

ano 22 – n. 90 | outubro/dezembro – 2022
Belo Horizonte | p. 1-236 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i90
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral

ISSN impresso 1516-3210

ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A3 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A3 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Consequencialismo, garantismo e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma interpretação conciliatória

Consequentialism, guaranteeism and the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law: a conciliatory interpretation

Nestor Eduardo Araruna Santiago*

Universidade de Fortaleza (Brasil)
nestorsantiago@unifor.br
<https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

Francisco Arlem de Queiroz Sousa**

Universidade de Fortaleza (Brasil)
arlemq@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5101-2779>

Recebido/Received: 29.07.2022/July 29th, 2022.

Aprovado/Approved: 07.12.2022/December 7th, 2022.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Consequencialismo, garantismo e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma interpretação conciliatória. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 107-131, out./dez. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i90.1675.

* Professor Titular (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito) da Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Professor Associado (Graduação em Direito) da Universidade Federal do Ceará (Fortaleza-CE, Brasil). Doutor, Mestre, Especialista e Graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio Pós-Doutoral pela Universidade do Minho. Advogado criminalista. *E-mail*: nestorsantiago@unifor.br.

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Fortaleza-CE, Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Brasil. Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado da União. *E-mail*: arlemq@hotmail.com.

Resumo: Com o pós-positivismo, abrem-se as veredas para a criação e ampliação do direito por parte dos juízes. Na atividade criativa judicial, na qual pode se vislumbrar o o ativismo, é pertinente o debate entre a doutrina garantista, cujo maior expoente é Luigi Ferrajoli, e a doutrina consequencialista, que tem em Richard Posner seu referencial máximo. O garantismo se baseia na rígida subordinação à lei, impondo limites e vínculos a todos os poderes visando à máxima efetividade dos direitos fundamentais. O consequencialismo enfatiza que a decisão judicial deve primar pela produção dos melhores efeitos para a sociedade, ainda que, eventualmente, a lei seja inobservada. Em que pesem as divergências, garantistas e consequencialistas dão as mãos para combater o pamprincipiologismo, que representa a invenção e o uso abusivo dos princípios pelo Judiciário para justificar qualquer decisão solipsista. O art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro abre as portas para o consequencialismo no ordenamento jurídico nacional visando impor limites ao ativismo judicial, objetivo almejado também pelos garantistas.

Palavras-chave: Garantismo. Consequencialismo. Pamprincipiologismo. LINDB. Ativismo judicial.

Abstract: With post-positivism, the paths are opened for the creation and expansion of law by judges. In creative judicial activity, in which activism can be glimpsed, there is a pertinent debate between the guaranteeist doctrine, whose greatest exponent is Luigi Ferrajoli, and the consequentialist doctrine, whose maximum reference is in Richard Posner. The guaranteeism is based on the rigid subordination to the law, imposing limits and links to all powers, aiming at the maximum effectiveness of fundamental rights. Consequentialism emphasizes that the judicial decision must strive to produce the best effects for society, even if, eventually, the law is not observed. Despite the differences, guaranteeists and consequentialists join hands to combat panprincipiologism, which represents the invention and abusive use of principles by the Judiciary to justify any solipsistic decision. The article 20 of the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law opens the door to consequentialism in the national legal system, aiming to impose limits on judicial activism, an objective also pursued by guarantors.

Keywords: Garantism. Consequentialism. Panprincipiologism. LINDB. Judicial activism.

Sumário: Introdução – **1** Garantismo x consequencialismo – **2** Pamprincipiologismo – **3** Consequencialismo garantista: o art. 20 da LINDB e as decisões pautadas em valores abstratos – Conclusão – Referências

Introdução

A Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), promulgada pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, teve sua denominação alterada para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010,¹ por se tratar de um regramento que não deveria se restringir ao direito civil, possuindo abrangência maior, prestando-se a regular a introdução de todo o direito por veicular normas de “sobredireito”.

