto da distinção de Aristóteles, que diferencia duas concepções de justiça particular: uma distributiva e uma corretiva. Há uma justiça que se manifesta nas distribuições de honras, dinheiro ou outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição de um todo. A essa justiça comumente a chamamos de distributiva, e ela segue uma “proporção geométrica”, pois cada cidadão recebe na proporção de seu mérito. O que constitui o mérito, no entanto, é controverso: democratas o identificam com o status dos homens livres, apoiadores de regimes oligárquicos com riqueza (ou com algum título nobre), e apoiadores da aristocracia com a excelência. Há uma justiça que exerce um papel corretivo nas transações entre indivíduos. A essa justiça comumente chamamos corretiva ou comutativa, e ela segue uma “proporção aritmética” - a ideia é que a igualdade seja mantida, para que ninguém tenha muito ou muito pouco. Em transações voluntárias – como uma compra e venda – a igualdade é mantida quando as coisas permutadas têm igual valor. Em transações involuntárias, por outro lado – como roubo, assassinato – o montante necessário para restaurar a igualdade deve ser retirado de um e dado a outro.

Afinal, as constituições contemporâneas são grandes repositórios de regras distributivas.³³⁰ O problema é que conflitos distributivos cada vez mais têm sido inseridos na agenda do direito, e com frequência juristas não sabem pensar sobre isso. Isso leva a falsas soluções jurídicas, que colocam em risco a vida democrática e a legitimidade institucional dos Poderes. Lima Lopes tem apontado esse problema em diversos trabalhos.³³¹ Destaco um trecho em especial:

As regras de distribuição determinam o que é o seu de cada um e criam certas “esferas de justiça”. Na esfera da contribuição para a manutenção do Estado, a regra adequada é a capacidade econômica: quem mais tem mais contribui. Na esfera da obtenção dos benefícios sociais, a regra pode ser contrária: quanto menor a capacidade econômica, maior o benefício. As regras são contraditórias? Não se observarmos que se dirigem a “esferas” distintas, ou melhor, que criam esferas distintas. De toda maneira, as regras constitucionais distribuem poder e posições sociais e as distribuem desigualmente em função de ou tendo em vista certos objetivos. Algumas distribuem de maneira universal e igual certas posições: por exemplo, a que garante a liberdade e a autonomia de qualquer sujeito de direito (pessoa humana) no que diz respeito ao gozo dos direitos. Outras permitem que os sujeitos sejam (e devam ser) diferenciados. Por exemplo: menores de 16 anos não votam. Significa que não têm direitos ativos na esfera política (dos mecanismos de deliberação sobre as coisas coletivas e das decisões coletivizadas). Menores de 16 anos precisam de “representantes” legais, pois não podem por si exercer seus direitos. Os exemplos poderiam ser multiplicados, mas a ideia importante é que nas Constituições o que se chama muitas vezes de princípios são na verdade regras de distribuição.³³²

Aplicar regras de comutação é diferente de aplicar regras de distribuição não porque haja uma diferença lógica ou de natureza entre elas, mas porque o objeto ou o conflito sobre o qual incidem é diferente. Nesse sentido, não se trata de “sopesar” ou de “otimizar” qualquer coisa, e sim de aplicar a regra devida à situação devida. O juízo, portanto, é o mesmo.

As questões distributivas antecedem logicamente as questões comutativas: só se pode trocar aquilo que já foi distribuído e, portanto, está individualizado. A questão da distribuição envolve discussões morais e éticas – ou seja, além de juízos práticos institucionais, aqui também entram juízos práticos substantivos. Claro, isso depende do que se está discutindo – do bem envolvido e da área do direito de que estamos falando.

Se encararmos o argumento de Pargendler e Salama no que diz respeito à transição

³³⁰ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003, p. 61.

³³¹ Para citar apenas alguns exemplos: LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003. LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003. LIMA LOPES, José Reinaldo. “Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição”. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, São Paulo: Editora Método, 2010. LIMA LOPES, José Reinaldo. “Raciocínio jurídico e economia”. *Revista de Direito Público da Economia* 8, 2004.

³³² LIMA LOPES, José Reinaldo. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003, p. 61.

do modelo de argumentação como uma descrição do que aconteceu, eles estão corretos. Se encararmos como uma posição normativa – o que também parece ser o caso – eles estão equivocados. Os autores argumentam que a correta aplicação dos princípios mediante o teste da proporcionalidade implica na análise de dados empíricos ou de juízos probabilísticos sobre os efeitos concretos de diferentes normas, e não mais apenas na interpretação de normas abstratas.³³³ Houve uma mudança institucional que levou o Poder Judiciário a ser um “aplicador de princípios e implementador de políticas públicas.”³³⁴ Isso marca “a integração das consequências da norma como elemento que determina a validade ou incidência da norma ao caso concreto. Isto é, a norma incidirá ou não a depender de suas presumíveis consequências futuras.”³³⁵

A integração das consequências da norma como elemento que determina sua validade ou incidência não tem a ver com a natureza da norma em questão.³³⁶ Como já argumentei, regras e princípios têm a mesma natureza lógica. Esse debate, e a própria maneira como Pargendler e Salama articularam o argumento, deixa a questão principal numa penumbra: regras distributivas exigem algum tipo de análise consequentialista?

2.2. Regras distributivas e consequentialismo

A prática do direito exige que juízes considerem as consequências lógicas de suas decisões. Ou seja, ao decidir um juiz deve levar em conta que a regra que aplica ao caso deve ser universalizável. Por outro lado, uma consequência desse tipo será inaceitável quando causar alguma injustiça. Em outras palavras, uma consequência desse tipo será inaceitável caso falhe em se adequar àquela virtude que é própria do direito. As consequências lógicas devem ser analisadas independentemente de as regras envolvidas serem comutativas ou distributivas.

Alguns tipos de conflitos distributivos são tipificados a partir de regras que têm certas

³³³ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 119.

³³⁴ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, p. 122.

³³⁵ PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”, *RDA – Revista de Direito Administrativo* 262, 2013, pp. 122-123.

