



## RACIONALIDADE ECONÔMICA E CONSEQUENCIALISMO

---

**Bernardo Raposo Vidal\***

*"Creio que as histórias tristes sobre padecimentos concretos muitas vezes são um melhor caminho para modificar o comportamento das pessoas que citar regras universais."* RICHARD RORTY

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Racionalidade Econômica. 2.1 Racionalidade Econômica – Conceito. 2.2 Racionalidade Econômica – Evolução Histórica 3 Consequencialismo. 3.1 Definições 3.2 Principais Correntes 3.3 Consequencialismo no Direito Brasileiro. Críticas 3.4 A expressão “consequências práticas da decisão” 3.5 Consequencialismo na Jurisprudência dos Tribunais Superiores 4. Aspectos Dogmáticos do Consequencialismo no Direito Brasileiro. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

### RESUMO

O artigo apresenta o conceito de Racionalidade Econômica e sua imbricação no Direito, através do consequencialismo. Busca-se responder se há abertura para sua aplicação em alguma norma do Direito Brasileiro, e, ainda que não se encontre tal resposta de forma explícita, indaga-se se, nesse caso, poderia ser utilizada como fundamento válido de uma decisão judicial. Utiliza-se, para tal, de pesquisa na Jurisprudência dos Tribunais Superiores, Doutrina e a Legislação em vigor, que trarão alguns indicativos do que se pode considerar como argumentos consequencialistas e se tal prática está presente em nosso ordenamento, mesmo antes da edição da Lei nº 13.655/2018.

**Palavras-Chave:** Racionalidade Econômica. Consequencialismo. Análise Econômica do Direito. Pragmatismo Jurídico. Fundamentação da Decisão Judicial.

### ABSTRACT

The article presents the concept of Economic Rationality and its overlap in Law, through consequentialism. It seeks to answer whether there is an opening for its application in any Brazilian law norm, and, although such an answer is not found explicitly, it is asked whether, in this case, it could be used as a valid basis for a judicial decision. For this purpose, research is used in the Jurisprudence of the Superior Courts, Doctrine and the Legislation in force, which will bring some indications of what can be considered as consequentialist arguments and whether such practice is present in our law, even before the enactment of the Law nº 13.655 / 2018.

---

\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará. UFC (2019-2020). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2006) e Especialização em Direito Administrativo Empresarial pela Faculdade Cândido Mendes (2008/2009). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: bernardovidal@hotmail.com.

**Keywords:** Economic Rationality. Consequentialism. Law and Economics. Pragmatism. Grounds for the Judicial Decision.

## 1 INTRODUÇÃO

Já foi dito que, para o Consequencialismo, o valor de uma ação não é abstraído de seus fundamentos, mas das vantagens que possa acarretar. E tal afirmativa, *a priori*, não é totalmente falsa. Inobstante, há que se ter em mente as diferentes correntes que estão açambarcadas sob o gênero “Consequencialismo” e qual ou quais se adequam ao adágio citado no início do parágrafo.

O Pragmatismo Jurídico, na primeira fase do pensamento de Richard Posner, poderia estar associado, de forma rude, à racionalidade econômica, à ótica do custo-benefício, independentemente do que dispusesse a ordem jurídica (SALAMA, 2012, p.10).

Nos últimos anos do século XXI, tem-se observado uma alteração quantitativa e qualitativa do espaço que os Tribunais Superiores, principalmente o Supremo Tribunal Federal (STF) vem ocupando no cenário sócio-político brasileiro. O Poder Judiciário como um todo e, em especial, o STF passou a ter maior protagonismo em sua relação com os demais Poderes, o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.

O ativismo judicial dentro de um contexto de efetivação dos direitos fundamentais, tem sido prolífico. No entanto, nem sempre as decisões judiciais guardam relação com outros aspectos sociais, econômicos, culturais, políticos e democráticos que são, em alguns casos, relegados a segundo plano.

O pragmatismo jurídico enquanto técnica de decisão, de metodologia comparativo-consequencialista, implica em que se proceda ao cotejo entre as possíveis hipóteses de solução de um caso específico e os seus respectivos desdobramentos, as suas consequências de ordem prática no contexto social, econômico, político. Disto decorre que, em razão dos possíveis efeitos da decisão, o operador deverá buscar em outras fontes do conhecimento, que não só a jurídica, os parâmetros e fundamentos para sua decisão. E é nesse ponto, em específico, que adentra a Racionalidade Econômica.