Mesmo com a alteração de sua nomenclatura, a LINDB ainda continuou com um caráter privatístico muito acentuado, reflexo de uma época em que o Código Civil era o centro do sistema jurídico. Ocorre que, após a Segunda Grande Guerra, houve um giro antropocêntrico, e o pedestal normativo passa a ser ocupado pelas

¹ Art. 2º - A ementa do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, passa a vigorar com a seguinte redação: “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” (BRASIL. *Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Altera a ementa do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112376.htm. Acesso em: 19 abr. 2022).

constituições, com a ascensão dos direitos fundamentais, veiculados por meio de princípios de caráter ético-político que se submetem à ponderação em caso de colisão para a solução de casos difíceis, resultando na irrupção dessas normas de conteúdo aberto, fluido, permeáveis a todo tipo de preenchimento interpretativo.

A proliferação de normas principiológicas acarretou a fragilização do conteúdo jurídico, aflorando a insegurança. Nesse cenário, justificou-se a euforia quando foi aprovada a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018,² em face da sua missão revolucionária em torno das tomadas de decisão no campo do direito público brasileiro. De um modelo pautado na racionalidade liberal típica do direito oitocentista contido na LICC, abriram-se as entranhas para se introduzirem na LINDB regras que abrigassem o aspecto dinâmico, mutável, espiralado, plurissubjetivo e diacrônico do direito na atualidade.

Com a inovação legal, os efeitos nocivos da indeterminação jurídica foram combatidos no art. 20 da LINDB, o qual passou a exigir a verificação das circunstâncias no mundo dos fatos, incorporando de vez o consequencialismo no direito público brasileiro. Embora discutido em vários campos do conhecimento, é na teoria da argumentação jurídica e da ética que o consequencialismo se choca com a teoria garantista, a qual rejeita as melhores práticas como o referencial a ser adotado para a tomada de decisão. O garantismo pugna pela observância da lei e respeito integral aos direitos fundamentais, independentemente dos efeitos que advirão do seu cumprimento.

Apesar dessas diferenças, defende-se neste artigo que garantismo e consequencialismo podem ser compatibilizados para promoção da segurança jurídica, combatendo o denominado pamprincipiologismo e, conseqüentemente, contendo o ativismo judicial. Nessa empreitada, partir-se-á de uma breve explanação acerca de ambas as teorias e os principais pontos de divergências. Na sequência, será abordado o denominado pamprincipiologismo, que representa a profusão desenfreada de princípios jurídicos e o uso abusivo dos mesmos pela magistratura em face de uma suposta legitimidade criadora legislativa que o Judiciário passou a usufruir sob os influxos das correntes pós-positivistas, as quais culminaram no fomento ao ativismo judicial. Por fim, dedicar-se-á a expor as razões pelas quais se entende que garantistas e consequencialistas, apesar de todas as divergências teóricas, se sentiram representados no art. 20 da LINDB, na medida em que esse dispositivo busca conter o pamprincipiologismo e, por via reflexa, limitar o ativismo judicial.

² BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 19 abr. 2022.

A partir de uma metodologia essencialmente bibliográfica e com alguns aspectos documentais (jurisprudenciais) para efeito de ilustração do argumento, o presente estudo visa realizar um comparativo entre as distintas posições que circundam a matéria, propiciando uma visão abrangente das peculiaridades que envolvam a problemática, buscando contribuir para o debate acerca do potencial que o art. 20 da LINDB tem para combater o uso abusivo de razões abstratas nas razões de decidir.

1 Garantismo x consequencialismo

A sabatina na Comissão de Constituição e Justiça do Senado de Kassio Nunes Marques, indicado pelo presidente Jair Bolsonaro para ocupar a vaga aberta no Supremo Tribunal Federal com a aposentadoria do ministro Celso de Mello, ocorreu em 21 de outubro de 2020 e durou quase 12 (doze) horas. O indicado, que fora desembargador federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, afirmou em suas respostas ser um magistrado de perfil garantista, que preza pela segurança jurídica, e disse aderir à teoria consequencialista por ter consciência de que suas decisões vão provocar efeitos na sociedade.³ À primeira vista, essas respostas podem causar espanto, pois afirmar ser, ao mesmo tempo, garantista e consequencialista denota uma contradição, como se alguém pudesse ser jusnaturalista e juspositivista simultaneamente.