³³⁶ SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro:

Renovar, 2005, p. 218: “O problema com a ‘fórmula da ponderação’ está menos na sua aptidão para modelar adequadamente o ‘balanceamento’ de princípios tal como levado a efeito por juízes e tribunais e mais no que ela pressupõe quanto à obtenção dos dados necessários para que possa efetivamente ser aplicada. O problema, noutras palavras, não está no lado dos resultados nem na definição da ‘regra de transformação’ que a fórmula exprime, mas em como assegurar o acesso aos valores concretos das variáveis relevantes que servem de dados para efetuar os cálculos da maneira especificada na fórmula.”

consequências como constitutivas dessa prática. A partir de Lima Lopes,³³⁷ podemos falar de três tipos de conflitos. O primeiro deles diz respeito a questões de limitações de poderes, atribuições, funções e competências entre os diversos poderes do Estado – sejam os poderes tradicionais, sejam as novas agências e agentes, como as agências reguladoras, o Ministério Público, Mesa do Senado, entre outros.

O segundo deles diz respeito aos conflitos coletivos. Alguns grupos organizados reivindicam benefícios sociais ou individuais que sejam coletivamente fruíveis – como saúde, moradia, educação, transporte, etc. Nesses casos, a solução é uma política pública, e não propriamente uma decisão do Judiciário. Esses conflitos encontram no Judiciário um canal para visibilidade, mas dificilmente a solução dada por esse poder é justa, geral e legítima.

O terceiro tipo de conflito também é coletivo, mas tem uma aparência individual: chega ao Poder Judiciário um caso individualizado, com partes bem definidas e objeto delimitado. O problema é que chegam milhares casos desse tipo, todos individualizados. Desta forma, a adjudicação em um caso pode ter consequências em outros casos semelhantes.

O problema com regras jurídicas de justiça distributiva é que ela diz respeito à apropriação individual de recursos comuns, e pela sua generalidade, não podem ser definidas num caso só.³³⁸ Como o Judiciário só pode agir se provocado e no caso em questão (ressalvados, obviamente, os casos de controle de constitucionalidade do STF), decisões sobre conflitos distributivos podem ser injustas, por não tratar os casos que estão sob a mesma classe de maneira igual.

Num contrato é mais fácil de se determinar o que é devido a quem. Nas relações sociais, isso é mais difícil. Embora o Poder Judiciário possa dar visibilidade para esses casos – e esse aspecto é bastante positivo –, a solução que o Judiciário dá pode ser desastrosa do ponto de vista político e social.

2.2.1. *Os limites do Poder Judiciário*

Lima Lopes identifica seis limites importantes do Poder Judiciário para lidar com conflitos distributivos: 1) os limites da coisa julgada, 2) a legitimação política para decidir,

³³⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP* 21, 1994, pp. 22-33.

³³⁸ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP* 21, 1994, p. 29.

3) o processo contraditório bilateral, 4) a inércia institucional do Poder Judiciário, 5) o precedente, e 6) o aparelhamento insuficiente. Neste tópico, trato brevemente dessas limitações, e esclareço qual o papel do consequencialismo nos conflitos distributivos.

Os limites da coisa julgada. Em regra, a coisa julgada só tem efeito entre as partes de um caso – como se costuma dizer, a coisa julgada “faz lei entre as partes” – a menos que ela tenha efeito *erga omnes*. Conflitos distributivos dificilmente são resolvidos de maneira individualizada, apenas entre as partes envolvidas na lide. Por outro lado, eles podem ser usados como precedentes para outros casos, por isso é importante que juízes levem em consideração as consequências lógicas das suas decisões. Tais decisões têm um impacto sistêmico no ordenamento jurídico, para além dos efeitos nas partes do caso.

A legitimação política para decidir. Quando decidem, juízes estão atuando a partir de uma função institucional. Desta forma, atuam com uma série de limitações importantes, que a natureza do cargo lhes impõe. Ele está limitado pelas regras jurídicas, pela jurisprudência, pelo que lhe é trazido no caso em questão. Desta forma, ao decidir casos em bases individuais, o risco é julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva.

O processo contraditório bilateral. Em conflitos distributivos, o que se disputa é algo que não pode ser dado a uma parte ou a outra parte – como nos conflitos comutativos. Institucionalmente, o Poder Judiciário está pouco aparelhado para fazer justiça distributiva, já que foi desenhado para lidar com conflitos individuais, bilaterais, e de soma zero. Muitos conflitos distributivos não podem ser reduzidos a conflitos individuais, porque isso deturpa a sua própria natureza.

A inércia institucional do Poder Judiciário. O Poder Judiciário só atua mediante provocação dos interessados. Nos conflitos distributivos, se uma parte provoca o Judiciário e outra não, pode acontecer uma injustiça. A falta de meios, de conhecimento, de acesso à justiça, pode significar uma jurisprudência construída a partir da exclusão de certas classes que não têm acesso ao Judiciário.

O precedente. O precedente é o “romance em cadeia”³³⁹ que é construído a partir de uma série de decisões judiciais com a mesma *ratio decidendi*.³⁴⁰ Nesse sentido, em se tratando de *ratio decidendi*, o que importa são as razões e justificações (a linha argumentativa) que levam a uma decisão. A autoridade do precedente está em sua *ratio decidendi* mais do que na própria solução dada ao problema de direito. A ideia de *ratio* é importante porque decisões judiciais frequentemente são acompanhadas por variadas justificações de variada importância. Os precedentes, portanto, necessariamente limitam a atuação dos juízes – tanto do ponto de vista de racionalidade quanto do ponto de vista institucional.

O aparelhamento insuficiente. Os conflitos distributivos exigem acesso a uma série de informações que vai além das limitações institucionais e burocráticas da organização dos tribunais. É preciso acesso a informações mais precisas sobre a realidade (questões envolvendo meio ambiente, economias do compartilhamento, etc.) exigem isso. Isso não significa que essas informações sejam cruciais para a determinação da validade da norma – como argumentaram Pargendler e Salama. Mas para a identificação do tipo e a determinação da regra jurídica em questão, o acesso aos fatos é importante – como é nas questões comutativas. A diferença é que nos conflitos comutativos, as partes levam esses fatos em juízo. Nos conflitos distributivos, isso é mais difícil.

