

O CONTEÚDO HERMENÊUTICO DO CONSEQUENCIALISMO CONTIDO NO ART. 20 DA LINDB E OS SEUS REFLEXOS NO DEVER PROCESSUAL DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Recebido em: 21/04/2023

Aceito em: 28/05/2024

DOI: 10.25110/rcjs.v26i2.2023-9559



Marco Bruno Miranda Clementino¹

Lucas José Bezerra Pinto²

RESUMO: Este trabalho analisa a literalidade, a sistematicidade e a finalidade do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), revelando o seu conteúdo hermenêutico para fins de uma melhor internalização das consequências na teoria da decisão judicial. Essa necessidade se mostra, em especial, porque, ainda que passados anos da vigência da Lei nº 13.655/2018, que introduziu essa novidade, não se criou, ao menos de maneira consolidada, técnicas e métodos que permitam a utilização do aspecto consequencial como parâmetro decisório. Nessa investigação, utiliza-se de um viés exploratório, de ordem predominantemente teórica, para jogar luz sobre a legislação, deslindando os pormenores do texto normativo. Isso permite traçar a concepção consequencialista adotada pelo ordenamento brasileiro: o consequencialismo ponderado, o qual se afasta do que denomina de consequencialismo forte e fraco, além de outras concepções mais radicais. Dessa forma, delimita-se a consequência como um parâmetro decisório de escolha normativa (principiológica), não sendo apta a afastar em si uma norma senão em prol de outra, não sendo prevalente nem não-prevalente em face dela, pois possível que uma norma mais consequencial supere uma outra norma menos consequencial, desde que haja motivação adequada. Assim o aspecto consequencial equaciona a argumentação, constituindo-se naturalmente num ônus específico de motivação, tais como os do art. 489 §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, que preenchem o dever geral de fundamentação constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal). Nesse sentido, esse não é um ônus posto à generalidade, mas um que é tanto maior quanto maior a abstração do princípio e o impacto consequencial da decisão judicial, sendo traduzido na fórmula: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, em que Arg seria o ônus argumentativo, direta e exponencialmente proporcional ao aumento da abstração do princípio-meio utilizado ($F(Abs)$) e ao aumento do impacto consequencial-fim da decisão judicial ($F(Con)$).

PALAVRAS-CHAVE: Art. 20 da LINDB; Consequencialismo; Dever de Motivação ou Fundamentação; Decisão Judicial; Consequência como Parâmetro Decisório; Conflito de Normas.

¹ Mestre (UFRN) e Doutor (UFPE) em Direito. Professor Adjunto da UFRN. Juiz Federal Auxiliar da Presidência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e Diretor do Foro da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Formador de Magistrados da ENFAM. E-mail: marcobrunomiranda@gmail.com

² Especialista em Processo Civil (Damásio/IBMEC) e Mestrando em Direito (UFRN). Procurador Federal junto à Advocacia-Geral da União no Distrito Federal. E-mail: lucasjbp@outlook.com

THE HERMENEUTIC CONTENT OF CONSEQUENTIALISM CONTAINED IN ART. 20 OF “LINDB” AND ITS REFLECTIONS ON THE PROCEDURAL DUTY OF MOTIVATION OF JUDICIAL DECISIONS

ABSTRACT: This work analyzes the literality, systematicity and purpose of art. 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB), revealing its hermeneutic content aiming a better internalization of the consequences in the theory of the judicial decision. This need is shown because, even years after the Law n° 13.655/2018, techniques and methods that allow the use of the consequentialism as a parameter of decision have not been created. In this investigation, an exploratory approach, predominantly theoretical, is used to explore the legislation, revealing the details of the normative text. This allows us to trace the consequentialist conception adopted by the Brazilian legal system: an intermediary consequentialism, which moves away from what it calls strong and weak consequentialism, in addition to other more radical conceptions. In this way, the consequence is delimited as a decision-making parameter of normative choice in hard cases, not being able to exclude a norm itself but in favor of another. Anyway, since there is adequate motivation, is possible that a norm with more consequences outperforms another with less consequences. Therefore, the consequences naturally constitute a standard of motivation, such as those of art. 489 §§ 1 and 2 of the Code of Civil Procedure, which fulfill the general duty of constitutional reasoning (art. 93, IX, Brazilian Federal Constitution). In this sense, this is not a standard placed on generality, but one that is greater the greater the abstraction of the principle and the consequential impact of the judicial decision, being translated into the formula: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, in that Arg would be the argumentative burden, directly and exponentially proportional to the increase in the abstraction of the principle used ($F(Abs)$) and to the increase in the consequential impact of the judicial decision ($F(Con)$).

KEYWORDS: Art. 20 from LINDB; Consequentialism; Duty of Motivation; Consequence as Decision Parameter; Standards.

INTRODUÇÃO

Com a introdução dos arts. 20 e subsequentes à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto Lei n° 4.657/1942 (daqui em diante nominada simplifcadamente como LINDB) pela Lei n° 13.655/2018, houve a internalização, ou pelo menos a disciplina, do aspecto consequentialista da decisão no ordenamento brasileiro. Evidentemente, e como não poderia deixar de ser em um tema tão sensível, ao mesmo tempo que a normatização atraiu severas críticas também ocasionou palavras elogiosas dos operadores, dos especialistas, da doutrina.