## 2 RACIONALIDADE ECONÔMICA

Conforme será melhor explicado abaixo, em um modelo macroeconômico

assume-se que as pessoas não cometem erros sistemáticos, ou seja, que buscam maximizar seu bem-estar. O grande problema deste tipo de abordagem neoclássica está em assumir-se uma dada racionalidade, um modelo ideal, onde o comportamento tido como racional, por definição seria singular. Como se perceberá, a conduta dos agentes é, desde logo, plural, induzida por uma multiplicidade de motivações da mais diversa índole.

## 2.1 Conceito

Como vimos brevemente acima, conceito de racionalidade é complexo e, para melhor entendê-lo faz-se necessário que premissas sejam conhecidas *ex ante*. Daniel Kahneman (2014, *online*) entende que há uma tradição que remonta a Adam Smith, se não antes, em tentar explicar o comportamento dos mercados por simples suposições e, principalmente, pela suposição do interesse próprio. Para o autor, a grande inovação de Adam Smith, no livro “A Riqueza das Nações”, é a de que o equilíbrio econômico é produzido por pessoas agindo em interesse próprio e não através de um planejamento central, via ação exclusiva do Estado.

Parte-se de uma ideia econômica básica que é a de supor sobre o que as pessoas entendem como seu interesse próprio, o que estão tentando fazer. E então assume-se que o que quer que estejam tentando fazer, eles estão fazendo direito, sem cometer erros.. A suposição da racionalidade vem daí. Então, para que se tivesse uma teoria que predissesse algo sobre o comportamento dos mercados, a partir de suposições sobre os indivíduos, dever-se-ia supor que essas pessoas não cometem erros. Kahneman aponta a dificuldade em apontar o que seria não cometer erros.

Conclui afirmando que o conceito de racionalidade completa se desenvolve e é um conceito que é muito não intuitivo, pois, basicamente, significa que as pessoas levam tudo em conta e todas as suas crenças são eternamente consistentes, todas as preferências são eternamente consistentes. A linha de conceituação da racionalidade teria uma direção: conceituando-se o interesse próprio dos agentes econômicos, chegaríamos ao final e ao cabo, ao conceito de um agente racional.

O que se pode extrair do conceito amplo de Kahneman é que a racionalidade econômica, assim como toda teoria que tenta prever algo sobre o comportamento dos mercados a partir de suposições de indivíduos, parte do pressuposto de que as pessoas

que formulam os conceitos não estão cometendo erros, que suas acepções estão todas corretas.

Então, por exemplo, para algumas correntes da Análise Econômica do Direito, grosso modo, sua racionalidade econômica tem sobreleva sobre a ordem jurídica. Esta deve amoldar-se à Economia de forma a ser considerada justa. Fazer justiça é utilizar-se da medida que proporcione o maior benefício coletivo com o menor gasto público. Nesse sentido a relativização do conceito de racionalidade trazido por Daniel Kahneman é importante para evitar “paixões filosóficas” e trazer o debate público para contornos menos emocionais.

## 2.2 Racionalidade Econômica – Evolução Histórica

Segundo a Dra. Diva Benevides Pinho, as principais raízes dos estudos da racionalidade econômica encontram-se, historicamente, em autores da antiguidade greco-romana (e.g., Xenofonte em *Econômica* e no *Tratado de Rendimentos*) e/ou em debates dos teólogos escolásticos medievais sobre o *justum pretium*. No entanto, os trabalhos sobre o comportamento racional dos agentes econômicos do sistema capitalista, segundo a docente da FEA/USP, delineiam-se mais claramente com a escola clássica e as escolas neoclássicas. (PINHO, 1976, p.1)

Os **Clássicos** tem por expoentes Adam Smith; Ricardo; Stuart Mill e foi uma escola do pensamento econômico que esteve presente no período de 1776 a meados do século XIX.

Como ideias centrais, buscaram simplificar o comportamento econômico como traduzida na famosa figura do *homo economicus* – perfeitamente racional, capaz de reconhecer seu interesse pessoal com precisão e de elaborar complicados cálculos para efetiva-lo.