³³⁹ Ideia desenvolvida por Ronald Dworkin em *Law's Empire*. Imagine que vários romancistas se juntam para escrever, cada um deles, um capítulo de um romance. O primeiro capítulo é escrito por um, o segundo por outro, e assim sucessivamente. O autor do segundo capítulo terá certas limitações de “ajuste”, e essas limitações tenderão a aumentar para os autores subsequentes. Isso porque o romance deve ter um sentido, e esse sentido só pode ser mantido caso todos os autores (com exceção do primeiro) respeitem (ou ajustem-se) ao que foi dito anteriormente. É possível extrair dessa analogia com a literatura duas dimensões de conduta ao intérprete. Primeiro, ele não pode adotar uma interpretação que reflita sua leitura individual da obra – à qual nenhum outro autor poderia chegar – pois isso significa fugir da própria ideia de romance em cadeia. Segundo, ele também deve escolher, entre as interpretações possíveis, aquela que se ajusta melhor à obra como um todo. Essas dimensões devem ser levadas em conta em todas as etapas da obra. Para uma descrição bastante clara da ideia de romance em cadeia, ver o livro *Ronald Dworkin*, de Guest, em especial as pp. 55-61. Para um desenvolvimento dessas ideias no contexto brasileiro, ver SANTOS, Maíke W. “O papel da *ratio decidendi* na construção de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 4, 1, 2017, pp. 140-159.

³⁴⁰ MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Vermont: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997, p. 338: “A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his[her] justification (or one of his[her] alternative justifications) of the decision in the case”. Definições bastante amplas também são adotadas por outros autores, como a de DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008; BUSTAMANTE, T. R. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, 2007; VOJVODIC, A. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 2012.

Os conflitos distributivos colocam uma série de limitações de atuação ao Poder Judiciário. Não tenho resposta para a maioria desses problemas, além da óbvia necessidade de reforma do Poder Judiciário. É preciso reformar a máquina pública de maneira a tornar o acesso às informações relevantes a um caso mais fáceis de serem obtidas. É preciso garantir o acesso ao Poder Judiciário, distinguir seus diferentes aspectos (acesso ao serviço, acesso à decisão, controle de publicidade da administração do aparelho) e aperfeiçoar a transparência da máquina judiciária.³⁴¹ É preciso preparar melhor os juízes para entender as diferenças entre conflitos comutativos e conflitos distributivos, e não cair na armadilha da falsa solução que o debate sobre princípios proporciona.³⁴²

No que diz respeito ao consequencialismo, em conflitos distributivos é ainda mais importante que juízes levem em consideração as consequências lógicas de suas decisões. Essa é uma questão de justiça, que garante a legitimidade de atuação do Poder Judiciário, já que a virtude que dá sentido a essa prática é justamente a justiça. Para cada ramo específico do direito, há regras constitutivas específicas, que eventualmente implicam a análise de um ou outro tipo de consequência. O direito constitucional e o direito tributário são bons exemplos disso. Essa consideração, no entanto, está limitada por todos os critérios que expus ao longo deste trabalho: pelas considerações de justiça de maneira geral, e pelas consequências lógicas, de maneira especial.

O quão claro precisamos ser em relação a esses critérios? Para responder a essa questão, finalizo este tópico com um trecho de MacCormick:

Portanto, a questão aberta à controvérsia está relacionada à clareza e auto-suficiência das regras, e não à possibilidade de se declarar, pelo menos de maneira moderadamente vaga e de textura aberta, as regras institucionais, consequenciais e terminativas relevantes. Quão claro, então, devemos supor que essas regras sejam? A resposta básica é: uma vez que leis são feitas para seres humanos, e não o contrário, ela deve ser tão clara quanto as necessidades do caso, não mais e não menos clara.³⁴³

Como disse no primeiro capítulo, traçando um paralelo com um árbitro de futebol, o bom juiz é aquele que, nos casos claros, simplesmente aplica a regra. Nos casos difíceis, é o juiz que tenta ser justo e usa o bom-senso para sopesar as características individuais do caso,

³⁴¹ LIMA LOPES, José Reinaldo. “Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP* 21, 1994, p. 33.

³⁴² Sobre isso, ver SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

³⁴³ MACCORMICK, Neil. *Law as an Institutional Fact*, p. 67: “Therefore the question open to dispute relates to the clarity and self-sufficiency of the rules, not to the possibility of stating at least in moderately vague and open-textured ways the relevant institutive, consequential and terminative rules. How clear then should we suppose these rules to be? The basic answer must be: since law was made for humans and by humans, not humans for or by the law, as clear as meets the needs of the case and no clearer.”

tomando uma decisão *ad hoc* capaz de ser reconhecida como a melhor para aquele caso.³⁴⁴

3. CAMINHOS DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LINDB

Em 2018, a Lei 13.655³⁴⁵ alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).³⁴⁶ A Lei 13.655 tinha como objetivo dar maior estabilidade e garantir maior controle sobre a administração pública. Houve algum debate em torno do projeto de lei, mas pouca atenção foi dada ao art. 20. O que se argumentou foi que o dispositivo traria mais segurança jurídica, na medida em que força os administradores públicos a decidirem sempre levando em conta as consequências de suas decisões. O art. 20 dispõe que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

A Lei 13.655/2018 foi redigida por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, dois conhecidos publicistas brasileiros.³⁴⁷ O art. 20 em específico parece ter sido direcionado a limitar a justificação de decisões a partir de princípios. Isso fica nítido se estivermos atentos aos diversos debates,³⁴⁸ artigos³⁴⁹ e eventos³⁵⁰ em que se discutiam essa lei quando ela ainda era um projeto. Destaco aqui um dos comentários que Bruno Salama fez, no contexto da discussão sobre o PLS 349/2015:

³⁴⁴ A concepção alternativa a essa, da qual eu discordo, supõe que todas as decisões judiciais são construídas argumentativamente, mas em alguns casos esse esforço não é significativo pois não existe um confronto moral substantivo. Esse é o argumento de Ronald Dworkin em “Law’s Empire”, em especial no cap. 9.

³⁴⁵ Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

³⁴⁶ Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942.

³⁴⁷ O projeto inicial, PL 349/2015, foi proposto pelo Senador Antonio Anastasia. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

³⁴⁸ “Segurança Jurídica e Direito Público – As Inovações da Lei 13.655/18”. Para mais detalhes, ver: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/eventos/evento-debate-seguranca-juridica-com-inovacoes-da-nova-lindb-20062018>. Acesso em: 27 dez. 2019.