Essa contradição fica muito bem demonstrada quando se observa que, apenas 11 (onze) dias antes da sabatina de Kassio Nunes Marques, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Luiz Fux, suspendeu os efeitos da medida liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio de Mello, nos autos do HC nº 191.836, que concedia liberdade a André Oliveira Macedo, conhecido como André do Rap, considerado pela justiça um dos principais traficantes do Primeiro Comando da Capital (PCC).⁴ Se, por um lado, a teoria garantista amparava a decisão do ministro Marco Aurélio, o qual nada mais fez do que mandar cumprir o disposto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP),⁵ na outra ponta os riscos para a sociedade em

³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-21/kassio-marques-garantista-nao-manifesta-casos-tramite>. Acesso em: 21 abr. 2022.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 1.395 - São Paulo. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Relator do HC n. 191.836 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 21 abr. 2020.

⁵ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal. (Incluído pela Lei n. 13.964, de 2019). BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Capítulo III – Da prisão preventiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

se liberar da prisão cautelar um indivíduo de extrema periculosidade exigiram que o pêndulo da balança se inclinasse para a análise das consequências, ignorando a expressa disposição legal.

De todo modo, sustenta-se ser possível conciliar garantistas e consequencialistas em torno de um tema comum, devendo-se antes, ainda que sucintamente, apresentar as ideias centrais e os principais pontos de divergências entre essas teorias.

1.1 Garantismo

O garantismo deita raízes no século XIX, na França, e surge com significado totalmente diverso daquele pelo qual ficou conhecido, através da obra de Luigi Ferrajoli.⁶ Inicialmente, o vocábulo representava um sistema de segurança social para proteção dos hipossuficientes, passando, no segundo pós-guerra, a ter o sentido de proteção das liberdades fundamentais. Hodiernamente, Dario Ippolito o define como “a teoria do sistema das garantias dos direitos fundamentais, que analisa, valoriza e elabora os dispositivos jurídicos necessários à tutela dos direitos civis, políticos, sociais e de liberdade sobre os quais se fundam as hodiernas democracias constitucionais”.⁷

Apesar de sua concepção inicialmente vinculada ao direito penal,⁸ o garantismo se transformou em um modo de entender o fenômeno jurídico, estando intimamente ligado ao Estado Democrático de Direito e ao constitucionalismo rígido por sua finalidade de limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal. O paradigma garantista toma corpo de uma teoria geral do direito, um modelo de direito baseado na rígida subordinação à lei, com um conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes, idôneos para garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais, com preferência dos direitos fundamentais sancionados pela Constituição.⁹

⁶ Dario Ippolito traça o percurso histórico do termo “garantismo”, expondo as várias significações a que foi associado até se radicar na linguagem filosófico-jurídica italiana do segundo pós-guerra e, posteriormente, mundial, graças à atividade científica, cultural e civil de Luigi Ferrajoli, na obra seminal *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*. IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35-36.

⁷ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011, p. 35-36, p. 40.

⁸ “De otra parte, es útil precisar que «garantismo» es un neologismo difundido en Italia en los años setenta con referencia al derecho penal, como réplica teórica a la reducción, en aquel entonces, de las garantías penales y procesales de los derechos de libertad, por obra de una legislación y de una jurisdicción excepcionales justificadas por la emergencia del terrorismo.” FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014. p. 29.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014. p. 29-