Bem verdade que qualquer discussão do tipo sempre será carreada de ideologias, pelas diversas compreensões de mundo, do que é e para que serve o direito. Contudo, e é fato, para o bem ou para o mal, as consequências hoje devem ser (pelo deve-ser) consideradas na confecção da decisão judicial. Passados alguns anos das alterações normativas, com a vigência dos dispositivos, no entanto, a falta de sistematização de

meios mais precisos pelos quais as consequências possam ser interiorizadas adequadamente no nosso sistema jurídico tem limitado os avanços que certamente eram pretendidos quando da elaboração do texto normativo.

O objetivo do presente artigo, nesse sentido, é analisar literal, sistemática e finalisticamente o dispositivo do art. 20 da LINDB, sobretudo nas suas repercussões processuais e hermenêuticas que circundam a teoria da decisão, com reflexos no dever de motivação dos provimentos judiciais. Para isso, desenvolve-se primordialmente um estudo qualitativo-doutrinário-teórico do mencionado artigo, buscando tanto uma melhor compreensão da moldura normativa ali substanciada como os modos de sua expressão no ordenamento jurídico como um todo.

Assim pautado, antes de tudo, descreve-se brevemente os pressupostos ético-filosóficos da concepção consequencialista para, em seguida, com esse dimensionamento, tratar-se propriamente dos conceitos, da finalidade e da natureza do art. 20 da LINDB. Mais à frente, trabalha-se a sua projeção hermenêutica-processual, categorizando-se o modelo brasileiro de consequencialismo, a sua faceta procedimental, e demonstrando a sua forma e modo de inserção nos potenciais conflitos normativos emergentes. Ao final, esboça-se uma fórmula equacional-interpretativa que permita a aplicação plena do art. 20 da LINDB.

1 PRESSUPOSTOS ÉTICO-FILOSÓFICOS DO CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

O consequencialismo, por mais que somente tenha recebido expressão jurídica positiva no direito brasileiro recentemente, se entrelaça com um conjunto de escolas e movimentos éticos, filosóficos e jurídicos que remontam no mínimo ao século XVIII, cuja principal ideia comum é a importância da aferição das consequências das ações como critério para sua valoração. Sem qualquer pretensão exaustiva, até porque não seria adequado para os fins desse artigo, cita-se, dentre elas, o utilitarismo, o realismo e o pragmatismo.

O utilitarismo, desenvolvido classicamente pela teoria liberal inglesa de Jeremy Bentham e Stuart Mill nos séculos XVIII e XIX, se assenta no princípio de que as consequências de uma ação é que permitem qualificá-la. Para Bentham (1979, p. 4-9), uma ação moral é aquela que promove o máximo de felicidade (princípio da maior utilidade), de modo que seria boa quando gera felicidade ou prazer, e ruim quando produz

tristeza ou dor. Em Mill (2011, p. 27-29), há ponderações e desenvolvimentos das concepções de Bentham, mas perdura o pensamento central utilitarista, com o amadurecimento da noção de que uma conduta negativa é aquela que traz repercussões na esfera alheia, somente assim se justificando uma intervenção estatal inibitória.

Essa diretriz de uma atribuição de moralidade à ação conforme as suas implicações, não a relacionando à natureza dos atos, pessoas ou valores em si mesmos, foi absolutamente inovadora para a época ao se contrapor à diretriz deontológica dominante. A moral utilitária é uma concepção instrumental, na medida que o valor moral se relaciona ao cotejamento de meios para o atingimento de melhores fins, sendo o embrião do consequencialismo jurídico como movimento para a consideração das consequências como parâmetro da decisão judicial.

Com aspirações menos ético-filosóficas e mais concreto-decisionistas, no início do século XX, surgem o realismo e o pragmatismo jurídico de berço americano, que é diverso do realismo jurídico escandinavo e possui inúmeras vertentes (BITTAR, 2019, p. 604). Conquanto ambos sejam ideologias bastante heterogêneas, com variação intelectuais e correntes de pensamentos diversas, que sequer permitem serem chamadas de escolas, em comum há a aproximação do direito com o fato social, o que invoca outras áreas do saber para a sua construção (GIACOMUZZI, 2015, p. 180-181).

Essa visão interdisciplinar do direito, que o identifica mais como ser do que dever-ser, mais como a formulação da decisão concreta pelo Juiz do que com a criação da norma abstrata pelo Legislador, vê o direito como fluído e mutável a depender das condições da realidade. Afinal, conforme suas formulações clássicas, o realismo distingue o “*law in books and law in action*” para perceber que “*the life of law has not been logic, it has been experience*” (GIACOMUZZI, 2015, p. 167). O direito, em essência, seria construído pelos juízes a partir das diversas realidades, sob perspectivas extrajurídicas de matrizes éticas, filosóficas, sociológicas, psicológicas, políticas, econômicas e sociais.

