

# CONSEQUENCIALISMO NO PODER JUDICIÁRIO

“O Brasil tornou-se a República mais judicializada do planeta. Todas as questões chegam ao Judiciário, sejam simples ou complexas, fáceis ou difíceis, pequenas ou imensas. O número de ações em trâmite pelos foros ultrapassa a surpreendente cifra de cem milhões! A sugerir que aqui todos litigam, pois processo é uma relação ao menos bilateral: há posições antagônicas nos polos ativo e passivo desse *actum trium personarum*.”

Nesta Nação em que, aparentemente, o consenso único é a absoluta falta de consenso, há quem considere o fenômeno de submissão de todas as controvérsias à Justiça perfeitamente saudável. É o regime instaurado pela Constituição Cidadã de 5.10.1988, a prestigiar o Judiciário, a multiplicar as fórmulas de acesso à Justiça, a favorecer o lesado ou ameaçado a ver apreciada a sua pretensão por órgão neutral e cada vez mais técnico.

(...)

A proposta contida nesta publicação é propiciar reflexão a respeito da exagerada busca do Judiciário, que não reveste apenas o aspecto de termômetro democrático, a evidenciar que as instituições brasileiras estão a funcionar, mas pode espelhar um quadro patológico. Se a cidadania se mostrar incapaz de diálogo, de honrar seus compromissos e a palavra empenhada, mas tiver de recorrer sistematicamente ao dispendioso equipamento do Estado-juiz, não se avançará na edificação de uma sociedade justa, solidária e fraterna, tal conforme prometido pelo constituinte de 1988, que acenou com uma Democracia Participativa.

A participação tem de ter início com a administração espontânea e saudável dos próprios interesses, que não podem estar inteiramente submetidos ao esquema formal de uma Justiça excessivamente dispendiosa e imprevisível. As opiniões aqui colhidas evidenciam ausência de uniformidade a respeito do tema Consequencialismo, com vertentes vinculadas à orientação ideológica, à formação filosófica ou à origem profissional de seus autores, todos irmanados em honesta exposição de seu pensamento em relação a uma das recorrentes preocupações da sociedade brasileira”.

**Gabriel Chalita**

**Ives Gandra da Silva Martins**

**José Renato Nalini**

Siga a EDITORA FOCO para  
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



@editora\_foco



/editorafoco



@editora\_foco



MISTO  
Papel produzido a partir  
de fontes responsáveis  
www.fsc.org



9 788582 423363

342.56  
M343c  
2019

Biblioteca

CONSEQUENCIALISMO NO PODER JUDICIÁRIO

MARTINS • CHALITA • NALINI

COORDENADORES

**IVES GANDRA DA SILVA MARTINS**

**GABRIEL CHALITA**

**JOSÉ RENATO NALINI**

# CONSEQUENCIALISMO NO PODER JUDICIÁRIO

A U T O R E S

**ADILSON** ABREU DALLARI • **ANTONIO** CARLOS RODRIGUES DO AMARAL  
**CARLOS** ANTONIO LUQUE • **FELIPE** ALBERTINI NANI VIARO • **FLÁVIO**  
JAIME DE MORAES JARDIM • **GABRIEL** CHALITA • **IVES** GANDRA DA SILVA  
MARTINS • **JERSON** KELMAN • **JOÃO** PEDRO PÁRO • **JOSÉ** HORÁCIO  
HALFELD REZENDE RIBEIRO • **JOSÉ** PASTORE • **JOSÉ** RENATO NALINI  
**MÁRCIA** CRISTINA DE SOUZA ALVIM • **NEYTON** FANTONI JÚNIOR  
**ROGÉRIO** MEDEIROS GARCIA DE LIMA • **TERCIO** SAMPAIO FERRAZ JUNIOR

EDITORA  
**FOCO**

# CONSEQUENCIALISMO E DECISÃO JUDICIAL

*Felipe Albertini Nani Viaro*

Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

---

**Sumário:** 1. Introdução – 2. Premissas básicas sobre o Estado de Direito, Separação dos Poderes e os escopos da jurisdição – 3. Consequencialismo e consequências da sua incorporação no discurso jurídico – 4. Críticas e objeções à aplicação de argumentos consequencialistas no âmbito jurídico – 5. Aberturas ao consequencialismo jurídico no sistema brasileiro – 6. Considerações finais – 7. Referências

---

## 1. INTRODUÇÃO

A análise das potenciais consequências de uma ação parece algo extremamente natural e intuitivo na tomada de decisões do cotidiano. A capacidade de se antecipar cenários é bastante valorizada no mundo dos negócios e o estudo de prognósticos integra o método de diversas ciências, como a medicina. Não é estranho pensar, então, que, no campo do direito, legisladores e juízes venham a adotar o mesmo tipo de raciocínio.

Em relação aos legisladores, é mais do que esperada a discussão acerca das potenciais repercussões de uma nova legislação, caracterizando, aliás, o próprio exercício responsável da capacidade de legislar. E, quanto aos juízes, feita a jurisdição para produzir efeitos no mundo, difícil conceber que a avaliação das potenciais implicações práticas da sentença possa passar completamente ao largo do processo decisório.