Apontavam que o interesse geral resulta da soma dos interesses individuais, como pregava Smith. Ao buscar o melhor para si, o indivíduo atende ao interesse geral. Preocupam-se com o crescimento econômico de longo prazo, com a destinação dos excedentes gerados e como a sua divisão entre as classes pode afetar o crescimento econômico.

Os **Neoclássicos** tem por expoentes William Stanley Jevons, John Clark, C. Colson, Joan Robinson, Sraffa e Alfred Marshall. Desenvolvem a noção de *homo*

*economicus* advinda dos clássicos. Usam método de análise histórico, conciliado com a dedução. Utilizam-se da noção de utilidade e produtividade marginais, desenvolvendo a ideia de equilíbrio econômico.

A ideia central é a formulação de modelos de equilíbrio, por onde as relações econômicas devem se realizar, o que permite a elaboração da previsão de resultados futuros. É centrada na noção de *homo economicus*, ou seja, no indivíduo que, racionalmente, otimiza seu comportamento econômico, ideia que, no entanto, vem sendo combatida por diversas correntes doutrinárias multidisciplinares, inclusive a neurociência.

Além dos clássicos e neoclássicos, existem outras escolas que buscam explicar sob sua ótica a racionalidade econômica, como o marxismo-leninismo; a escola americana do comportamento econômico; gestaltismo; realismo econômico; dentre outros.

O que se pode afirmar com o ensinamento trazido pelas variadas escolas de pensamento, é que o comportamento econômico resulta do intercâmbio do homem inserido na sua comunidade, não sendo nem puramente racional, nem puramente emocional. Por esse motivo, o problema da racionalidade das ações econômicas não se coloca com a mesma simplicidade com que imaginaram os economistas clássicos e neoclássicos. Contudo, não se pode negar que o comportamento econômico constitua uma projeção de atos para os quais a racionalidade é o valor dominante, sobretudo quando consideradas as relações familiares ou ações políticas.

Para Diva, a racionalidade caracteriza, pois, idealmente, um conjunto de estruturas e funções; é própria da organização econômica. Todos os atos econômicos tendem para a racionalidade e esta, sujeita a diferentes graus conforme a cultura, imprime-se em tipos especiais de organização.

Nesse sentido, Amartya Sen (2012, *online*) afirma que os economistas deveriam realizar reflexões mais filosóficas sobre uma série de questões econômicas. Para o ganhador do prêmio Nobel, a racionalidade é bivalente: tanto um conceito da economia como um conceito filosófico básico.

Historicamente, a economia moderna, especialmente no século XX, tendeu a eliminar o interesse filosófico e a adotar critérios mecânicos sobre a racionalidade, com uma visão um pouco estreita, que pouco tem que seja relacionado a esse sentido de racionalidade, mais ligada a escolhas relativas ao bem-estar das pessoas.

Conclui Amartya Sen, aduzindo que o conceito de bem-estar, de crises sociais, de liberdade individual, e.g., deve ser buscado pelos economistas, pois são questões filosóficas que impactam a Economia, em que pesem serem disciplinas diferentes. A economia está, em última análise, preocupada com questões econômicas. A filosofia está preocupada com questões reflexivas de importância filosófica. Mas, ambas as diferentes disciplinas, para buscar maior completude, precisam reanalisar suas interdependências.

### **3 CONSEQUENCIALISMO**

A avaliação moral é central para as práticas críticas dos seres humanos. Para podermos navegar pelo mundo com sucesso, precisamos ser capazes de fazer julgamentos normativos sobre o que é bom e o que é ruim e, principalmente, que tipos de comportamento e modos de vida são moralmente bons e moralmente ruins.

Ao longo da história da filosofia, uma variedade de diferentes tipos de teoria foi sugerida e desenvolvida como uma maneira de entender a prática moral. O consequencialismo é entendido, também, como uma teoria ética.

#### **3.1 Definições**

Em razão das diversas acepções do termo, importante trazer algumas definições trazidas pela doutrina especializada.