Sobre o realismo, Facchini Neto e Tremarim Wedy (2016, p. 110 e 112) afirmam:

O que o caracteriza o movimento é um método peculiar de focar os problemas jurídicos. Os pensadores realistas consideram o direito mais como um corpo de decisões judiciais do que como um corpo de normas. Afirmam que as regras jurídicas têm uma influência relativamente pequena sobre as decisões dos juízes, destacando enfaticamente a importância do elemento humano no processo judicial – como os preconceitos, os instintos herdados, a opinião pública, bem como as fraquezas, as qualidades de caráter e a bagagem cultural dos juízes. Para os realistas, os juízes primeiramente decidem e depois

aperfeiçoam modelos de dedução lógica. Neste contexto, os juízes decidem de acordo com o que os fatos provocam em seus ideários, e não em função de regras gerais que levariam a resultados particulares. Os juízes respondem mais fortemente aos fatos (fact-responsives) do que às leis (rule-responsives). (...) Outra característica geral comum aos autores integrantes do movimento do realismo foi sua abertura interdisciplinar. A convicção de fundo era de que outros cientistas sociais haviam desenvolvido instrumentos cognitivos mais apropriados à compreensão da sociedade complexa do que aqueles oferecidos pela dogmática tradicional.

Foi sob essas premissas da cultura jurídica americana do início do século XX, que na década de 1970 tomou força uma das escolas mais influentes do direito contemporâneo: o *law and economics*. De índole claramente pragmática, desde autores como Ronald Coase a Richard Posner, os ideais da análise econômica apontam para que, em face das complexidades das causas e da sociedade, o julgador pondere os efeitos reais, nessa vertente especialmente os econômicos, das escolhas realizadas nas soluções judiciais.

Não é difícil perceber que os modelos americanos do século XX, se não desenham especificamente uma ética consequencialista como fazia o utilitarismo, alocam a ponderação das consequências, pela ligação entre o direito e o fato (e outros setores do conhecimento), como algo inerente à decisão judicial e, logo, ao direito. Se o ato de decidir envolve uma criação multifatorial e reverbera nos diversos campos da realidade, o direito, em suas próprias estruturas psico-cognitivas e operacionais, abarca as consequências decisórias. A consequência, assim, se desloca da teoria ético-filosófica para a hermenêutica e para a teoria da decisão.

Nesse breve panorama, é possível compreender que o consequencialismo que se positiva no art. 20 da LINDB não é propriamente uma inovação, mas, como há muito reconhecem os movimentos utilitaristas, realistas e pragmáticos, um elemento componente necessário da decisão judicial, seja porque um elemento moral a ser considerado nas razões de decidir (utilitarismo), seja mesmo porquanto um elemento natural e, assim, internamente constitutivo quando da criação do direito pelo juiz (realismo e pragmatismo).

2 CONCEITOS, FINALIDADE E NATUREZA DO ART. 20 DA LINDB

Feitas as considerações histórico-filosóficas preliminares, que permitem significar e realocar as consequências na teoria da decisão, passa-se então, e sem mais

delongas, ao enunciado do art. 20 da LINDB introduzido pela Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018, com especial enfoque – para os fins desse artigo – na decisão judicial:

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.

De sua leitura, emergem alguns pontos que merecem atenção preliminar deste tópico dado que necessários ao desenvolvimento adequado dos demais: a definição dos conceitos vagos empregados na construção textual e a categorização da natureza da norma contida no dispositivo.

Textualmente, embora guarde em aparência uma elaboração singela, o *caput* do artigo já nos desafios pelo uso de conceitos vagos centrais no entendimento do seu teor, sobretudo: valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão. Não é desnecessária, porém é curiosa a utilização desse artifício quando a Lei nº 13.665 se referencia como sendo de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”. Assim, já para delimitar o texto legal, é antes necessário aclarar o que se entende por valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão.

Nesse sentido, adere-se a Didier Junior e Oliveira (2019, p. 118) quando aludem que a expressão “valores jurídicos abstratos” deve ser traduzida como “princípios normativos menos densificados”. A principal razão para isso é que a categoria de valores não é tradicionalmente incluída como espécie normativa na dogmática jurídica, de modo que o termo valores ainda mais quando acompanhado pelos adjetivos jurídicos e abstratos parece não querer se referir a uma espécie de norma, mas à internalização dos valores pelo sistema jurídico em forma abstrata, o que designa basicamente os princípios.

Não que as regras não internalizem no sistema jurídico certos valores, como certamente o fazem os princípios jurídicos, mas em geral o atributo de abstração é frequentemente, e nas mais diversas classificações das espécies de norma jurídica, atrelado aos princípios. Nesse diapasão, se se utiliza dessa qualidade para a diferenciação entre um e outro tipo de norma, há de se entender que a disposição se refere aos princípios, como faz este trabalho; se assim não se entende, cogitando-se falar de regras abstratas,

poder-se-ia entender que os valores mencionados são qualquer norma jurídica de caráter abstrato.