Ainda assim, a adoção de pensamentos consequencialistas no âmbito jurídico é capaz de despertar controvérsias. No contexto norte-americano, essa temática vem sendo discutida há décadas, em diferentes roupagens, sem que se possa tê-la por encerrada. O transplante dessa discussão para o cenário brasileiro, por sua vez, não se faz menos complexo, observadas as peculiaridades e dificuldades próprias do sistema jurídico brasileiro.

O presente trabalho tem por objeto principal a análise de argumentos consequencialistas no âmbito jurídico, as potenciais implicações de sua adoção, notadamente como forma de fundamentar as decisões judiciais, e se isso é esperado, desejado ou repudiado, estabelecendo paralelos com debates já consolidados na teoria constitucional, como o papel do Poder Judiciário na contemporaneidade, além de outras questões acerca de legitimidade, capacidade institucional e risco de politização.

No que tange ao método, sem olvidar a origem estrangeira do debate, será priorizada a análise de textos nacionais, refletindo a maneira como a discussão foi transplantada para o cenário brasileiro. Ademais, convém assinalar, as questões serão trabalhadas por meio de categoriais gerais, ou seja, a partir do conjunto de características partilhadas por teorias dominantes, que nem por isso deixam de guardar entre si diferenças relevantes.

## 2. PREMISSAS BÁSICAS SOBRE O ESTADO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E OS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

O Estado de Direito tem por finalidade precípua a limitação do poder<sup>1</sup>. Tal limitação se dá por meio e em função do fenômeno jurídico, pelo estabelecimento de limites constitucionais e legais à atuação do governante<sup>2</sup>. Na tradicional lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a noção de Estado de Direito se estabelece a partir de três princípios, principais e indissociáveis entre si: a legalidade, a igualdade, e, no que interesse particular do presente, a justicialidade<sup>3</sup>.

O princípio da justicialidade direciona-se a garantir a aplicação da lei no desiderato de fazer justiça, sujeitando tanto os particulares quanto o Estado e seus governantes. Tal princípio é considerado complemento essencial dos demais, já que de nada adiantaria assegurar a legalidade e igualdade sem franquear também a possibilidade de contestar os atos dos particulares ou dos agentes do Estado perante um juiz imparcial.

Ao lado desses três princípios, e para o mesmo fim por eles proposto, qual seja, a limitação do arbítrio, encontram-se também as técnicas de divisão do poder. Dentre elas, sem dúvida, a que mais se destaca é a Separação dos Poderes. Em sua “formulação clássica”<sup>4</sup>, distinguem-se três principais funções do Estado – a de legislar, a de executar as leis e a de julgar – recomendado seu exercício a três Poderes distintos e reciprocamente autônomos – Legislativo, Executivo e o Judiciário.

O Poder Judiciário, por sua vez, aparece, inicialmente, com a incumbência de punir os crimes e julgar litígios particulares. As evoluções do constitucionalismo,

1. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.
2. Assim, o que dá toma ao Estado de Direito é a habilitação jurídica do poder, transformado em competência outorgada, instituída e regulada por normas, com o objetivo de eliminar a possibilidade de uso arbitrário. Cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013. p. 190-191.
3. Não há termo consagrado. Ora se usa judicialidade, ora judiciariiedade. Seguindo a terminologia consagrada por Ferreira Filho, será utilizado o termo justicialidade. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 205.
4. Muito embora se reconheça na obra de Aristóteles aportes essenciais para a proposta, e sem desprezar a inegável contribuição de John Locke é a partir de Montesquieu que a doutrina aparece consolidada. A formulação clássica é a chamada versão jurídicista da sistematização apresentada por Montesquieu. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257-259.

entretanto, fomentaram modificações político-jurídicas que refletiram significativamente nessa conformação. É nesse cenário que se desenvolve a noção de jurisdição constitucional, incorporando ao Poder Judiciário também a capacidade de analisar a compatibilidade das leis à luz da Constituição<sup>5</sup>.

Embora o acréscimo dessas novas tarefas tenha conferido nova feição ao poder judicial, o objetivo primordial da jurisdição não deixa ainda de ser a solução de conflitos<sup>6</sup> – o chamado escopo jurídico da jurisdição, muito embora, a partir de uma visão pluralista do fenômeno, seja possível indicar também outros objetivos consentâneos, o escopo social, o escopo cultural e o escopo político da jurisdição<sup>7</sup>.

Esses demais escopos, de certa forma, esclarecem decorrências positivas desse tipo particular de intermediação (o exercício da jurisdição), como, por exemplo, a pacificação social (escopo social), a orientação para o correto exercício de direitos (escopo educacional), além da própria reafirmação contínua da capacidade estatal de decidir imperativamente, limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício (escopo político).

Não apenas pelo estudo dos diferentes escopos, mas por simples constatação, parece claro que o exercício da jurisdição é capaz de produzir não apenas impactos diretos e desejados, mas também impactos indiretos, e, por vezes, indesejados. Muito embora os escopos evidenciem efeitos desejados, não é difícil cogitar que uma decisão acabe por prejudicar a pacificação, crie incentivos negativos de comportamento, ou mesmo, pela ineficiência na implantação, gere descrença no poder estatal.