Nesse sentido, Julia Driver (2012, p. 1) afirma que:

o consequencialismo é uma visão da filosofia moral que, à primeira vista, muitos acham intuitivamente plausível. Grosso modo, é a opinião de que a qualidade moral da ação e do caráter é determinada pelos efeitos da ação ou do traço de caráter (em relação às opções do agente).

No entanto, também pode ser visto de forma mais ligada à racionalidade econômica, conforme conceitua Erik Carlson (1995, p. 2): “Aplicado às ações, o consequencialismo pode ser descrito de maneira simples como a visão de que sempre se deve fazer aquilo que produza o melhor resultado. [...]”

É frequentemente contestado se o consequencialismo é compatível com uma concepção razoável de justiça ou com a crença de que alguns tipos de ação são sempre inadmissíveis. Como exemplos desse questionamento argumenta-se sobre o uso da tortura

para inviabilizar um ataque terrorista, bem como as variações de situações envolvendo o dilema do bonde (*trolley car*). (SANDEL, 2017, p.30-33)

### 3.2 Principais Correntes

Existem diversas correntes oriundas dessa forma de pensar sobre o comportamento humano. Elenco abaixo, duas principais apenas para fins exemplificativos:

A) **Utilitarismo**: teoria desenvolvida na filosofia liberal inglesa, especialmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873). Indica que as consequências de uma ação são a única base permanente para julgar a moralidade desta ação. O utilitarismo não se interessa desta forma pelos agentes morais, mas pelas ações – as qualidades morais do agente não interferem no “cálculo” da moralidade de uma ação, sendo então indiferente se o agente é generoso, interessado ou sádico, pois são as consequências do ato que são morais. Há uma dissociação entre a causa (o agente) e as consequências do ato. Assim, para o utilitarismo, dentro de circunstâncias diferentes um mesmo ato pode ser moral ou imoral, dependendo se suas consequências forem boas ou más.

B) **Pragmatismo Jurídico**: segundo Bruno Salama, “não há uma definição satisfatória que abarque todas as inúmeras vertentes do pragmatismo jurídico. Embora possam ser encontradas linhas de convergência, o pragmatismo dos socialistas Dewey, Habermas e Wittgenstein é distinto do pragmatismo dos liberais Richard Rorty e Richard Posner. (...) Sob a perspectiva pragmática, o direito é fundamentalmente um instrumento para a consecução de fins sociais. Postula que o significado das coisas seja social, e não imanente, e que as realizações humanas devam ser apreciadas relativamente às circunstâncias e avaliadas também por suas consequências.” (SALAMA, 2008, p.32)

Cotejando o contexto geral de racionalidade econômica de maximização da riqueza (maximização racional) com o menor gasto possível, objetiva-se, neste artigo, analisar a versão geral/estrutural do consequencialismo, ou seja, sob a lógica de que uma determinada decisão ou ação é consequencialista se pondera e valoriza previamente os efeitos relativos àquele agir.

### 3.3 Consequencialismo no direito brasileiro

A preocupação de contextualizar e de buscar a melhor produção de resultados decorrentes da interpretação da norma são diretrizes há muito fixadas pelo ordenamento jurídico pátrio, como se observa dos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB” - Decreto-Lei nº 4.657/1942): “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Questões “extrajurídicas” (de ordem econômica, política ou social), porém indissociáveis da vida em sociedade, autorizam que a Suprema Corte promova o exame de demanda que lhe tenha sido dirigida, podendo dela não conhecer se entender por irrelevantes as eventuais repercussões da decisão recorrida (repercussão geral do recurso extraordinário, §1º do art. 1.035 do Código de Processo Civil<sup>1</sup>).

Também sob o prisma decisional, o art. 4º<sup>2</sup> da lei nº 8.437/1992 autoriza ao Presidente do respectivo Tribunal decretar a suspensão de tutelas de urgência concedidas em face do poder público, não apenas por motivos de ordem jurídica, mas por questões de relevante interesse coletivo. No mesmo sentido, a Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), no art. 15, caput<sup>3</sup>.

Importantíssimo expoente é a Lei nº 9.868/1999, principalmente no art. 27, em que prevê a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade (grifou-se):

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social**, poderá o supremo tribunal federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

<sup>1</sup>Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada **a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social** ou jurídico **que ultrapassem os interesses subjetivos do processo**.