Por sua vez, a expressão “consequências práticas da decisão” indica estar em contraposição as consequências meramente teóricas ou lógicas da decisão. Seriam, em fundo, aquelas que se vinculam as suas repercussões extrajurídicas, políticas, econômicas, sociais, operacionais, comportamentais, etc. O dispositivo não as delimita, pelo que podem ser de qualquer natureza (VITORELLI, 2020, p. 90-92). Embora por certo haja algumas tentativas de classificação (SANTOS, 2020, p. 121), não se entende que isso é de todo adequado uma vez que são impensáveis a natureza dos alcances consequenciais que uma decisão pode tomar.

Certamente, essa variabilidade consequencial atrairia críticas sobre a sua abrangência, imprecisão e procedimentalização, com mais espaço, e não menos, para abusos dos intérpretes. Sob esse enfoque, existem posicionamentos no sentido que as consequências mencionadas no art. 20 da LINDB devam ser lidas como meramente lógico-jurídicas (SANTOS, 2020, p. 121). Tais, além de ignorar o texto do dispositivo que usa o qualitativo “prática” para classificar o tipo de consequência, esvaziam os potenciais do artigo o fazendo sistematicamente redundante ao tão somente se posicionar para gerar ao intérprete um ônus que já possuía, o de proceder a uma interpretação unitária e sistemática do ordenamento.

Não se nega aqui a complexidade de uma teoria da decisão que albergue, erija e controle os potenciais e limites do consequencialismo, mas também não se fecha os olhos à verdade: as consequências são inerentemente consideradas na construção da decisão judicial. O art. 20 da LINDB, pois, faz predileção pelo enfrentamento das dificuldades na criação de arcabouços decisórios que comportem esse elemento à submissão ao puro arbítrio de seu uso, ainda que inconsciente, como sempre alertaram as correntes utilitárias, realistas e pragmáticas.

Se a consequência é elemento moral e natural intrínseco à decisão judicial, nada mais coerente que se exija sua externalização e procedimentalização como condição para sua própria legitimidade. Essencialmente, esse é o espírito do art. 20 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.665: trazer as consequências e os princípios, naturalmente utilizados na construção da decisão judicial, para o campo do debate processual, submetendo-os ao crivo do devido processo legal e, mais especificamente, ao contraditório, aos ônus, às provas, como padrões de sua racionalização.

Isso é o que consta na exposição de motivos do projeto de lei original, do Senador Antonio Anastasia, bem como nas lições do seu elaborador, Professor Carlos Ari Sundfeld:

Exposição de Motivos 349/2015 (BRASIL, 2015): Ocorre que, quanto mais se avança na produção dessa legislação, mais se retrocede em termos de segurança jurídica. O aumento de regras sobre processos e controle da administração têm provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade e esse efeito deletério pode colocar em risco os ganhos de estabilidade institucional. (...) O que inspira a proposta é justamente a percepção de que os desafios da ação do Poder Público demandam que a atividade de regulamentação e aplicação das leis seja submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle (...).

Prof. Carlos Ari Sundfeld (2017, p. 22-23): Superar essa crítica envolve ter cuidado com decisões tomadas com base em princípios, em valores jurídicos abstratos, que, não obstante, produzem claros efeitos concretos. O fato de o direito positivo prestigiar o uso dos princípios, e prever normas suficientemente abertas, de modo que os intérpretes possam deles se socorrer em determinadas situações, impõe aos órgãos de controle um ônus de motivação mais elevado. Não basta dizer qual é o direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos da decisão no caso concreto e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cujas razões de serem preteridas devem ser ponderadas e expostas (art. 20 da Lei de Introdução, na redação do Projeto de Lei).

Assim assentado, há ainda um aspecto problemático subjacente pendente de definição, a natureza jurídica da norma contida no art. 20 da LINDB. A sua categorização não é despicienda, uma vez que as espécies de normas jurídicas incidem axiológica, teleológica e operacionalmente de maneira distintas, razão pela qual a própria aplicação do dispositivo prescinde de seu enquadramento. Malgrado exista uma multiplicidade de posições classificatórias sobre a estrutura da norma jurídica, cabe aqui destacar uma das mais relevantes na contemporaneidade, com algumas adaptações à realidade brasileira: a distinção entre regras e princípios esboçada por Ronald Dworkin, desenvolvida por Robert Alexy e ponderada por Humberto Ávila.

Pela teoria Dworkin-Alexyana, categoricamente falando, porque há distinções entre elas, as normas jurídicas poderiam ser regras ou princípios. Em uma breve síntese, regras são mandados definitivos, aplicáveis com base no “tudo ou nada”, cuja concreção e conflitos se resolvem por mera subsunção; enquanto princípios são mandados de otimização, que devem ser concretizados na medida do possível e, assim, se aplicam *prima facie*, cuja concreção e conflitos se resolvem por meio da ponderação (ALEXY, 2015, p. 91-94).