³⁴⁹ LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/151”; SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”; MENDONÇA, José Vicente Santos. “Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari”. Todos esses artigos estão presentes em: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (org.). *Transformação do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

³⁵⁰ “Nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro deve modificar a aplicação de regras para instituições públicas”. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/noticia/nova-lei-de-introducao-normas-de-direito-brasileiro-deve-modificar-aplicacao-de-regras-para->>. O evento completo está disponível aqui: <<https://www.youtube.com/watch?v=2R-kHVPvQ8o>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

O projeto de lei de Anastasia sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, caput e § único).³⁵¹

O art. 20 da LINDB foi regulamentado pelo Decreto 9.830/2019,³⁵² e os dispositivos que importam para fins de interpretação do art. 20 são aqueles presentes nos três primeiros tópicos do decreto: (i) Motivação e decisão, (ii) Motivação e decisão baseadas em valores jurídicos abstratos, e (iii) Motivação e decisão na invalidação.

Para bem entender o art. 20, dois esclarecimentos são necessários. Em primeiro lugar, o que são “valores jurídicos abstratos”? Em segundo lugar, o que são “consequências práticas da decisão”?

Todo valor jurídico é, necessariamente, abstrato. Não existem valores concretos. O raciocínio jurídico é parte do raciocínio prático, toda decisão é necessariamente uma ação e, nesses termos, carece de sentido. No caso das decisões jurídicas, seu sentido é dado pela justiça. A depender do objeto ou do estado de coisas analisado, regras de justiça comutativa ou de justiça distributiva serão cabíveis. Isso exige, necessariamente, uma deliberação.

Onora O’Neill³⁵³ aponta que a tarefa da deliberação quase sempre se dá num contexto de múltiplos valores e compromissos envolvidos, e que a primeira tarefa do raciocínio prático é identificar quais são os compromissos mais significativos àquela ação em específico – que não comprometam os objetivos finais (os bens), mas que também levem à falha moral. Com frequência, isso significa abrir mão de algo, e requer algum tempo pensando sobre o assunto. Não há um algoritmo sobre o processo de deliberação, mas ela pode acontecer de maneiras melhores ou piores – isso vale para a vida moral, e vale também para o juiz justificando a sua decisão. Em outras palavras, quando decide, um juiz necessariamente está imerso numa série de valores (abstratos, por natureza).

Quando analisamos o decreto que regulamenta o art. 20, ele também pouco ajuda. O

³⁵¹ SALAMA, Bruno. “Chegou a hora de mudar a velha lei de introdução”. <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/chevou-a-hora-de-mudar-a-velha-lei-de-introducao-17062015>. Acesso em 24 dez. 2019. Acesso em: 27 dez. 2019.

³⁵² Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

³⁵³ O’NEILL, Onora. “Practical Principles and Practical Judgement”. *The Hastings Center Report* 31, 4, 2001, pp. 15-23.

§ 1º do art. 3º estabelece que “[p]ara fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.” Por definição, toda norma é uma regra geral e abstrata. É geral porque se aplica a todos os casos semelhantes, não é individualizada. É abstrata porque sua aplicação não se limita ao caso concreto individualizado – ela não existe de maneira empírica no mundo; sua realidade é institucional. Dos debates que aconteceram em torno do projeto de lei, podemos inferir que o que se pretendeu com esse dispositivo foi: toda vez que um juiz decidir com base em um princípio, ele deverá levar em consideração as “consequências práticas” da sua decisão. O que seriam tais “consequências práticas”?

O decreto que regulamenta este artigo, novamente, pouco ajuda. O § 2º do art. 3º estabelece que “[n]a 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.” Ou seja, o juiz está obrigado a apresentar as consequências práticas e previsíveis da sua decisão. A dúvida, no entanto, permanece: o que são “consequências práticas”?

No capítulo 2 deste trabalho categorizei tipos de argumentos consequencialistas. Partindo de MacCormick, dividi-os em: (i) atos e resultados, (ii) consequências causais e resultados subsequentes, e (iii) consequências jurídicas (ou lógicas).

Toda ação tem um resultado. Como uma decisão é um tipo de ação, ela certamente tem um resultado. Num sentido bastante genérico, podemos encarar uma consequência como resultado – mas uma terminologia desse tipo pouco ajuda no problema que estamos enfrentando. Se “consequências práticas” for o equivalente de “resultado”, tomadores de decisão estarão em maus lençóis: levar em consideração qualquer resultado que a decisão possa ter é impossível, já que é impossível identificar todos os resultados que uma ação venha a ter.

Se levarmos a sério a ideia de agência, há uma diferença conceitual importante entre alguém causar um estado de coisas S, e alguém causar um estado de coisas anterior a partir do qual um outro agente promova um estado de coisas S. Há uma diferença significativa entre um estado de coisas do qual uma decisão judicial está entre as condições necessárias ou pré-condições, e um estado de coisas de que a decisão é, ela mesma, a causa. O primeiro caso se trata de um efeito subsequente da decisão. O segundo caso é uma consequência

causal.³⁵⁴ Decisões judiciais necessariamente têm um resultado – no fim das contas, uma decisão judicial é uma ação – e pode ou não ter efeitos subsequentes e consequências causais.

Os efeitos empíricos que a decisão terá na vida concreta das pessoas podem ou não ser os mesmos (afinal, o futuro é contingente), mas fatos semelhantes devem ser tratados de maneira juridicamente semelhante – tudo o mais mantido constante. Um juiz não tem de levar em consideração os efeitos empíricos que a decisão possa vir a ter porque isso está simplesmente fora do seu controle e fora do seu papel institucional. As decisões dos juízes são, no máximo, elementos importantes para as escolhas que as pessoas fazem – e a maneira como as pessoas escolhem responder a esse elemento é uma questão em aberto.

Justificar uma decisão jurídica significa dar a ela razões universais ou universalizáveis, porque essa é uma exigência de justiça. Desta forma, se há algum tipo de consequência que seja necessária na argumentação jurídica, ela decorre da natureza própria e particular que a atividade de justificação e argumentação do direito tem.³⁵⁵ se a natureza própria do direito exige que as decisões judiciais sejam universalizáveis, um tipo de consequência com a qual juízes devem se importar quando justificam suas decisões é justamente o fato de que, em situações semelhantes, a mesma regra³⁵⁶ deveria ser aplicada. É a esse tipo de consequência que chamo de “consequência jurídica”:³⁵⁷ ela é lógica e necessária em qualquer justificação de qualquer decisão judicial.