O garantismo valoriza o direito positivo, mas se distancia do positivismo clássico por entender que a validade da lei não decorre exclusivamente da conformidade de sua elaboração com os padrões estabelecidos por normas superiores; no entanto, deve estar em consonância com os valores substantivos impostos pelo constitucionalismo rígido, expressos através de princípios ético-políticos nas normas de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o garantismo torna-se sinônimo de Estado Constitucional de Direito. O próprio Luigi Ferrajoli¹⁰ ensina que o constitucionalismo é a outra face do garantismo, distinguindo dois modelos: o constitucionalismo principialista e o seu constitucionalismo garantista.¹¹ O primeiro caracteriza-se pelo ataque ao positivismo jurídico e a tese da separação entre direito e moral; pelo papel central associado à argumentação jurídica, em razão do sopesamento entre princípios constitucionais; e pela concepção do direito como prática jurídica, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. O modelo garantista critica, por sua vez, a conexão entre direito e moral;¹² a contraposição entre princípios e regras e sua distinção qualitativa; e o papel da ponderação, em oposição à subsunção.

No que concerne à separação entre direito e moral, Luigi Ferrajoli¹³ esclarece que não se está a afirmar de maneira nenhuma que as normas jurídicas não tenham conteúdo moral – isso é ilusório e insustentável, pois qualquer sistema jurídico, por mais imoral e injusto que seja, expressa, no mínimo, a moral dos legisladores – e

30. Luigi Ferrajoli elenca três significados para a ideia de garantismo. No primeiro, ela designa um modelo normativo de direito baseado na estrita legalidade, próprio do Estado de Direito; na segunda, designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade”, de onde se separam o “ser” (jurídico) e o “dever ser” (moral) do direito; e a terceira ideia tem o garantismo como uma filosofia política baseada na separação entre direito e moral, assim como “validez” e “justiça”, entre “ponto de vista interno” e “ponto de vista externo” na valoração do ordenamento. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 683-686.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21-27.

¹¹ Luigi Ferrajoli define constitucionalismo garantista como o “sistema jurídico e/ou teoria do direito que preveem – para a garantia daquilo que vem estipulado constitucionalmente como vinculante e inderrogável – a submissão (inclusive) da legislação a normas relativas à produção não só formais, relativas aos procedimentos (ao quem e ao como), mas também materiais relativas ao conteúdo das normas produzidas (ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir), cuja violação gera antinomias, por comissão, ou lacunas, por omissão”. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 19.

¹² Três teorias abordam a relação entre direito e moral. Pela teoria da separação, o direito é apartado de qualquer elemento de natureza moral, inexistindo qualquer relação necessária entre proposições jurídicas válidas e proposições morais. Para a teoria da conexão forte, ocorre o oposto, havendo uma necessária submissão do “direito” à “moral”, sendo que uma proposição jurídica somente seria válida se fosse compatível com a “moral”. Por fim, a teoria da conexão fraca sustenta que direito e moral têm conteúdos específicos próprios, mas o primeiro deveria ser orientado por elementos originários universais do segundo.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27.

pontua que a tese que sustenta a neutralidade é, segundo a ótica do garantismo, paleopositivista.¹⁴ Nesse ponto, Luigi Ferrajoli¹⁵ diverge de outros doutrinadores do direito – em especial Ronald Dworkin¹⁶ e Robert Alexy¹⁷ – que entendem que direito e moral são conexos e adverte para o perigo dessas teorias descambarem para um cognitivismo moral. As linhas de pensamento que se adéquam ao cognitivismo moral afirmam que é possível apreender com objetividade juízos de certo e errado referentes à ação humana.

Por outro lado, a ideia de que os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição são princípios morais que podem ser, no caso concreto, ponderados pelos juízes contribui para o enfraquecimento da normatividade dos princípios constitucionais e para a violação da separação dos poderes, tornando-se matéria-prima do ativismo judicial descontrolado.¹⁸ O ativismo judicial viabiliza e fomenta o protagonismo dos juízes no processo de criação do direito,¹⁹ invertendo a lógica democrática. Ademais, o ativismo judicial praticado no Brasil é marcado, segundo André Karam Trindade,²⁰ “por uma absoluta falta de racionalidade das decisões judiciais, que não seguem nenhum padrão, metodologia ou critério capaz de conferir