Por essa lógica, o art. 20 da LINDB ou seria uma regra ou seria um princípio, por serem essas as únicas duas espécies normativas. No entanto, há de se convir, que tal como a razoabilidade e a proporcionalidade, o preceito consequencialista ali inserido possui algumas características que lhes parecem ser exclusivas, a exemplo do fato de reger, não uma conduta fática, mas o modo de proceder do intérprete ao operar as normas. Essa dificuldade é tão clara que por vezes tais diretrizes hermenêuticas são chamadas de regras e por vezes de princípios.

Apontando as limitações de uma teoria dual da norma jurídica para descrever o chamado sobredireito, isto é, aquelas normas que disciplinam a aplicação de outras normas, Humberto Ávila (2005, p. 87-90) assinala que existiria um terceiro tipo de norma, o postulado ou postulado normativo aplicativo. Os postulados seriam “metanormas ou normas de segundo grau”, que estruturam a aplicação de outras e cuja violação reside na não interpretação conforme sua estruturação.

Sob essa luz, o art. 20 da LINDB, como basicamente todas as normas pertencentes a esse mesmo arcabouço, se amoldam perfeitamente ao que foi chamado por Ávila (2005, p. 93) de postulado normativo. Nesse sentido, é verdadeiro “dever estrutural” “que estabelece a vinculação entre elementos e impõe determinada relação entre eles”, no caso uma fórmula hermenêutica que exige, como se verá à frente, um maior ônus de argumentação quanto menor for a densificação do princípio aplicado e maior for a consequência extrajurídica na realidade deduzida processualmente.

Portanto, buscando o enfrentamento concreto e racional das disposições da legislação, os termos valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão presentes no *caput*, destarte e respectivamente, serão aqui entendidos como princípios e consequências não lógico-jurídico-formais da decisão, bem assim o art. 20 da LINDB visto como postulado hermenêutico.

3 O CONTEÚDO HERMENÊUTICO E PROCESSUAL DO ART. 20 DA LINDB

Como postulado hermenêutico, o art. 20 da LINDB tem como destinatário o intérprete das normas e do ordenamento jurídico, dispondo sobre uma vinculação especial entre os conceitos ali normativados de princípios e consequências extrajurídicas que, por força do dispositivo, necessariamente se entrelaçam na formação da decisão judicial. Assim, qualquer decisão judicial que tenha por base a aplicação de princípios jurídicos deve considerar as consequências práticas da decisão.

O que exsurge, deveras, como questão primordial não é se saber se a exigência de consideração das consequências existe, porquanto inevitável no plano normativo após a inserção do art. 20 da LINDB na ordem legal brasileira, mas sim qual grau e medida de consideração que se deve ter às consequências? As consequências extrajurídicas de uma decisão podem impedir a aplicação de um princípio em prol de outro? Uma consequência gravíssima justificaria a sua não aplicação? Ou, pelo contrário, uma consequência jamais poderia negar a sua incidência no caso concreto por mais grave que seja?

Neil MacCormick (2005, p. 101-102), exatamente trabalhando esse questionamento, identifica polos posicionais opostos, obtemperando-os para defender uma visão intermediária em que as consequências devem ser ponderadas sem a pretensão de uma aceção totalitária e paralisante, nem vazia e nula de sua aplicação:

Essas palavras servem como uma introdução desafiadora à discussão sobre até que ponto as decisões – e não apenas as decisões conforme a lei – podem ser justificadas ou acertadas por suas consequências. Essa é a pergunta deste capítulo. Pode-se conceber duas posições extremas. Em um extremo, a única justificativa possível de uma decisão seria quando aferidas suas consequências, por mais remotas que sejam – ou seja, em termos de sua produtividade do maior benefício líquido, reunindo todas as consequências e julgando-as por algum critério adequado, de benefício e prejuízo. No outro extremo, a natureza e a qualidade da decisão, independentemente de quaisquer de suas consequências, por mais próximas que sejam, seriam por si só consideradas relevantes para sua justificação ou seu acerto. Nenhuma visão extrema é aceitável. A primeira exclui a possibilidade de qualquer justificação racional de qualquer decisão, uma vez que o futuro é incognoscível e cadeias de consequências se estendem ao infinito. Também é frequentemente entendido como sustentando que existe um único critério último de valor (prazer, talvez, ou satisfação de preferências) em termos do qual podemos fazer todos os cálculos de custo-benefício. Na medida em que o consequencialismo inclui esse tipo de raciocínio de valor único, há mais motivos para duvidar dele. A segunda visão, no extremo oposto, ignora duas coisas cruciais. Ignora até que ponto a natureza e a qualidade das decisões e atos são eles próprios constituídos pelas consequências que o decisor pretende, prevê ou espera provocar. Além disso, mais seriamente, ignora até que ponto tanto a prudência quanto a responsabilidade para com os outros exigem que se pense seriamente nos resultados previsíveis de seus atos e decisões antes de finalmente agir ou decidir, tanto mais importante quanto mais importante for o ato ou decisão em Visão. Devemos, portanto, rejeitar ambos os extremos. Devemos manter apenas a visão do meio, de que alguns tipos e algumas gamas de consequências devem ser relevantes para a justificação das decisões (tadução livre).