Assim, da mesma forma que os escopos da jurisdição escapam da própria lide, as repercussões das decisões, por vezes, também ultrapassarão a questão colocada em apreciação. O problema que se coloca é justamente saber se a análise dessas consequências deve (ou não) integrar o conjunto de argumentos a serem considerados pelo julgador durante o processo decisório.

## 3. CONSEQUENCIALISMO E CONSEQUÊNCIAS DA SUA INCORPORAÇÃO NO DISCURSO JURÍDICO

A análise das consequências como forma de valorar a adequação de uma conduta não é própria da ciência jurídica, aparecendo não apenas como um raciocínio

5. Cf. RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
6. Conforme Swarai Cervone de Oliveira, a ideia de conflito, como situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não-satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos é maior do que aquela de lide. Cf. *Jurisdição Voluntária: Perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2011. p. 88.
7. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 128.

comum empregado pelas pessoas em geral, como também, devidamente estruturada, no campo das discussões sobre filosofia, notadamente no campo da ética teleológica, e desdobramentos em diversas outras áreas de conhecimento e comportamento humano.

O consequencialismo<sup>8</sup>, nesse contexto mais amplo, identifica-se com a noção ou visão de que o valor das ações está fundamentalmente ligado às consequências dela advindas. Tal perspectiva corresponde a um conjunto bastante abrangente de teorias, destacando-se como vertente filosófica paradigma<sup>9</sup> o utilitarismo, além de algumas vertentes do pragmatismo, muito embora não seja possível equiparar cada uma dessas concepções<sup>10</sup>.

As teorias consequencialistas normalmente são colocadas em posição antagônica às teorias deontológicas. Estas, em contraposição àquelas, posicionam-se a partir do cumprimento rígido de deveres e regras<sup>11</sup>, consignando o valor como algo que é inerente à própria conduta. Dentre as teorias deontológicas, ou, simplesmente, deontologia, como esse conjunto de pensamentos pode ser referenciado, a filosofia kantiana desponta como principal expoente<sup>12</sup>.

Sem menoscabo às contribuições anteriores, notadamente os contributos do pensamento utilitarista à ciência jurídica<sup>13</sup>, a proposta de adoção de argumentos consequencialistas, no campo do direito, ganha força no contexto das discussões entre o realismo e formalismo no pensamento jurídico norte-americano, e especialmente a partir da formulação da chamada “Análise Econômica do Direito” ou, simplesmente, “Direito e Economia”, como forma de estreitamento de tais disciplinas.

O movimento da Análise Econômica do Direito, como as demais categorias já mencionadas, também não é homogêneo. Dentre as principais proposições que permitem sua agregação aparecem a proposta interdisciplinar, pela aplicação de ferramentas de teoria microeconômica para a análise de institutos e instituições

8. O termo “consequencialismo” foi cunhado por Anscombe no artigo “Modern Moral Philosophy”, de 1958. Na obra, o termo é usado para descrever o que a autora via como o principal erro das teorias morais utilitaristas de Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Cf. Philosophy, vol. 33, no. 124, disponível em <http://www.philosophy.uncc.edu/mleldrid/cmt/mmp.html>. Acesso em 01 mai. 2018.

9. Cf. Sinnott-Armstrong, Walter, “Consequentialism”, In: ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>>. Acesso em 03 mar. 2018.

10. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

11. Cf. CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 84.

12. Cf. ALEXANDER, Larry and Moore, Michael, Deontological Ethics, In: ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2015/entries/consequentialism/>>. Acesso em 03 mar. 2018.

13. Conforme Salama, raízes do consequencialismo aparecem em Beccaria, que formula o pressuposto utilitarista a ser retomado por Bentham, inegáveis as contribuições ao desenvolvimento do Direito. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)> Acesso em 25 abr. 2018.

legais, e, com base na premissa de racionalidade dos comportamentos<sup>14</sup>, a busca por respostas eficientes no que tange à maximização dos benefícios.

Feitas essas considerações iniciais, seguindo a definição ampla cunhada por Luis Fernando Schuartz, o consequencialismo, do ponto de vista jurídico, pode ser entendido como “qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas”<sup>15</sup>.

Dessa maneira, considera-se “consequencialista” não apenas a posição segundo a qual uma decisão é correta se, em relação a ela, não se encontra qualquer alternativa a que se associem consequências preferíveis – “consequencialismo forte” –, mas também posições que reservam à valoração das consequências papéis laterais e residuais, estabelecendo-se em conjunto outras formas de argumentação – “consequencialismo fraco”.

Em linhas gerais, juízos consequencialistas, aplicados ao direito exibem uma estrutura dual, que pressupõe, no aspecto descritivo, a especificação da consequência associada à decisão, justificando porque as demais alternativas, que também se relacionam com a decisão, não foram consideradas; e no aspecto normativo, a valoração, com base em alguns critérios prévios, da consequência determinante para a tomada da decisão.