<sup>2</sup>Art. 4º Compete ao Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o poder público ou seus agentes, a requerimento do ministério público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (Grifou-se)

<sup>3</sup> Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do ministério público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição. (Grifou-se).



Alteração recente, trazida pela Lei nº 13.655/2018, modificou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Um dos dispositivos mais importantes relativos ao tema aqui tratado é o art. 20, *in verbis*: “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.*” (Grifou-se)

O art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB) tem por finalidade reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal diante da incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

Sobre tal dispositivo há críticos. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ingressou, em julho de 2018, com Ação direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 6146), impugnando os artigos 20 a 23 da LINDB, incluídos pela Lei 13.655/2018.

A petição inicial argumenta que os referidos dispositivos exigem do magistrado “um juízo de futurologia”, além de afrontarem os princípios constitucionais da separação dos Poderes e do contraditório. “Ao impor ao juiz exercício de um juízo de futurologia (dizer de consequências da decisão e alternativas não adotadas), a norma transforma o juiz em um consultor ou parecerista, deixando de lado sua função única de julgador”.

Lênio Streck (2011, p.325 ), em seu Verdade e Consenso, explica que:

[...] para os adeptos do pragmatismo, não se deve conferir autoridade última a uma teoria, já que o objetivo crítico de raciocinar teoricamente não é chegar a abstrações praticáveis, mas, sim, explicitar pressuposições tácitas quando elas estão causando problemas práticos. Para o pragmatismo jurídico, teorias éticas ou morais operam sobre a formulação do Direito, mas, na maior parte das vezes (ou, ao menos, frequentemente), a porção mais importante de uma legislação é a previsão “exceto em caso em que fatores preponderantes prescrevam o contrário”..

De outro lado, há autores como Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Gustavo Binembojm (2018, grifou-se), dentre outros que, em parecer conjunto, entendem:

*Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.*”

### 3.4 A expressão “consequências práticas da decisão”

A expressão “consequências práticas da decisão” é bem ampla. No entanto, indica que a principal intenção do legislador foi a de impor a exigência de que o julgador considere, principalmente, as consequências econômicas da decisão proferida.

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2014, p. 31) conceitua a Análise Econômica do Direito:

De acordo com a análise econômica do direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o direito acaba por influenciar a economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.

Portanto, em tese, pela aplicação do art. 20 da LINDB, o juiz poderia deixar de condenar o estado a fornecer a um doente grave determinado tratamento médico de alto custo sob o argumento de que os recursos alocados para fazer frente a essa despesa fariam falta para custear o tratamento de centenas de outras pessoas (“consequências práticas da decisão”).

Em 2019, o Presidente da República editou o decreto nº 9.830/2019 que regulamenta os arts. 20 a 30 da LINDB, inseridos pela lei no 13.655/2018.

Esta regulamentação assume grande importância porque os arts. 20 a 30 da LINDB são repletos de conceitos abstratos ou que foram ainda pouco trabalhados pela doutrina, de forma que o decreto será o ponto de partida para a aplicação das inovações trazidas pela lei no 13.655/2018, ao menos em âmbito federal. Vide artigo 3º e parágrafos<sup>4</sup> do referido Decreto.

Esses conceitos expostos no referido artigo, e.g., “necessidade” e “adequação” foram emprestados da explicação que a doutrina dá a respeito do princípio da proporcionalidade, principalmente nas lições de Robert Alexy. (ALEXY, 2017, p.116-120)

<sup>4</sup> Art. 3º. A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão. § 1º Para fins do disposto neste decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

De acordo com essa técnica, o princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios:

A) Subprincípio da Adequação: no qual deve ser analisado se a medida adotada é idônea (capaz) para atingir o objetivo almejado;

B) Subprincípio da Necessidade: consiste na análise se há meios menos gravosos para implementar aquela medida; e

C) Subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito: representa a análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde.

Portanto, denota-se que o Decreto intenta normatizar a técnica da ponderação de princípios de Robert Alexy, que já é muito aplicada pela doutrina e jurisprudência.

### **3.5 Consequencialismo na Jurisprudência dos Tribunais Superiores**

Com relação à aplicação de argumentos consequencialistas ou pragmáticos nas decisões dos tribunais superiores, denota-se plêiade de acórdãos, os quais, elenca-se, discricionariamente, apenas alguns.