¹⁴ “La «tesis de la neutralidad» (yo diría más bien de la «pura descriptividad», esto es, de la «neutralidad valorativa») expresa una supuesta connotación no ya del positivismo jurídico, sino más bien de la ciencia jurídica paleo-positivista.” FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Tradução de Andrea Greppi. 2. ed. Madrid: Editora Trotta, 2009. p. 25.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 19.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁸ O ativismo judicial é uma atuação proativa dos juízes, em que esses passam a decidir por todos. A doutrina o define como uma incursão insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais poderes (RAMOS, Eliseu da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015) e, no Brasil, esse “empoderamento” judicial atende por diversos nomes (governo dos juízes, judicialismo ou judiocracia). Felipe Braga Albuquerque ensina que: “[...] o ativismo judicial, aponta Luís Roberto Barroso (2009, p. 7-8), é uma atuação proativa do Judiciário, expandindo o sentido e o alcance da constituição para tratar de situações que não foram expressamente contempladas pelo legislador constituinte ou ordinário”. ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 101.

¹⁹ Para responder à pergunta se os juízes podem criar direito, André Karam Trindade esclarece que isso depende da concepção de direito que se adote. Para os formalistas, os juízes não criam direito; para os realistas jurídicos, somente os juízes criam; e para o positivismo normativista, eles estão autorizados a criar, concluindo que a discricionariedade judicial nas sociedades democráticas deve ser controlada para inibir a produção de juízos arbitrários ou decisionistas. TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 84-88.

²⁰ TRINDADE, André Karam. O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 203-228, jan./jun. 2016, p. 211.

a mínima coerência e integridade ao ordenamento jurídico”, ancorado no dogma da independência judicial²¹ e em uma ultrapassada filosofia da consciência.²²

1.2 Consequencialismo

Para Gustavo Binbenjy,²³ o direito (administrativo) contemporâneo experimenta a segunda transformação radical, estando sob os influxos da razão pragmática. Nesse giro, decisões devem se basear por consequências práticas, adaptando-se às exigências locais em determinado contexto concreto sem necessariamente reverenciar premissas teóricas abstratas. Essa linha de pensamento tem sido adotada na política, na economia e no direito. Cuida-se do pragmatismo jurídico, uma vertente do pensamento jurídico “concebida tal qual um retalho de heranças do pragmatismo clássico²⁴ em combinação com o neopragmatismo”.^{25 26}

²¹ A independência judicial é um pilar nos Estados Democráticos de Direito e salvaguardas são necessárias para que o juiz possa decidir livre de influência interna ou externa, alheio a pressões de qualquer tipo. A necessidade de se ter magistrados independentes e imparciais é vital para a democracia e para o cumprimento de sua missão constitucional de distribuir justiça. Contudo, repelem-se o hermetismo e o isolacionismo característicos da magistratura nacional, bem como a continuidade do paradigma da subjetividade que dá suporte a princípios como o da livre convicção do juiz, designando a ampla liberdade do julgador para decidir como quiser, de modo solipsista.

²² “Já a ruptura com a filosofia da consciência – esse é o ‘nome’ do paradigma da subjetividade – dá-se no século XX, a partir do que passou a ser denominado de giro linguístico. Esse giro ‘liberta’ a filosofia do *fundamentum* que, da essência, passara, na modernidade, para a consciência. Mas, registre-se, o giro ou guinada não se sustenta tão somente no fato de que, agora, os problemas filosóficos serão linguísticos, em face da propalada ‘invasão’ da filosofia pela linguagem.” STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 9-10.

²³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 60.