Apesar das dificuldades inerentes tanto ao aspecto descritivo quanto ao aspecto normativo do pensamento, Schuartz admite, “as decisões judiciais têm consequências, *reconhecidamente*”<sup>16</sup>. E, como tais consequências ocorrem a reboque da própria decisão, pretender que os juízes se abstenham de trazer tais considerações ao processo decisório, afigura-se “normativamente questionável e praticamente inviável”<sup>17</sup>.

De acordo com Basile Georges Campos Christopoulos<sup>18</sup>, as discussões sobre o consequencialismo jurídico giram em torno de algumas divergências: se podem ser usados em todos os casos ou apenas nos casos difíceis; se podem ser invocados na ausência de normas ou mesmo quando há normas específicas; se devem prevalecer

14. Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)> Acesso em 25 abr. 2018.

15. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, In: MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

16. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

17. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

18. Cf. CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialismo no direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3, 2015.

sobre outros argumentos; se todos os tipos de consequências devem ser considerados; e se é – e sendo possível, como – atribuir pesos para cada uma delas.

A articulação de cada um dos pontos, por sua vez, seria capaz de conduzir a tipos distintos de argumentação, além determinar a adequação das respostas por ele fornecidas. As teorias que defendem o uso de argumentos consequencialistas vão discordar justamente no que diz respeito aos limites rígidos entre as normas e consequências, diferenciando, ainda, tipos diferentes de consequências que poderiam ser levadas em consideração.

Nesse sentido, com esteio em MacCormick<sup>19</sup>, Christopoulos separa dois tipos principais de argumentos consequencialistas: se “é uma consequência prevista no direito em alguma norma, há o argumento consequencialista jurídico, intrajurídico ou interno”; se, por outro lado, a consequência é “alheia ao direito, de natureza econômica, sociológica ou de qualquer outra matéria, ter-se-á um argumento consequencialista extrajurídico ou externo”<sup>20</sup>.

A partir dessas diferenciações, mas sem desprezar os contributos das demais formas de argumentação jurídica, o autor defende, então, a necessidade de se pensar um consequencialismo jurídico que, ao mesmo tempo, “não fuja dos critérios tradicionais de justificação, mas que faça parte da interpretação das normas e, dentro da perspectiva retórica, seja persuasivo aos juízes e ao auditório universal”<sup>21</sup>.

#### 4. CRÍTICAS E OBJEÇÕES À APLICAÇÃO DE ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS NO ÂMBITO JURÍDICO

Alvo de elogios e críticas, a adoção de teorias consequencialistas no âmbito jurídico tem suscitado acalorados debates na academia, não apenas no que tange às teorias descritivas (que se propõe a responder “o que é o direito?”), mas também as teorias normativas da decisão judicial (cuja proposta é responder “como deve decidir o juiz?”), relacionando temas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional e Direito Processual, entre outros.

Figurando a Análise Econômica do Direito como a corrente mais popular, é contra suas bases que a maioria das críticas é direcionada. Parte substancial, entretanto, pode ser extrapolada a outros tipos de teorias que, de alguma forma, se proponham à mesma incorporação. Assim, lembrando novamente caráter heterogêneo do corpo teórico, e sem pretender esgotar a questão, vale a pena referenciar algumas das objeções levantadas, separando-as em linhas argumentativas principais.

Uma primeira linha direciona-se às próprias bases do pensamento consequencialista e, em certa escala, à própria ética teleológica. Nessa esteira, reeditando argu-

19. Cf. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.

20. Cf. CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Argumento consequencialismo no direito. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3, 2015. Op. Cit. P. 22.

21. Cf. CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. Op. Cit. P. 10.

mentos do embate com a deontologia, consequências boas, por si só, jamais poderiam justificar a prática de más ações, sendo inadequada a adoção de parâmetros como a maximização da utilidade ou busca pela eficiência no direito, contrariando noções elementares de Justiça.

Uma segunda linha faz referência a problemas na apreensão de comportamentos e consequências e dificuldades na avaliação de resultados. Nessa linha, de um lado, costuma-se apontar exagerado reducionismo na assunção de racionalidade comportamental, e, de outro, elevado déficit informacional no processo, por falhas de conhecimento técnico, ou porque verdadeiramente impossível assimilar todas as potenciais repercussões de uma decisão ainda não tomada<sup>22</sup>.

Uma terceira linha, ainda, renova a preocupação com a autonomia do direito, relacionando a incorporação do discurso à perda de referências e consequente elevação do arbítrio. Nessa senda, deve-se ter cuidado para não “abrir a Caixa de Pandora”<sup>23</sup> do argumento, permitindo que diversos tipos de proposição jurídica, mesmo *contra legem*, encontrem fundamentação em raciocínios pinçados, por vezes para reafirmar prévia compreensão sobre a questão.

No que tange especificamente à discussão das consequências no processo de tomada decisória e como fundamento para decisões judiciais, estabelecendo interessante paralelo com o debate sobre o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito contemporâneo à luz da doutrina tradicional da Separação dos Poderes e em consideração às tarefas acrescidas pela jurisdição constitucional, outros três pontos de questionamentos podem ser levantadas.