Uma interpretação possível para o art. 20, nesses termos, é de que “consequências práticas” seja interpretada como sendo as consequências jurídicas (ou lógicas) da decisão.

³⁵⁴ Utilizo a expressão de Neil MacCormick, embora reconheça a problemática envolvida nela. Consequência causal, aqui, não assume o mesmo significado que as ciências duras, afinal, os conceitos usados para *descobrir* uma atividade social devem também *performar* essa mesma atividade – diferentemente das ciências duras. Por consequência causal me refiro (assim como MacCormick) a uma decisão judicial levando a (“causando”) um estado de coisas. Para uma análise mais profunda sobre compreensão e explicação nas ciências sociais, ver WINCH, Peter. “Social Science”. *The British Journal of Sociology* 7, 1, 1956, pp. 18-33. No tópico “1.1.1. Ação e intenção” falo com mais detalhes sobre as ideias de causalidade e intencionalidade.

³⁵⁵ MACCORMICK, Neil. “On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review* 58, 1983, pp. 249-250: “In fact, the very activity of justifying decisions by giving reasons for them will prove to be the source of the kinds of consequences that count. To justify a decision in law is to present in its support universalized or universalizable reasons. Good reasons for a decision cannot be ad hoc and for-this-case-only. Where we are not dealing with a decision which is an open-and-shut application of a pre-established rule, the court must explicitly or at least implicitly make and act upon some ruling on issues of law in dispute between parties and any such ruling has to be universal or generic in its terms. Both because of the institutional nature and setting of the practice of adjudication and because such a practice is properly governed at least by the principle of formal justice, to treat like cases alike, justified judicial decisions presuppose universalizable reasons or rulings in law that ‘cover’ the particular decision justified.”

³⁵⁶ Regra, aqui, não se refere apenas às regras de direito positivo. Para os fins deste trabalho, entendo regra como a medida da ação – é a regra quem dá sentido à ação.

³⁵⁷ A expressão não é minha, mas de Bernard Rudden, que numa crítica ao livro “Legal Reasoning and Legal Theory” sugeriu que aquilo que MacCormick chama de “consequências-como-implicações” fosse chamada de “consequências jurídicas”. MacCormick aceitou a sugestão e incorporou o termo em seus trabalhos posteriores. RUDDEN, Bernard. “Consequences”. *Juridical Review* 24, 193, 1979, pp. 197-199.

Como a LINDB é uma norma que, de certa forma, regulamenta outras normas, essa interpretação parece fazer sentido. O próprio caput do art. 4º do decreto que regulamenta a LINDB destaca que a “decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expreso, as suas consequências jurídicas e administrativas.”

Embora essa interpretação seja, a meu ver, a melhor, ela não resolve todos os problemas. O art. 20 foi feito para lidar com a “farrá dos princípios”,³⁵⁸ mas incorre no mesmo problema que aponteí na seção anterior: ignora os conflitos distributivos. Minha hipótese é de que a argumentação principiológica surge em razão inserção cada vez maior de conflitos distributivos no Poder Judiciário. Não há diferença, do ponto de vista lógico, entre a argumentação por princípios ou por regras. Desta forma, o art. 20 ataca a consequência do problema, e não sua causa. Esclarecer o tipo de consequência que cabe na aplicação do art. 20 não endereça o problema de conflitos distributivos serem cada vez mais comuns nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário. Em síntese, o art. 20 deve ser interpretado como uma diretriz que exige que juristas levem em consideração as consequências jurídicas (ou lógicas) de suas decisões. Isso não resolve os problemas que aponteí, mas parece ser uma alternativa para evitar que novos problemas sejam criados.

³⁵⁸ Para usar a expressão clássica de Carlos Ari Sundfeld, em “Princípio é Preguiça?”.

CONCLUSÃO

Benjamin Cardozo, importante jurista e ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, disse que assim como na literatura, na arte e no vestuário, há modas e estilos na teoria do direito.³⁵⁹ O consequencialismo tem ganhado certo protagonismo nos debates jurídicos brasileiros, tanto na academia quanto na prática cotidiana do direito. Se por um lado o que impulsiona esse protagonismo possa ser um certo modismo, não se pode negar que o tema é importante e pertinente.

O objetivo desta dissertação foi mostrar como um certo tipo de raciocínio consequencialista é decisivo na justificação de decisões judiciais, embora não seja qualquer tipo de consequência relevante para toda decisão judicial. Tentei categorizar quais tipos de consequências de uma decisão devem ser levadas em conta na justificação dessa mesma decisão a partir de uma concepção de razão prática e de raciocínio jurídico que não seja instrumental. Tentei não ignorar como juízes argumentam de fato – pois a argumentação consequencialista está aí, no dia a dia de todos os atores que lidam com o Poder Judiciário. Por outro lado, tentei escapar da falácia pragmática, segundo a qual o que é de direito é tão somente aquilo que decidem os tribunais.

Encaro o direito como um fato institucional porque ele não depende apenas da ocorrência de certos fatos ou eventos no mundo, mas também da aplicação de regras a esses fatos e eventos. É um fato porque existe – não empiricamente, mas institucionalmente. É institucional porque é um sistema de regras que dá sentido às ações submetidas a ele.

Não é porque não podemos prever ações e decisões no direito da maneira como fazemos em outros campos que ele não é previsível. É essa confusão, a meu ver, que muitos estudiosos e entusiastas das pesquisas empíricas em direito incorrem. Também incorrem nessa confusão aqueles que criticam o direito porque ele não dá ferramentas de previsibilidade como as de outras ciências. O ponto que quero destacar é que a previsibilidade das ações está sujeita às regras às quais tais ações estão submetidas. São as regras que determinam – não só, mas também – a regularidade das ações. Se tenho as regras do campo, consigo prever certas coisas. Mas é um esforço inútil tentar prever ações de um campo com base em regras de outro campo.