²⁴ O pragmatismo clássico tem como características: i) o antifundacionalismo, que consiste na rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, princípios perpétuos, instâncias últimas imune às transformações sociais; ii) o contextualismo, de acordo com o qual as proposições jurídicas devem considerar o contexto social e as relações com as instituições e práticas sociais; e iii) o consequencialismo, no sentido de que a escolha das decisões deve ser feita a partir de suas consequências práticas e resultados possíveis. “Fue como una forma de filosofar que la palabra – pragmatismo – se extendió primero por los círculos intelectuales de los Estados Unidos. El pragmatismo fue el invento de tres filósofos estadounidenses – Charles Sanders Pierce, William James y John Dewey – cuyas vidas se superpusieron expandiéndose, se juntamos las de todos ellos, durante casi un siglo, desde los años más tardíos de la década de los 1860 a los comienzos de la de 1950, si bien sus antecedentes se retrotraen a los sofistas y a Aristóteles y de forma menos remota a Hume, Mill, Emerson, Hegel y Nietzsche.” POSNER, Richard. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 260.

²⁵ ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis?* A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 67.

²⁶ O neopragmatismo representa o ressurgimento do pragmatismo clássico sobre os influxos da virada linguística. Seu principal autor, Richard Rorty (RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. New Jersey: Princeton University Press, 1980), desconstrói a filosofia analítica, fazendo a linguagem ocupar a posição que a fluida noção de experiência antes ocupava no pragmatismo original. Lembra-nos William Curtis: “Nevertheless, while Rorty would generally endorse Huxley’s pragmatism, there is also much in Huxley’s work that Rorty would ignore or reject. One obvious problem that Rorty would have with Huxley is the same one he has with Dewey and James: although Huxley may be a pragmatist, he is still a pre-‘linguistic turn’ thinker, and therefore he tends to speak philosophically in terms of ‘experience’ and ‘consciousness’, which Rorty wants to dispense with and replace with the naturalistic concept of ‘language’”. CURTIS, William

Como expoente da mais famosa versão do pragmatismo jurídico, Richard Posner²⁷ prega que o juiz, ao decidir, deve fazê-lo de modo que produza as consequências mais razoáveis possíveis. Em linhas gerais, o pragmatismo (jurídico) rompe com o formalismo, defendendo que as decisões não devem ser orientadas por valores abstratos ou questões platônicas,²⁸ mas se pautar nos resultados práticos das ações para a sociedade, primando pela eficiência e promoção de bem-estar.²⁹

O consequencialismo jurídico, por sua vez, característica marcante desse pragmatismo jurídico, determina que as decisões serão tomadas, olhando-se para frente, para os efeitos que delas advirão, e não somente com o foco no caso concreto que se tem em mãos. Assim, o consequencialismo jurídico é uma “postura interpretativa que considera, como elemento significativo da interpretação do Direito, as consequências de determinada opção interpretativa”.³⁰ Uma boa decisão, portanto, não é aquela que está de acordo com as leis e a moral, mas a que produz as melhores consequências, pois o direito não é um fim em si mesmo, mas um instrumento para realização das necessidades humanas.³¹

McAllister. *Defending Rorty: pragmatism and liberal virtue*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015. p. 245.

²⁷ POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 50.

²⁸ Contudo, há de se ter cautela. Pergunta-se: seria moralmente aceitável matar uma pessoa para salvar cinco? O consequencialismo julga as ações com base no resultado. Um clássico dilema proposto pela filósofa Philippa Foot, denominado dilema *trolley*, ilustra a ética consequencialista: um bonde (*trolley*) desgovernado atropelará cinco pessoas, mas é possível mudar seu percurso acionando um botão e matar, ao invés de cinco, apenas uma pessoa. Deve-se acionar o botão? Em oposição a esse cálculo utilitarista, a ética deontológica repugna essa matemática e se abraça a valores: o valor de uma vida é inestimável. Para constatar isso, imagine que a pessoa a ser “trocada” pelos cinco é seu filho. FOOT, Philippa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. New York: Oxford University Press Inc., 2002. p. 23.

²⁹ Muitas são as decisões pragmáticas proferidas pelo STF, sendo a que suspendeu o pagamento de auxílio-moradia aos juízes uma das mais interessantes por demonstrar como o direito pode ser manipulado e aplicado para justificar qualquer interesse a depender da ocasião e de quem seja o beneficiário. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Originária n. 1.773 – Distrito Federal*. Requerente: Dimis da Costa Braga e Outros. Requerido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4395214>. Acesso em: 28 maio 2022.

³⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 47.

³¹ Gabardo e Souza advogam que não há uma teoria consequencialista, mas várias abordagens que giram em torno da utilização das consequências na decisão: “Conforme o exposto, vê-se que a discussão teórica sobre o consequencialismo assume diversas perspectivas e recortes, não sendo possível falar em algo como ‘o’ consequencialismo. Todo o exposto, no entanto, limita-se ao debate do consequencialismo enquanto teoria da decisão. O consequencialismo jurídico, entretanto, também precisa ser discutido a partir do Direito objetivo brasileiro. Para tanto, parece interessante a exposição de um panorama quanto aos problemas que circundam a aplicabilidade do artigo 20 da LINDB, especialmente quanto à questão da validade formal da etapa descritiva do consequencialismo, ou, em outros termos, da cientificidade da previsão judicial na sua aplicação”. GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020, p. 113.

O caráter utilitarista³² do consequencialismo o torna alvo de graves objeções por supostamente relativizar os direitos fundamentais.³³ O utilitarismo se apresenta como um critério geral de moralidade, segundo o qual as ações são boas ou ruins de acordo com o prazer que elas proporcionam e com a quantidade de pessoas atingidas. Para Jeremy Bentham,³⁴ seu maior idealizador, a coisa certa a fazer é aquilo que produza o maior prazer ou felicidade, ao mesmo tempo em que evite dor ou sofrimento. Na visão utilitarista, o mais elevado objetivo da moral é promover, na maior medida possível, o prazer, o bem-estar e a felicidade ou a realização das preferências do maior número de pessoas, segundo o princípio da utilidade, pouco importando que isso implique a dignidade de apenas uma pessoa ou mesmo o sacrifício dos direitos fundamentais de alguns,³⁵ estando pronto a justificar, por exemplo, a prática da tortura.

³² Jeremy Bentham é o maior representante das teorias hedonistas em sua vertente utilitarista. Há uma grande variedade de teorias hedonistas unidas por um ponto comum, o qual sugere que o bem-estar é uma conjugação de estados mentais prazerosos e ausência de estados mentais dolorosos. O utilitarismo é uma das mais notáveis dentre as teorias consequencialistas que tentam apontar a solução correta para os problemas por meio da análise dos efeitos das decisões, diferentemente da deontologia, que avalia a correção das decisões independentemente dos resultados práticos.

³³ Souza Neto e Sarmento analisam que o utilitarismo é uma das principais objeções ao consequencialismo exatamente por levar à relativização da garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana em favor da realização de metas coletivas, mas que também é possível adotar um consequencialismo não utilitarista, promovendo decisões comprometidas com a realização prática dos princípios fundamentais mais relevantes, como a democracia e os valores republicanos. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 324.

³⁴ Segundo Bentham: “A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente à eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. Os dois senhores de que falamos nos governam em tudo o que fazemos, em tudo o que dizemos, em tudo o que pensamos, sendo que qualquer tentativa que façamos para sacudir este senhorio outra coisa não faz senão demonstrá-lo e confirmá-lo. Através das suas palavras, o homem pode pretender abjurar tal domínio, porém na realidade permanecerá sujeito a ele em todos os momentos da sua vida. O princípio da utilidade reconhece esta sujeição e a coloca como fundamento desse sistema, cujo objetivo consiste em construir o edifício da felicidade através da razão e da lei. Os sistemas que tentam questionar este princípio são meras palavras e não uma atitude razoável, capricho e não razão, obscuridade e não luz”. BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: *Os pensadores*. 1ª edição. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974. p. 9.