No primeiro ponto, coloca-se a questão da legitimidade. Em raciocínio subjacente, argumentos de consequência confundem-se com argumentos de política<sup>24</sup>; assim, seja porque não são unguídos pelo processo eleitoral, seja porque sua função é distinta daquela acometida aos legisladores, não cabe aos juízes tal tipo de discussão, devendo se ater a discussão do direito existente, sob pena de desvirtuamento do papel do Judiciário no Estado Democrático<sup>25</sup>.

22. “Nesse contexto, a entrada em cena de argumentos consequencialistas na decisão judicial aumenta significativamente a chance de erro. No caso dos juízos causais, mesmo o instrumental sociológico ou econômico mais preciso representa apenas um juízo probabilístico – expressa qual é o resultado social esperado uma vez adotada esta ou aquela alternativa decisória. Não existem certezas em prognósticos sobre o comportamento dos agentes afetados por uma decisão judicial.” ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. P. 217.

23. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise do Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.

24. “Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. (...) Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.” DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: University, 1977. P. 82.

25. No resumo de Hart sobre a teoria de Dworkin “A judge who thus steps into the areas of what he calls policy, as distinct from principles determining individual rights, is treading forbidden ground reserved for the

No segundo ponto, coloca-se a questão da capacidade institucional<sup>26</sup>. Nessa senda, o Poder Judiciário não seria a instância mais adequada para discussão acerca de efeitos sistêmicos, seja pelas limitações da jurisdição e do processo<sup>27</sup>, seja pelos limites epistêmicos dos julgadores, vindos de segmentos estreitos da sociedade e nem sempre dotados de equipe de apoio qualificada, ou ainda, por seus limites operacionais, observado o desenho institucional vigente e atribuições de provisão<sup>28</sup>.

No terceiro ponto, alerta-se para o risco de perda de isenção – ou, ainda, de politização, descambando para o ativismo judicial<sup>29</sup>. Nessa linha de pensamento, os juízes, insuflados pelo novo potencial, poderiam se valer desses tipos de argumentos para concretizar politicamente sua própria visão de mundo. Essa atuação, em passo seguinte, pode facilmente degenerar em ideologização ou até mesmo em partidarização da justiça<sup>30</sup>.

Por fim, refletindo sobre os (maus) usos da argumentação consequencialista, Luis Fernando Schuartz aponta três maneiras de se empregar o consequencialismo no campo jurídico apenas como forma de vantagem argumentativa, aparecendo “se, e quando, a solução de um caso concreto, a partir das regras *prima facie*, aplicáveis, conduzir a resultados diferentes do desejado pelo usuário da estratégia”<sup>31</sup>.

O primeiro tipo, o festivo, parte de uma ampla des-diferenciação entre aplicação do direito e formação de políticas públicas, comandada por uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana sobre o tema. A atitude crítica e desdenhosa e a superficialidade e seletividade na escolha dos seus insumos teóricos e metodológicos, por sua vez, é que conferem “um ar caricatural quando comparado com seu maior modelo inspirador”.

elected legislature. This is so because for him not only is the law a gapless system, but it is a gapless system of rights or entitlements, determining what people are entitled to have as a matter of distributive justice, not what they should have because it is to the public advantage that they should have it” Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in id. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983. P. 141.

26. Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, fev. 2003, p. 885-951.

27. Reativa e limitada ao pedido, operando em reduções de complexidade, e por meio do sistema de preclusões e de presunções diversas, até se chegar à coisa julgada. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 468.

28. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais”, entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2016.

29. Na definição de Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial representa o exercício da função jurisdicional “para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos)” Cf. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

30. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político dado ao Supremo pela Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-08/papel-politico-dado-judiciario-constituicao>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

31. Cf. SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

O segundo tipo, militante, se caracterizaria por não se deter diante das regras de direito positivo e não se preocupar em reestruturar as suas referências normativas. Diferentemente do tipo festivo, o militante parece mais alinhado à tradição e quer ancorar suas posições, valendo-se, ao menos nominalmente, de formas canônicas de interpretação do direito, como, por exemplo, da “aplicação direta de princípios constitucionais” e a ponderação de interesses.

O terceiro tipo, malandro, seria a forma mais sofisticada, estabelecendo-se pelo uso da dogmática para a desconstrução e a reconfiguração dos elementos de argumentação na forma requerida para a fundamentação de uma decisão. Assim, esse tipo de argumentação vale-se de construções de conceitos e distinções que conduzam decisão pretendida e a façam aparecer como desde sempre juridicamente admissível e adequada ao caso.

## 5. ABERTURAS AO CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO NO SISTEMA BRASILEIRO

O texto da Constituição de 1988, abrangente e detalhista, incorporou em seu texto diversos enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos<sup>32</sup>. Não apenas o texto constitucional, a mesma técnica começou a ser empregada na legislação infraconstitucional, priorizando-se a incorporação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, não mais estabelecendo critérios fixos, mas pautas de valores a serem paulatinamente preenchidas de acordo com as contingências<sup>33</sup>.