Assim, tal como sugere MacCormick (2005, p. 101-102), há posicionamentos no sentido da prevalência absoluta, da irrelevância e da força relativa das consequências em face das normas jurídicas. Em verdade, se bem analisado, essas posições poderiam ser decompostas potencialmente não em três, mas em cinco ideias básicas sobre essa relação consequência/normas na composição da decisão judicial.

Preliminarmente, entretanto, é fundamental a compreensão da natureza das consequências no sistema jurídico. Elas, em si, não são normas jurídicas, logo não regem condutas. Regra e princípios é que o fazem. Assim, quando se afirma que uma consequência aprioristicamente prevalece sobre uma norma jurídica não se pode querer dizer que o faz para substituí-la na resolução de um caso, mas para que essa ceda a aplicação de outra. Funcionalmente, pois, o consequencialismo é uma diretriz hermenêutica (postulado) aplicável quando da direta incidência dos princípios (ou normas abstratas) a um caso, não uma norma jurídica regente de um comportamento (regras ou princípios).

Em suma, as consequências devem ser tomadas como critério de decisão entre outras normas, pelo que suas posições classificatórias variam conforme a gradação de força para derrotar uma norma. Em um espectro consequencialistas, pode-se ter:

(i) Consequencialismo puro: a posição que atribui às consequências extrajurídicas a preferência absoluta sobre às normas jurídicas, o que implicaria na preponderância completa e total do consequencialismo que, sempre ou quando minimamente relevantes, derrotaria uma norma contrária em favor de outra menos consequencial;

(ii) Consequencialismo forte: a posição que atribui às consequências uma preferência relativa sobre às normas jurídicas, o que criaria para o intérprete um ônus forte de argumentar concretamente para afastar as consequências extrajurídicas potencialmente criadas pela decisão conforme à norma jurídica que intente aplicar;

(iii) Consequencialismo ponderado: a posição que não estabelece, *a priori* e em abstrato, qualquer grau de hierarquia entre consequências extrajurídicas e normas jurídicas, devendo o intérprete sempre ponderar em concreto quando uma consequência afasta uma norma e quando uma norma afasta uma consequência, desde que o faça motivadamente em prol de uma norma;

(iv) Consequencialismo fraco: a posição que atribui às normas jurídicas preferência relativa sobre as consequências, o que criaria para o intérprete um ônus de argumentar para afastar concretamente à norma jurídica conforme as consequências extrajurídicas potencialmente criadas pela decisão;

(v) Não-consequencialista: a posição que atribui às normas jurídicas preferência absoluta sobre as consequências, de modo que elas seriam irrelevantes na confecção da decisão judicial.

Qual posição teria sido adotada no direito brasileiro com as novas disposições da LINDB?

No nosso ordenamento, e mesmo em qualquer Estado Constitucional, em face da dignidade da pessoa humana que confere proteção qualificada relevante aos direitos individuais e coletivos como direitos fundamentais, o consequencialismo puro não poderia vigorar exatamente porque desconsidera completamente os meios em prol dos fins. Embora de difícil determinação, a dignidade e os direitos fundamentais em geral proíbem uma completa instrumentalização do indivíduo ou da coletividade para o atingimento de determinadas finalidades (SARMENTO, 2016, p. 76-77), o que obsta um predomínio absoluto do utilitário sobre o deontico, afastando a vertente mais radical do consequencialismo.

Do outro lado, com a entrada em vigor do art. 20 da LINDB, não há de se cogitar pela outra opção extrema na vertente não-consequencialista, como era constantemente realizado por inúmeras decisões antes de sua vigência quando simplesmente rejeitavam sem qualquer ônus argumentativo eventuais alegações consequencialistas trazidas pelas partes, e mesmo atualmente quando alguns que apregoam que as consequências práticas se reduziriam às lógico-formais como visto e rebatido alhures.

Fundamentalmente, e já indo adiante, a redação do art. 20 da LINDB não expressa predileção pelos valores jurídicos abstratos e nem pelas consequências práticas como critério decisório prevalente, razão pela qual não acolhe o consequencialismo forte ou fraco, mas a posição intermediária, coincidentemente defendida por MacCormick como ideal, que não prioriza ou escalona abstratamente os princípios (ou normas abstratas) e as consequências extrajurídicas, colocando-os em igualdade para uma definição concreta de sua prevalência no conflito normativo.

Sai-se, com o preceito consequencialista da LINDB, de um sistema não-consequencialista ou de um consequencialismo fraco implícito, como asseveram algumas críticas formuladas às decisões que levavam em consideração certos aspectos consequencialistas na jurisprudência pátria antes da vigência do dispositivo, para um consequencialismo ponderado.

Essa adesão do nosso sistema ao consequencialismo ponderado está em completa consonância com o nosso estágio atual de constitucionalismo, o qual, apesar de não isento das mais diversas críticas (FERRAJOLI, 2011, p. 15-53), aponta para um viés principialista e discursivo (FIGUEROA, 2012, p. 511-536). Nesse modelo, os princípios

ganham grande relevância na teoria da decisão e, por estarem constantemente em rota de colisão, são sopesados casuisticamente para determinar a prevalência entre eles ou deslindar critérios interpretativos que permitam uma solução ótima sem abdicar de qualquer deles, o que parece fornecer um padrão adequado para à internalização e racionalização das consequências na decisão judicial.