Para todas as regras, há alguns casos claros, e para algumas regras há muitos casos claros. Se não fosse assim, sistemas jurídicos não seriam capazes de fornecer orientações

³⁵⁹ CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 41.

para a conduta das pessoas – e o mundo real está aí para nos mostrar que isso não acontece. Um certo grau de imprevisibilidade nas decisões judiciais faz parte da sua natureza. Essa flexibilidade é, sem dúvida, uma fonte de discricionariedade judicial em casos difíceis. Por outro lado, essa dificuldade em se ter uma única interpretação possível não decorre apenas da natureza linguística do direito: algumas divergências surgem do conflito de valores e da finalidade a que determinada regra se propõe. Mesmo Hart, que articulava a imprecisão do direito em razão da “textura aberta da linguagem”, revisou sua posição para incluir que a imprecisão no direito também pode ter origem nos conflitos de valores e propósitos que os aplicadores do direito colocam.

O direito é um fato institucional, constituído por regras e com um tipo de previsibilidade de natureza diferente daquela das ciências duras. O sentido do direito é a justiça: ela é condição de inteligibilidade, uma regra constitutiva dessa prática. Adoto uma concepção aristotélica de justiça, e acredito que a distinção entre justiça distributiva e justiça comutativa é a raiz de uma série de confusões conceituais. No Brasil, houve uma mudança organizacional do modelo estatal brasileiro, lançando o Poder Judiciário à centralidade do arranjo político. Essa mudança organizacional levou a uma mudança no modelo de argumentação, que não foi acompanhada por uma reflexão sobre os tipos de racionalidade envolvidas na justificação de políticas públicas, de um lado, e na aplicação concreta dessas regras por juízes, de outro. Na minha visão, a tentativa brasileira de conciliar essas mudanças foi a argumentação a partir de princípios. Como essa tentativa não veio acompanhada de uma devida reflexão sobre as racionalidades envolvidas, nem uma atenção devida à internalização de conflitos distributivos em diversas áreas do direito, o que vemos é uma argumentação consequencialista fraca, não condizente com os limites de racionalidade (e por consequência, institucionais) que o direito impõe.

A argumentação jurídica diz respeito à maneira como profissionais do direito defendem publicamente suas conclusões. Essa argumentação não corresponde necessariamente ao que se passa na cabeça dos profissionais do direito, ou seja, não necessariamente corresponde ao processo psicológico que leva um indivíduo a aceitar determinada conclusão. Entender esse processo psicológico é importante para muitas coisas – para pensar em arquiteturas de decisão melhores e menos sujeitas a vieses, por exemplo. Mas para fins de justificação de decisões judiciais, o que importa são os processos lógicos de justificação. O apelo aos avanços da psicologia comportamental não nos ajuda a ter clareza sobre o disputado terreno conceitual da argumentação jurídica.

Para tentar entender como o debate sobre consequencialismo se dá no Brasil, identifiquei três modelos influentes. O primeiro é o consequencialismo econômico. O segundo é o consequencialismo social. O terceiro é o consequencialismo iluminista, uma espécie de desenvolvimento do consequencialismo social, mas teoricamente e metodologicamente mais robusto. Os três modelos adotam uma concepção instrumental de racionalidade, e minha proposta é um tipo de consequencialismo que, por um lado, adote uma concepção não-instrumental de racionalidade, e por outro, não envolva uma lógica de probabilidades. Chamei esse modelo de consequencialismo malandro, inspirado nos trabalhos de Luis Fernando Schuartz. O juiz que adota o consequencialismo malandro é o juiz malandro, que consegue navegar dentro da ordem de maneira criativa e inovadora.

As decisões que juízes tomam são ações, e enquanto tal, inserem-se no âmbito de discussão da razão prática. Quando decidem, juízes não decidem apenas um caso – uma ação monológica. Eles estão numa espécie de “valsa da jurisprudência”: decisões que precisam estar concatenadas e em sintonia, como numa valsa. Para compreender o sentido dessas decisões, e a partir disso decidir bem, é preciso ter o ponto de vista interno. É preciso não apenas compreendê-las a partir de suas bases (e aqui, o ponto de vista hermenêutico seria suficiente), mas ter essas regras como orientadoras da sua ação (no caso, a decisão judicial).

Se a natureza própria do direito exige que as decisões judiciais sejam universalizáveis, um tipo de consequência com a qual juízes devem se importar quando justificam suas decisões é justamente o fato de que, em situações semelhantes, a mesma regra deveria ser aplicada. É a esse tipo de consequência que chamo de “consequência jurídica”: ela é lógica e necessária em qualquer justificação de qualquer decisão judicial.

Isso significa que é possível articular um consequencialismo que não seja constituído por uma lógica de probabilidades. Consequências sob o comportamento empírico das pessoas são relevantes para uma série de coisas, mas não são relevantes na justificação de uma decisão judicial. As regras de direito não são causas de comportamento, no sentido das ciências duras. No máximo, eles são elementos importantes para a escolha das pessoas – mais um em meio a tantos outros. Se levarmos a ideia de agência a sério, há uma diferença conceitual importante entre alguém causar um estado de coisas S, e alguém causar um estado de coisas anterior a partir do qual um outro agente promova um estado de coisas S. Os efeitos empíricos que a decisão terá na vida concreta das pessoas podem ou não ser os mesmos (afinal, o futuro é contingente), mas fatos semelhantes devem ser tratados de maneira juridicamente semelhante – tudo o mais mantido constante.

A interpretação ao art. 20 da LINDB³⁶⁰ que propus é de que “consequências práticas” seja interpretada como as “consequências jurídicas” (ou lógicas) da decisão. A LINDB é uma norma que regulamenta outras normas, e desta forma tal interpretação parece fazer sentido. O art. 20 foi feito para lidar com a “farra dos princípios”, mas incorre no mesmo problema que apontei: ignora os conflitos distributivos. A argumentação principiológica surge em razão inserção cada vez maior de conflitos distributivos no Poder Judiciário. Não há diferença, do ponto de vista lógico, entre a argumentação por princípios ou por regras. Desta forma, o art. 20 ataca a consequência do problema, e não sua causa. Esclarecer o tipo de consequência que cabe na aplicação do art. 20 não endereça o problema de conflitos distributivos serem cada vez mais comuns nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário. Em síntese, o art. 20 deve ser interpretado como uma diretriz que exige que juristas levem em consideração as consequências jurídicas (ou lógicas) de suas decisões. Isso não resolve os problemas que apontei, mas parece ser uma alternativa para evitar que novos problemas sejam criados.