A adoção desse tipo de textura, em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas, para além de incentivar a judicialização<sup>34</sup> – com o consequente incremento da busca e transferência para o Poder Judiciário da discussão acerca de questões políticas e sociais que até então pareciam fora do seu escopo de determinação – acabou também por gerar situações de incerteza, de difícil solução pelo simples emprego de técnicas convencionais de interpretação.

Não apenas essas novas técnicas legislativas, e as novas complexidades delas decorrentes, a própria colocação do Poder Judiciário no centro dessas discussões acaba por fortalecer a ideia de que o exame dos prováveis impactos deve fazer parte do processo decisório. A popularização dos raciocínios e argumentos consequen-

32. Nesse sentido, Humberto Ávila entende ser plausível afirmar “que a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de Estado Principiológico” Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 15.

33. Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 79, set. 2010.

34. Notadamente no sentido de “transferência, para o âmbito judicial, da deliberação de questões do âmbito político, ou seja, que até então eram consideradas exclusiva ou precipuamente de alçada dos legisladores e gestores” bem como “da deliberação de questões sociais, ou seja, que até então eram consideradas exclusiva ou precipuamente fora de determinação estatal” Cf. VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização: Análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

cialistas no direito brasileiro aparece, então, como estratégia de enfrentamento de problemas reais impostos por esse novo arranjo político-institucional.

Conforme Mariana Pargendler e Bruno Mayerhof Salama<sup>35</sup>, ponderações sobre prováveis consequências de determinadas normas se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil. O caráter teleológico dos princípios exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins, revelados por ilações sobre os efeitos concretos de regimes. A própria incidência normativa, assim, depende intimamente de suas prováveis consequências.

A recolocação do Poder Judiciário, que passou da periferia ao centro do arranjo político, alçado ao papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais e ente ativo na formulação das políticas públicas<sup>36</sup>, tornou relevante o enfrentamento de questionamentos acerca das consequências das decisões, o que leva à convergência metodológica, em detrimento de teorizações jurídicas mais formalistas ou pautadas “pelas exigências de justiça apenas no caso concreto”<sup>37</sup>.

Assim, “quer gostem, quer não, quer o façam aberta ou veladamente” os juízes de muitos países, incluindo os do Brasil, estão “impingidos a pensar seriamente sobre relações de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, relações essas que não podem ser obtidas somente com a filosofia, a lógica, a filologia ou a gramática”. As implicações do novo modelo, por sua vez, “em muito ultrapassam a transformação da produção acadêmica em direito para atingir, igualmente, o funcionamento do processo judicial”<sup>38</sup>.

Diego Werneck Arguelhes destaca que, na identificação do critério a ser utilizado a comparar as alternativas decisórias, é possível que a própria norma aplicável remeta o intérprete para considerações de ordem consequencialista, sendo o *locus* típico mais favorável às normas construídas como princípios, que – utilizando a expressão de Humberto Ávila – estabelecem como obrigatória a promoção de certos “estados de coisas com certas propriedades positivamente valoradas pela(s) norma(s) em jogo”<sup>39</sup>.

Nesse sentido, em diversos pontos do ordenamento jurídico brasileiro é possível encontrar dispositivos que “convidam o aplicador a uma ‘leitura consequencialista’”, variando o critério de acordo com a área do direito envolvida e a finalidade específica do diploma em que se insere. Assim, “não se pode pretender aplicar corretamente uma

35. Cf. PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. P. 99-100.

36. Cf. PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. P. 99-100.

37. Sobre o tema, Cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da jurisprudência na interpretação dos contratos bancários no Brasil. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, n. 57, jul./set. 2012.

38. Cf. PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013. P. 127.

39. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. Op. Cit. P. 215.

norma com essa estrutura sem comparar as consequências de alternativas decisórias tendo por base a finalidade”<sup>40</sup>.

Como diversos casos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revelam – prossegue o autor –, “em vários momentos a argumentação baseada nas consequências pode ser uma maneira específica de obedecer a normas constitucionais”, que se potencializa em um cenário no qual a Constituição é cada vez mais aplicada diretamente, “inclusive quanto às normas tradicionalmente consideradas ‘programáticas’”.

Na esteira dessas constatações, extensa literatura tem se dedicado à investigação de argumentos consequencialistas em decisões judiciais, notadamente aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. No ponto central dessas análises, costumam aparecer discussões sobre impactos econômico-financeiro das decisões de inconstitucionalidade de normas tributárias, notadamente o argumento de colapso fiscal comumente invocado pela Fazenda em juízo<sup>41</sup>.

Outro ponto fulcral nessa discussão refere-se ao polêmico art. 27 da Lei 9868, de 10 de novembro de 1999, que prevê a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”<sup>42</sup>, extraíndo-se daí a necessidade de se investigar as “consequências previsíveis da decisão para alterar a aplicação da incidência da norma jurídica sobre o caso a critério do juiz”<sup>43</sup>.