As consequências, se compreendidas nessa diretriz, poderiam ser equalizadas e internalizadas na mesma lógica ponderativa aplicada aos princípios, até mesmo por possuírem dentro de um consequentialismo ponderado, na esteira da proposta de Alexy (2015, p. 91-94) para as normas de caráter principiológico, um caráter *prima facie*, permitindo, por excelência, superação e derrotabilidade. Nesses moldes, a colisão de princípios, como na formulação do art. 20 da LINDB, poderia ser resolvida por uma ponderação/sopesamento qualificado pelo aspecto consequentialista.

Por essa perspectiva, são inegáveis as confluências entre o preceito hermenêutico de ponderação consequentialista esculpido no art. 20 da LINDB e o postulado da proporcionalidade, já que ambos são métodos hermenêuticos de superação de colisões entre mandamentos de otimização, com aplicação *prima facie*, inclusive se podendo afirmar conaturais, podendo se deduzir que as balizas desse serviriam perfeitamente para aqueles. Isto é, essencialmente, suas distinções repousariam tão somente na utilização para a ponderação princípio/princípio ou princípio/consequência/princípio.

Na prática, pode-se aduzir que o consequentialismo ponderado previsto na LINDB implica na constituição de um ônus argumentativo adicional ao intérprete quando se depare com uma alegação de natureza consequential em face da aplicação de um princípio jurídico, constituindo-se num dever específico de motivar que deve ser analisado conjuntamente com os demais deveres específicos (art. 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil) e o dever geral de motivação (art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988).

O aplicador do direito, por seu conteúdo, teria o dever de motivar sua decisão para afastar, num conflito entre princípios, ou um princípio ante a consequência ou a consequência ante um princípio, sendo-lhe vedado, nessa circunstância: (a) não ponderar as consequências no conflito entre princípios, podendo, ao contrário, construir uma solução em otimalidade que leve em consideração todas as normas incidentes e suas

consequências, sem abdicar de qualquer delas; (b) superar qualquer deles com motivações genéricas, inadequadas ou não suficientemente densas para possibilitar seu afastamento.

É que o art. 20 da LINDB não cria apenas uma correlação entre princípios e consequências que enseja uma simples opção, com a externalização respectiva de suas razões de preferência (motivação estática), mas verdadeira fórmula equacional que imputa um ônus variável de argumentação diretamente proporcional à abstração dos princípios utilizados e a severidade das consequências deduzidas e comprovadas (motivação dinâmica).

Perceba-se, em outras palavras, que o artigo não alude simplesmente a valores e consequências, porém sim a valores abstratos e consequências práticas, contrapondo os substantivos e os adjetivos para induzir, até por lógica, ao aumento ou diminuição do ônus argumentativo conforme o aumento ou diminuição da abstração do princípio e do grau de consequência. Outrossim, em seu parágrafo único, reforça essa concepção quando aduz que o julgador deve demonstrar “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”.

Assim, a fundamentação decisória não se reduz a apontar os motivos pelos quais a opção é realizada, devendo mais profundamente argumentar ponderando os princípios e as consequências, em razões de ordem pragmática e de ordem teórica, quanto menos denso ou mais abstrato for o princípio e quanto maior as consequências práticas da decisão. Ou seja, maior o ônus argumentativo quanto maior a abstração jurídica e maior o impacto consequencial, de modo que a ideia do art. 20 da LINDB pode ser traduzida na fórmula:

Figura 1: Fórmula Hermenêutica do Art. 20 da LINDB

$$Arg = \pm F(Abs) \times \pm F(Con)$$

Arg = Ônus Argumentativo
 $F(Abs)$ = Abstração do Princípio
 $F(Con)$ = Impacto Consequencial Extrajurídico

A fórmula, em síntese, descreve a logicidade do conteúdo hermenêutico do art. 20 da LINDB, ao demonstrar que o ônus argumentativo na ponderação entre princípios conforme consequências é progressivamente, e até geometricamente, maior quanto maior for a abstração do princípio e maior for o impacto consequencial da decisão na realidade. Os dois elementos precisam ser evidentemente densificados na argumentação, ou seja, é preciso aferi-los, selecioná-los, projetá-los e desenvolvê-los, racional e motivadamente, em um processo dialético que decorre do art. 20, mas também dos arts. 21 e 22 da LINDB.