Acredito que meu trabalho possa contribuir com uma agenda de pesquisa relevante. Um possível campo de estudo dentro do tema do consequentialismo seria uma análise mais detida da jurisprudência – em especial, da jurisprudência do STF. O art. 20 da LINDB é bastante recente, e há um longo caminho de interpretação e consolidação de seus sentidos. Acompanhar a consolidação dessa jurisprudência parece um bom caminho para se evitar que o consequentialismo seja apenas mais um modismo da teoria do direito.

Outro campo de estudo interessante dentro do tema do consequentialismo é a teoria da legislação. Uma teoria da legislação conceitualmente robusta, ancorada no consequentialismo de regras, daria critérios e procedimentos mais claros para analisarmos as legislações, fugindo do debate acadêmico vulgar sobre esse tema – que com frequência focam apenas nos processos legislativos ou são investigações sociológicas conceitualmente fracas. A relação entre regras jurídicas e políticas públicas é um debate conceitualmente intrincado, mas com uma importância prática substancial.

Essas conclusões não podem e nem pretendem ser a última palavra sobre o consequentialismo no Brasil. Essa é uma discussão que se iniciou há pouco, mas vem constantemente se renovando – em especial com a entrada em vigor da Nova Lei de

³⁶⁰ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O que fornecei aqui é apenas um possível caminho. Acredito que um trabalho analítico-conceitual que reúna matérias relativas ao tema do consequencialismo, tentando percebê-las de modo unitário, permitirá dizer a quantas anda o direito brasileiro no que se refere ao tema do consequencialismo. Com isso, como disse na Introdução, poderá contribuir para os debates práticos – inserindo-se no círculo virtuoso de contribuição entre práticos e teóricos do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrecht* (1985). Trad. Port. De Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANSCOMBE, Gertrude. E. M. “Modern Moral Philosophy”. In: *Philosophy*, v. 33, n. 124, jan. 1958, pp. 1-19.

_____. “On Brute Facts”. In *Analysis* (18), 3, 1958.

ARANTES, Rogério B.; COUTO, Cláudio G. "1988:2018: Trinta anos de constitucionalização permanente". In: MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, Andre Portela. (Org.). *A Carta. Para entender a Constituição brasileira*. 1ed.São Paulo: Todavia, 2019, v. 1, p. 13-52.

ARANTES, Rogério B. "Judiciário: entre a Justiça e a Política”. In: AVELAR, Lucia; CINTRA, Antonio Octavio (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 3ed.Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2015.

ARGUELHES, Diego Werneck. “Legitimidade do STF e razão jurídica”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

ARISTÓTELES. *The Politics*. Edição e tradução para o inglês de Ernest Baker (NY, Oxford University Press, 1946), livro III, cap. Xii [1282b].

ARISTÓTELES. *Ethica Nicomachea V I-15 – Tratado da Justiça*. Tradução e comentário de Marco Zingano: texto grego de Susemihl e Apelt (Leipzig, 1912). São Paulo: Odysseus, 2017.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENNETT, J., 1989. “Two Departures from Consequentialism”, *Ethics*, 100: 54–66.
Broome, J., 1991. *Weighing Goods*, Oxford: Basil Blackwell. Skorupski, J., 1995. “Agent-

Neutrality, Consequentialism, Utilitarianism ... A Terminological Note,” *Utilitas*, 7: 49–54.

BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, São Paulo: Abril Cultural, 1979 (1789).

_____. *The Philosophy of Economic Science*, reimpressa em STARK, Werner. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, vol. 1.

_____. *Anarchical Fallacies*, reimpresso em *The Works of Jeremy Bentham*, publicado sob a supervisão de seu testamenteiro John Bowring (Edimburgo, William Tait, 1843), vol. 2.

_____. 1952–1954. *Jeremy Bentham's Economic Writings*, 3 vols., ed. W. Stark; London: Allen and Unwin.

BUSTAMANTE, Thomas. R. *Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica*. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, 2007.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CHANG, Y.; CHEN, K.; LIN, C.; LIU, Y. “Anchoring Effect in Real Litigation: An Empirical Study”, *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics* 744, 2016.

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.

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. “O direito e o avesso”. *Estudos Avançados* 23, 67, 2009.

COURTIS, Christian. “El Juego de los Juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, in: Christian Courtis (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.

CUTER, João Vergílio. “Objetividade e interpretação”. In: *Interpretação, desenvolvimento e instituições* (org. MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C.). Cadernos Direito GV 6, 3, 2009.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. São Paulo: Rocco, 1997.

DOWN, A., LYONS, P. M. “Natural observations of the links between attractiveness and initial legal judgements”. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 17 (5), 1991, pp.

541-547.

DANZIGER, S., LEVAV, J., AVNAIM-PESSO, L. “Extraneous Factors in Judicial Decisions”. *PNAS*, vol. 108 (17), 2011, pp. 6889-6892.

DRIVER, Julia, "The History of Utilitarianism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = /<<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

DUXBURY, N. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald M. “Is Wealth a Value?”, *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 191-226.

_____. “Law as Interpretation”. *Texas Law Review* 60, pp. 527-550, 1982.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 2011.

_____. *Fundamentos de Ética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FOOT, Phillipa. “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect.” *Oxford Review* 5, 1967.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers, 2009 [1947].

FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1963.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação – Aplicação do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GLEZER, Rubens. “O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso”. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. São Paulo: Almedina, 2003.

GRISEZ, Germain. “O primeiro princípio da razão prática”, *Revista Direito GV* 6, 3, 1, 2007.

HART, Herbert L. A.; HONORÉ, A. M. *Causation in the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1959.