I) **STJ - Recurso Especial no 1.648.305/RS**: versava sobre a extensão do auxílio acompanhante, previsto no art. 45 da lei n. 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do regime geral da previdência social, nos termos do voto do relator.

Argumentação do voto vencedor: a) princípio da dignidade da pessoa humana; b) princípio da isonomia; c) princípio da vedação à proteção insuficiente de direito fundamental; d) benefício de caráter assistencial, não se enquadra na regra da contrapartida; e) Brasil signatário da cidpd/ny 2007, que foi admitida com status de emenda constitucional.

Argumentação do voto vencido: a) ausência de previsão legal. O Poder Judiciário não pode se substituir ao Legislativo; b) não há caráter assistencial no adicional de 25%, portanto necessário indicar a fonte de custeio (§5º do art. 195 da CF); c) princípio da seletividade (art. 194, parágrafo único, III cf/88 - atendimento pela necessidade) e a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, de caráter contributivo (art. 201, CF); d) estimativa de aumento do déficit da previdência social em R\$ 456.509.000,00 (quatrocentos e cinquenta e seis milhões, quinhentos e nove

mil reais) apenas considerando-se os benefícios concedidos entre 2015 e 2017.

II) **STJ - Eresp 1141788/RS**, min. Rel. João Otávio de Noronha, julgado em 07/12/2016: menor sob guarda para fins previdenciários. Ao menor sob guarda deve ser assegurado o direito ao benefício da pensão por morte mesmo se o falecimento se deu após a modificação legislativa promovida pela lei no 9.528/97 na lei no 8.213/91. O art. 33, § 3o do eca deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social, em homenagem ao princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente (art. 227 da CF/88).

III) **STF - RE nº 574706, julgado em outubro de 2017**: A corte reconheceu a inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS. Trata-se do debate travado no recurso extraordinário no 574.706, cuja discussão jurídica se desenrola por quase duas décadas. Conforme dados divulgados via petição pela AGU, o fisco deixará de arrecadar mais de R\$ 20 bilhões anuais com a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Além disso, terá que devolver entre R\$ 100 bilhões e R\$ 250 bilhões. A PGR concordou com a modulação dos efeitos *ex nunc*. Nos termos da manifestação da procuradoria, a modulação de efeitos se justifica especialmente à luz dos impactos fiscais que uma decisão abrangente, que assegurasse a restituição a todos os contribuintes, causaria. Destaca, ainda, a “atual e notória crise econômica pela qual passa o país” como dado agravante ao cenário de eficácia retrospectiva da decisão.

#### **4 ASPECTOS DOGMÁTICOS DO CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO BRASILEIRO**

Bruno Salama e Mariana Pargendler em “Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método” trazem aspectos interessantes sobre a crescente produção doutrinária e pesquisa no Brasil envolvendo o consequencialismo. (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p.95-144)

Para os autores, a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito. A utilização de argumentos consequencialistas em juízo, em particular, é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Essa hipótese se divide e justifica-se em razão de três aspectos: (i) um ligado aos seus vetores, (ii) outro ligado à sua fenomenologia jurídica, e (iii) um terceiro ligado aos

seus limites.

**Vetores:** a paulatina mudança no método da produção acadêmica explica-se por fatores decorrentes da profunda transformação e ampliação do fenômeno jurídico no último século. A transição de um estado liberal a um estado democrático regulatório, aliada à concomitante transformação na teoria e prática jurídicas — de um modelo formalista e baseado em regras a um modelo aberto e baseado em princípios —, fizeram crescer entre nós a demanda por estudos científicos aptos a embasar argumentos consequencialistas;

**Fenomenologia jurídica:** ponderações sobre as prováveis consequências fáticas de determinadas normas jurídicas — antes consideradas dados extrajurídicos que interessariam somente a áreas correlatas (sociologia, economia, psicologia etc.) — hoje se fazem cada vez mais presentes na interpretação do direito no Brasil. Os autores atribuem isso principalmente “porque o caráter teleológico dos princípios jurídicos exige, para a sua melhor aplicação, juízos sobre a adequação entre meios e fins — juízos estes que necessariamente dependem de ilações sobre os efeitos concretos de um ou outro regime jurídico. Assim, a própria incidência normativa dependerá intimamente de suas prováveis consequências futuras.”