Mais recentemente, em outro ponto capaz de gerar controvérsias, a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, passou a prever que, “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, devendo considerar, na interpretação de normas, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Assim, admitindo-se possível a construção de argumentos consequencialistas institucionais, isto é, reconduzíveis a pontos objetivamente verificáveis do orde-

40. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006. P. 101.

41. Dentre inúmeros outros: PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011; CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Controle de Constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado São Paulo, 2014; LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros Dias. *Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário*, Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

42. BRASIL. Lei 9.868, de 10 de novembro de 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)> Acesso 05 de maio 2018.

43. Cf. CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialismo no direito*. Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3, 2015. P. 25.

namento, que se mostram “tão compatíveis com os ideais do Estado de Direito e da Separação de Poderes quanto argumentos linguísticos ou sistemáticos”, o problema deixa de ser “de fundamento” passando a ser preponderantemente “de grau”<sup>44</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Poder Judiciário, no contexto atual, desenvolve o importante papel na solução de conflitos, seja entre pessoas – a função tradicional, seja entre textos normativos, tomando como premissa a força normativa da Constituição – a partir da chamada jurisdição constitucional. Da mesma forma que os escopos da jurisdição ultrapassam a mera aplicação da lei ao caso concreto, forçoso reconhecer que seu exercício seja capaz de produzir consequências – desejadas e indesejadas – para além do caso *sub judice*.

O consequencialismo judicial, congregando teorias heterogêneas que defendem que, de alguma forma, a análise das consequências das decisões judiciais possam – ou devam – integrar o processo decisório permanece polêmico. A ideia central, entretanto, vem ganhando força a partir das aberturas conferidas pelo próprio ordenamento para que essa discussão seja estabelecida, o que se verifica, por exemplo, em normas de textura aberta de caráter finalístico.

Nesse sentido, a preocupação com as potenciais repercussões das decisões judiciais não parece divorciar-se do papel que se espera do julgador no Estado de Direito contemporâneo, muito embora pareça igualmente adequado resguardar que o recurso a essa linha de argumentação não seja feito de maneira meramente retórica, servindo para justificar decisões que, a princípio, não poderiam ser aceitas à luz do ordenamento vigente.

Lado outro, muito embora desejável, não se pode olvidar as limitações típicas do Poder Judiciário (capacidade institucional) e do processo (redução processual) para que não se exija do julgador um objetivo inalcançável, qual seja, considerar, de antemão, e mesmo quando tais argumentos não são invocados, todas as possíveis repercussões, exigindo corresponsabilidade das partes e instituições no processo decisório.

Nesse novo contexto normativo, afastadas as principais objeções de fundamento, mas sem olvidar as dificuldades que tal tipo de pensamento impõe – e as críticas não são poucas ou frágeis – o verdadeiro desafio da doutrina passa a ser, então, o de construir meios de domesticação do discurso – esperando-se que este trabalho, de alguma forma, possa servir para fomentar tal debate.

44. Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. Op. Cit. P. 222.

## 7. REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, n. 3, jan. 2000.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais”, entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Disponível em: <[http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01\\_Arguelhes\\_Leal.pdf](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2016.
- \_\_\_\_\_. *Deuses pragmáticos, mortais formalistas: A justificação consequencialista de decisões judiciais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações*. In: SARMENTO, Daniel (coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 58, ano 15, jan.-mar. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1980.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. *Argumento consequencialismo no direito*. *Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL*. V. 6, N. 3, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese de Doutorado apresentada ao programa de pós-graduação em direito da Universidade do Estado São Paulo, 2014.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 79, set. 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: University, 1977.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Estado de Direito e Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- \_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *Globalização jurídico-econômica e irritações legais locais: a racionalidade de incorporação do Law & Economics pelo pensamento jurídico brasileiro*. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XIX+Congresso+Nacional+-+UFSC+-+Florian%C3%B3polis+\(13,+14,+15+e+16+de+outubro+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XIX+Congresso+Nacional+-+UFSC+-+Florian%C3%B3polis+(13,+14,+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf)> Acesso em 13 maio 2018.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in id. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983.
- LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros Dias. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição Voluntária: Perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2011.
- PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.
- PRETTO, Renato Siqueira de. KIM, Richard Pae. TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)> Acesso em 25 abr. 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise do Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/) Acesso em 01 mai. 2018
- VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização: Análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015

## CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Neyton Fantoni Júnior

Juiz de Direito da 1ª Vara de Bebedouro – Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Objetivo do presente estudo – 2. O consequencialismo judicial na visão de um juiz de primeira instância e seus aspectos práticos – 3. A atualidade sempre renovada do consequencialismo judicial diante das questões envolvendo a liberdade de expressão submetidas à apreciação do Poder Judiciário – 4. A interpretação constitucional como técnica para balizamento e concretização dos valores e princípios inerentes à liberdade de expressão – 5. A relevância da atividade judicial ponderada e reflexiva na concretização da garantia constitucional de liberdade de expressão e informação diante da colisão de direitos – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia consultada

### 1. OBJETIVO DO PRESENTE ESTUDO

O presente estudo não tem a pretensão de realizar um aprofundamento teórico em relação ao consequencialismo judicial. Visa, tão somente, oferecer mais um instrumento de trabalho para o exercício da atividade jurisdicional em sintonia com o nosso tempo, marcado por velozes e avassaladoras transformações e pelos contínuos desdobramentos decorrentes da ascensão do Poder Judiciário e seu reflexo na vida e no comportamento das pessoas e das instituições, sob a ótica de antigo magistrado de primeiro grau.