Dessa forma, à guisa de conclusão, os dispositivos consequencialistas da LINDB estabelecem: (a) uma relação entre princípios (ou normas abstratas) e consequências extrajurídicas; (b) a consequência, ao superar dado princípio, não o substitui, mas apenas cede lugar a aplicação de outra norma jurídica; (c) esse elo princípio/consequência é moldado por uma concepção consequencialista ponderada, que não determina *a priori* escalonamento entre princípios e consequências, podendo essas afastarem aqueles e aqueles afastarem essas, ou mesmo conjugadamente levarem a uma construção ótima da norma concreta, sem se abdicar de quaisquer deles, em uma lógica ponderativa; (d) essa superação, além de ter de considerar todos os aspectos normativos e consequenciais, impõe um ônus argumentativo que é tanto maior quanto maior for a abstração do princípio e o impacto consequencial decisório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O consequencialismo, visto como a incorporação de um juízo consequencial na hermenêutica e na teoria da decisão, embora apenas recentemente positivado no art. 20 e seguintes da LINDB, como há muito reconhecem os movimentos utilitaristas, realistas e pragmáticos, é um elemento indissociável da decisão judicial, seja porquanto um juízo moral que deve ser considerado nas razões decisórias (utilitarismo), seja em virtude de ser um juízo natural e, assim, internamente constitutivo da criação do direito pelo juiz (realismo e pragmatismo).

Por assim ser, a sua normatização na LINDB revela, não uma inovação no sistema jurídico-hermenêutico, mas sim, e tão somente, a exigência de externalização e procedimentalização adequada de um elemento decisório imanentemente utilizado, exatamente para que não se submeta a uma utilização arbitrária quando da confecção da decisão judicial, conferindo-se maior legitimidade e controlabilidade ao seu conteúdo.

Nessas premissas, o entendimento dessa procedimentalização passa pela captação da essência do dispositivo em suas expressões linguísticas e finalísticas. Desse modo, os enunciados “valores jurídicos abstratos” e “consequências práticas da decisão” contidas no art. 20 da LINDB devem ser, a despeito de sua imprecisão, interpretados como princípios (ou normas abstratas) e consequências não lógico-jurídico-formais da decisão; enquanto a norma ali contida, a partir da categorização de Ávila, vista como postulado hermenêutico, dado que rege procedimentalmente a aplicação de outras normas (metanorma).

Traçado o panorama base, a partir da classificação consequencialista de Neil MacCormick, foi possível identificar que o sistema jurídico brasileiro tende a adotar o consequencialismo ponderado, através do qual não se prioriza ou se escalona abstratamente os princípios e as consequências extrajurídicas, colocando-os em igualdade para uma definição concreta de sua prevalência, desde que sempre em favor da aplicação de uma norma jurídica. É que as consequências não substituem as normas, pois não regem condutas, regras e princípios é que o fazem.

Assim, as consequências devem ser encaradas como um parâmetro de escolha (critério de decisão) entre outras normas, não como regentes de conduta em si, razão pela qual elas parametrizam e distribuem o ônus argumentativo num conflito entre princípios (ou normas abstratas), com vistas a que, concretamente, haja a prevalência de uma norma em face de outra. Integram-se, dessa forma, a própria lógica ponderativa, a qual passa a internalizar o sopesamento de consequências como condição à eleição da norma aplicável.

Processualmente, pois, o consequencialismo ponderado previsto na LINDB gera um ônus argumentativo adicional ao intérprete quando se depara com uma alegação de natureza consequencial em face da aplicação de um princípio jurídico, constituindo-se, por isso, num dever específico de motivar consequencialmente a escolha de uma norma principiológica em detrimento de outra. Essa análise deve se dar conjuntamente com os demais deveres específicos de motivação (art. 489, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil), visando integrar e significar o dever geral de motivação previsto constitucionalmente (art. 93, IX, da Constituição Federal).

Esse enunciado ponderativo oriundo do art. 20 da LINDB, entretanto, não se reduz a uma ordenação genérica e livre dos fundamentos decisórios entre normas e consequências, mas impõe, pela própria fórmula de sua construção, um maior ônus

argumentativo quanto maior a abstração jurídica e maior o impacto consequencial da decisão, de modo que a ideia do dispositivo pode ser traduzida na seguinte equação: $Arg = F(Abs) \times F(Con)$, em que Arg seria o ônus argumentativo que aumenta exponencialmente pelo aumento da abstração do princípio ($F(Abs)$) e pelo aumento do impacto consequencial ($F(Con)$).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Trad. Luiz João Baraúna. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito**. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 349/2015**. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=4407647&ts=1630433024558&diposition=inline>. Acesso em 15/03/2023.

DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, p. 115-132, jul./set. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **Doxa: cuadernos de filosofia del derecho**. n. 34, p. 15-53, 2011.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A teoria do direito em tempos de constitucionalismo. In: RIBEIRO, Eduardo (Coord). **Argumentação e estado constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As raízes do realismo americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia e pureza no direito dos USA. **Revista Direito e Justiça**, v. 31, n. 2, p. 155-190, 2015.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

NETO, Eugênio Facchini; WEDY, Ana Paula Martini Tremarin. Sociological jurisprudence e realismo jurídico: a filosofia jurídica norte-americana na primeira metade do século XX. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 75-123, junho 2016.

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

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: LEAL, Fernando (Coord.); MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo**: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

VITORELLI, Edilson. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/ago. 2020.