- HART, Herbert. *Liberty and Morality*. California: Stanford University Press, 1963.
- _____. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HOOKER, Brad. *Ideal Code, Real World*, Oxford University Press, 2000.
- HOWARD-SNYDER, F., 1994. “The Heart of Consequentialism”, *Philosophical Studies*, 76: 107–29.
- HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Tradução de Débora Danowski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo, Editora UNESP, 2000.
- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1st ed., 2013.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado, 4ªed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.
- KENNY, Anthony. Uma Nova História da Filosofia Ocidental, vol. I, Filosofia Antiga. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, London: Palgrave Macmillan, 1936.
- KEYNES, John Neville. *The scope and method of political economy*. Londres: Macmillan, 1891.
- KRONMAN, Anthony T. “Wealth Maximization as a Normative Principle”. *The Journal of Legal Studies*, v.9, n.2, 1980, pp. 227-242.
- KRONMAN, Anthony. “Jurisprudence is not just a course. It’s the key to liberating the lawyer”, 4 *Learning & L*. 4 1977.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos (org.). *Transformação do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.
- LIMA LOPES, José Reinaldo. “Regla y Compas, o Metodología Para un Trabajo Jurídico”, in: COURTIS, Christian (Org.), *Observar La Ley*, Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- _____. “Entre a teoria da norma e a teoria da ação”, in *Norma, Moralidade e Interpretação* (org. STORCK, A.; LISBOA, W.). Porto Alegre: Linus Editores, 2009.
- _____. “Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática”, *RIL Brasília* 53, 212, 2016.

_____. “Aula inaugural”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (110) 2015.

_____. *As palavras e a lei*, São Paulo: Editora 34, 2004.

_____. *Responsabilidade civil do fabricante por fato do produto*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras”. *Revista de Informação Legislativa* 40, 2003.

_____. “Raciocínio jurídico e economia”. *Revista de Direito Público da Economia* 8, 2004.

_____. “Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição”. *Revista USP* 21, 1994.

MACCORMICK, N.; SUMMERS, R. *Interpreting Precedents: a comparative study*. Vermont: Dartmouth Publishing Company Limited, 1997.

MACCORMICK, Neil. “Law as an Institutional Fact”. In: MACCORMICK, N.; WEINBERGER, O. *An Institutional Theory of Law*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Practical Reason in Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. *H. L. A. Hart*. California: Stanford University Press, 1981.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACINTYRE, A. *After Virtue*. Indiana: University of Notre Dame Press, 1981.

MCINTYRE, Alison, "Doctrine of Double Effect", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect/>>.

MCNAUGHTON, D., and RAWLING, P., 1991. “Agent-Relativity and the Doing-Happening Distinction”, *Philosophical Studies*, 63: 167–85.

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.

MICHELON, Claudio. “Practical Wisdom in Legal Decision-Making”. *Edinburgh*

School of Law Working Paper Series 13, 2010.

MILL, John Stuart. *On Liberty* (Indianópolis, Hackett, 1978 [1859]), Trad. Bras. A *Liberdade / Utilitarismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional, II*. São Paulo: Coimbra Editora, 2013.

MOORE, G. E. *Principia Ethica*, Cambridge: Cambridge University Press, 1903.

MYERS, D. *Psicologia Social*. Porto Alegre: AMGH, 2014.

NAGEL, Thomas. *Uma breve introdução à filosofia*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. *The Myth of Ownership: taxes and justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

NINO, Carlos Santiago. *La Validez del Derecho*. Buenos Aires, Astrea, 1985.

O'NEILL, Onora. "Practical Principles and Practical Judgement". *The Hastings Center Report* 31, 4, 2001, pp. 15-23.

PARFIT, Derek. "Equality and Priority". In: *Ratio* 10, 1997, pp. 202–21.

PEREIRA, F. H. "Artigo 20". *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas* (org. PEREIRA, F.; ANASTASIA, A.), Brasília, 2015.

PISCITELLI, Tathiane. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2012.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. *Engaging reason: on the theory of value and action*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

_____. *The practice of value (The Berkeley Tanner Lecture)*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

_____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Nova York: Oxford University Press, 1999.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review* (64), 1955.

REGO, José Marcio. *Retórica na economia*. São Paulo: Editora 34, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social ou princípios do direito político* (1762). São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Coleção Os Pensadores).

RUDDEN, Bernard. "Consequences". *Juridical Review* 24, 193, 1979, pp. 197-199.

SALAMA, Bruno; PARGENDLER, Mariana. “Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método”. *RDA – Revista de Direito Administrativo* v. 262, 2013, pp. 95-144.

SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é ‘direito e economia’? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito”. *Artigo Direito GV (Working Paper)* 3, 2017.

_____. “The art of law & macroeconomics”. *University of Pittsburgh Law Review* 2, 74, 2012.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Maíke W. “O papel da *ratio decidendi* na construção de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Estudos Empíricos em Direito* 4, 1, 2017.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. In: MACEDO JR, R. P.; BARBIERI, C. H. C. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Consequencialismo judicial e incerteza jurídica. *Workshop Interpretação, Desenvolvimento e Instituições*, Caderno 29, pp. 132-128.

SEARLE, John. *The Construction of Social Reality*. Nova York: The Free Press, 1995.

_____. *Mente Linguagem e Sociedade*. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

_____. *Intencionalidade*. Rio de Janeiro: WMF Martins Fontes, 2002.

_____. *Speech Acts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. “How to Derive ‘Ought’ From ‘Is’”. *The Philosophical Review* 73, 1, 1964.

_____. *The Construction of Social Reality*. Nova York: The Free Press, 1995.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHAPIRO, Ian. *Os Fundamentos Morais da Política*, São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SHECAIRA, F.; STRUCHINER, F. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio/Contraponto, 2016.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso. “Princípios e regra: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003, pp. 607-630.

_____. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais* 798, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. “Princípio é preguiça?”. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, C.; JOLLS, C.; THALER, R. “A Behavioral Approach to Law and Economics”, *Stanford Law Review* 50, 1998.

TAYLOR, C. “To Follow a Rule”. In: TAYLOR, C. *Philosophical Arguments*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

van der Vossen, Bas, "Libertarianism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2019 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2019/entries/libertarianism/>>. Acesso em: 27 dez. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

VOJVODIC, A. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 2012.

WALUCHOW, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Clarendon, 1999.

WILLIAMS, Bernard. *Moral – Uma introdução à ética*, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WINCH, Peter. “Social Science”. *The British Journal of Sociology* 7, 1, 1956, pp. 18-33.

ANEXO I