Com o presente estudo, procura-se valorizar o peso da decisão judicial como fator de afirmação e fortalecimento dos princípios e valores constitucionais, ressaltando suas consequências práticas para o cotidiano e para a fixação de diretrizes comportamentais. Como ressaltado pelo Professor Joaquim Falcão, nas consequências práticas da decisão judicial residem a sua força e a sua importância. Residem, aliás, não apenas o seu poder, mas a legitimidade – a empatia social – de seu poder<sup>1</sup>.

Sob tal enfoque, o presente estudo procura ressaltar o conteúdo educativo das decisões judiciais para a concretização da Constituição no tocante ao exercício da liberdade de expressão e informação, quando o juiz deve criar resultados, contribuir para a evolução da convivência civilizada e respeitosa em relação às manifestações de pensamento, opiniões e divergências, sendo a voz que pondera, equilibra e oferece diretrizes diante de uma crise ou de um conflito de interesses cuja solução os envolvidos não encontraram pela própria compreensão e iniciativa pela via do diálogo.

1. Empatias e consequencialismos, artigo publicado na Folha de São Paulo, Opinião, 24 de maio de 2009.

- GIANNATTASIO, Arthur Roberto Capella. *Globalização jurídico-econômica e irritações legais locais: a racionalidade de incorporação do Law & Economics pelo pensamento jurídico brasileiro*. In: Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+\(13,+14,+15+e+16+de+outubro+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/antecedentes/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+(13,+14,+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf)> Acesso em 13 maio 2018.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, in id. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon, 1983
- LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros Dias. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, 2017.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1978.
- MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011,
- MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Jurisdição Voluntária: Perspectiva atual à luz da teoria geral e da instrumentalidade do processo civil reflexos sobre o âmbito de aplicação da discricionariedade judicial*. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2011.
- PARGENDLER, Mariana. SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.
- PRETTO, Renato Siqueira de. KIM, Richard Pae. TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)> Acesso em 25 abr. 2018.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (org.). *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise do Impacto Regulatório*. Brasília: Anvisa, 2009
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner*. Disponível em: [https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/) Acesso em 01 mai. 2018
- VIARO, Felipe Albertini Nani. *Judicialização: Análise doutrinária e verificação no cenário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- ZALTA, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Metaphysics Research Lab, 2015

## CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Neyton Fantoni Júnior*

Juiz de Direito da 1ª Vara de Bebedouro – Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Objetivo do presente estudo – 2. O consequencialismo judicial na visão de um juiz de primeira instância e seus aspectos práticos – 3. A atualidade sempre renovada do consequencialismo judicial diante das questões envolvendo a liberdade de expressão submetidas à apreciação do Poder Judiciário – 4. A interpretação constitucional como técnica para balizamento e concretização dos valores e princípios inerentes à liberdade de expressão – 5. A relevância da atividade judicial ponderada e reflexiva na concretização da garantia constitucional de liberdade de expressão e informação diante da colisão de direitos – 6. Considerações finais – 7. Bibliografia consultada

### 1. OBJETIVO DO PRESENTE ESTUDO

O presente estudo não tem a pretensão de realizar um aprofundamento teórico em relação ao consequencialismo judicial. Visa, tão somente, oferecer mais um instrumento de trabalho para o exercício da atividade jurisdicional em sintonia com o nosso tempo, marcado por velozes e avassaladoras transformações e pelos contínuos desdobramentos decorrentes da ascensão do Poder Judiciário e seu reflexo na vida e no comportamento das pessoas e das instituições, sob a ótica de antigo magistrado de primeiro grau.

Com o presente estudo, procura-se valorizar o peso da decisão judicial como fator de afirmação e fortalecimento dos princípios e valores constitucionais, ressaltando suas consequências práticas para o cotidiano e para a fixação de diretrizes comportamentais. Como ressaltado pelo Professor Joaquim Falcão, nas consequências práticas da decisão judicial residem a sua força e a sua importância. Residem, aliás, não apenas o seu poder, mas a legitimidade – a empatia social – de seu poder<sup>1</sup>.

Sob tal enfoque, o presente estudo procura ressaltar o conteúdo educativo das decisões judiciais para a concretização da Constituição no tocante ao exercício da liberdade de expressão e informação, quando o juiz deve criar resultados, contribuir para a evolução da convivência civilizada e respeitosa em relação às manifestações de pensamento, opiniões e divergências, sendo a voz que pondera, equilibra e oferece diretrizes diante de uma crise ou de um conflito de interesses cuja solução os envolvidos não encontraram pela própria compreensão e iniciativa pela via do diálogo.

1. Empatias e consequencialismos, artigo publicado na Folha de São Paulo, Opinião, 24 de maio de 2009.