**Limites:** apesar do recurso à discussão das consequências, subsistirá o papel do jurista como formulador de doutrina como não ciência. Os autores justificam a necessidade de o sistema jurídico extrair legitimidade de si próprio e continuar a aplicação principiológica, ainda que esbarre na racionalidade econômica, por dois motivos (i) a incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas) e (ii) a conhecidíssima “guilhotina de Hume” (de acordo com a qual não se pode deduzir o que “deve ser” com base em uma proposição sobre o que “é”).

Em resumo, a cientifização da pesquisa em direito não pode substituir o juízo de ponderação não científica (logo, dogmática e propriamente doutrinária) do jurista — tal como, aliás, a progressiva cientifização da produção acadêmica em economia não teve o condão de erradicar a doutrina econômica naquela disciplina. Revolve-se ao dito por Amartya Sen no capítulo segundo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se que a racionalidade econômica é vetor utilizado, de forma pré-concebida ou não, pelos Tribunais Pátrios, os quais assim o fazem alicerçados no espectro de livre convencimento motivado.

Pode-se afirmar que, embora de modo não tão ostensivo, o Ordenamento Jurídico Pátrio admite a adoção de técnica decisional que não se resume à mera aplicação da norma legislada ao caso concreto, na forma de uma subsunção autômata, mas que se oriente para uma apreciação mais acurada, na qual se considerem não só os fins sociais visados pela legislação, mas também os potenciais efeitos da deliberação sobre as diversas esferas de interesse – jurídicos ou não – que gravitam em torno do caso examinado.

Como indicado no art. 20 da LINDB, uma decisão judicial, quando lastreada em valores jurídicos abstratos, deverá considerar suas possíveis consequências práticas. No entanto, de acordo com Bruno Salama e do que se infere do dito por Amartya Sen, tal cotejo não retira a possibilidade de um “juízo de ponderação não científico” decorrente da aplicação de princípios de alta abstração. Como se observou nos acórdãos indicados, a dialeticidade no debate nos Tribunais, impõe a exposição do máximo de fundamentação possível, sob diferentes aspectos de diferentes áreas do conhecimento, inclusive a racionalidade econômica, mas, ao fim e ao cabo, enquanto não houver restrição legal, a valoração do peso de cada argumento continua atrelada ao Magistrado.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. 5. tir. Editora Malheiros.

BINEMBOJM, Gustavo *et al* (Org.). Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017: Parecer. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2585258>. Acesso em: 20/11/2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6146. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5702503>. Acesso em: 27/11/2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1141788/RS. Relator: João Otávio Noronha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900989105&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em 27/11/2019.

CARLSON, Erik. **Consequentialism Reconsidered**. Theory and decision library. Series A, Philosophy and methodology of the social sciences. V.20. Ebook. Kluwer Academic Publishers. 1995.

DRIVER, Julia. **Consequentialism**. New Problems of Philosophy. Series Editor: José Luis Bermúdez. Ed. Routledge. 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTREVISTA Amartya Sen - Racionalidade econômica não é pensamento mecânico. S.i.: Telos Cultural, 2012. (2 min.), HD, color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hH8vWnYOBa8>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ENTREVISTA Daniel Kahneman - A racionalidade perfeita. S.i.: Telos Cultural, 2014. (3 min.), HD, color. Legendado. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=49yMOpEYjAk>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 2. ed., São Paulo: Ed. Método, 2014.

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. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901>>. Acesso em: 28 nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v262.2013.8901>.

PINHO, Diva Benevides. **A Racionalidade Econômica – abordagem histórica**. Revista de História – USP. V.54, n. 107 (1976). Disponível em: <<https://revistas.usp.br/revhistoria/article/view/78556>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1. ed., Editora Forense, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia**. Cadernos GVDireito. 2008. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/publicacoes/pesquisa-direito-economia>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. 2012. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/35/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/)>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 6. Reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Saraiva. 4. ed. São Paulo, 2011.

*\*Submetido em 24 jan. 2020. Aceito em 03 fev. 2020.*