³⁵ O conto de literatura fantástica “*The ones who walk away from Omelas*” (Os que se afastam de Omelas), de Ursula K. Le Guin, expõe com clareza a doutrina utilitarista. Omelas é uma cidade utópica de felicidade e deleite, sem reis e sem escravos, seus habitantes são inteligentes e cultos. Tudo em Omelas é agradável, exceto pelo terrível segredo da cidade. Para manter sua beleza, a abundância das colheitas, o clima agradável e a própria saúde dos filhos, exige-se que se mantenha em um porão, embaixo de um dos belos prédios da cidade, uma criança oligofrênica e malnutrida, presa na sujeira, escuridão e miséria. Todos os cidadãos sabem disso quando completam a idade para compreender, normalmente entre oito e doze anos. O grande dilema ético-consequencialista que se coloca é: a beleza, prosperidade e felicidade de uma cidade inteira valem o sacrifício de uma criança inocente? O conto termina relatando que algumas pessoas, após descobrirem a verdade, ficam em silêncio um ou dois dias, mas concluem que é pelo bem de todos. Outros, porém, resolvem silenciosamente deixar a cidade, afastando-se para longe de Omelas, ninguém sabe para onde, apenas andam em direção à escuridão, num caminho sem volta: “The place they go towards is a place even less imaginable to most of us than the city of happiness. I cannot describe it at all. It is possible that it does not exist. But they seem to know where they are going, the ones who

Ronald Dworkin³⁶ acrescenta que, do ponto de vista teórico do direito, não há espaço para argumentos consequencialistas, porque os princípios da justiça e da igualdade não são utilitaristas, apresentando, do ponto de vista prático, um perigo aos direitos fundamentais das pessoas, sendo, justamente nessa seara, o principal embate entre garantistas e consequencialistas.

1.3 Divergências entre o garantismo e o consequencialismo

De início, saliente-se que o consequencialismo jurídico tem proeminência nos países que adotam o sistema do *common law*, fortalecedor do ativismo judicial, no qual o juiz tem liberdade para decidir com os olhos voltados para as consequências da decisão, e não somente para a lei, enquanto o garantismo adota um paradigma juspositivista do direito, no qual há centralidade da norma escrita (princípio ou regra).

Os garantistas abominam decisões consequencialistas porque essas recorrem a fundamentos extrajurídicos em prejuízo dos textos legais, privilegiando resultados almejados, ainda que a custo de determinados direitos.³⁷ Para Luigi Ferrajoli,³⁸ os direitos fundamentais se configuram como vínculos substanciais impostos à democracia política que nenhuma maioria pode violar, tampouco argumentos consequencialistas podem suspender a norma jurídica.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli exemplifica com o direito à imunidade a torturas, cuja eficácia poderia vir a ser sopesada diante de situações excepcionais, como a de obter a exata localização de uma bomba no interior de uma creche. Então, segundo o modelo garantista e sob um prisma jurídico, o agente que praticar a tortura, violando o direito fundamental do terrorista, amparando-se no argumento consequencialista de que salvará inúmeras vidas, deve assumir as consequências de seu ato e “sofrer as respectivas sanções, sem pretender a proteção do direito. É

walk away from Omelas”. GUIN, Ursula K. Le Guin. *The Ones Who Walk Away from Omelas: A story*. Harper Perennial: Nova Iorque, Londres, Toronto e Sidney, 2017, p. 15. ISBN: 0062470973,9780062470973 (versão eletrônica).

³⁶ DWORNIK, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 32.

³⁷ Gabardo apresenta uma crítica veemente ao pragmatismo: “Em um sistema constitucional permeado por esse conjunto de princípios, não parece razoável a prevalência de uma postura pragmática, mesmo se esta procurasse justificar suas ações na maior ‘vantagem social’, pois a verificação de resultados despreocupada com os procedimentos, as motivações e os fundamentos poderiam causar uma série de deturpações. A subjetividade do critério para atingimento da eficiência, ou do resultado mais vantajoso, ou, ainda, do resultado de maior utilidade, em geral, propicia o descaso com outras perspectivas de análise; ou mesmo, possibilita a formulação de raciocínios incompatíveis com o sistema, como, por exemplo, a legitimação de um regime autoritário, ou, ainda, como constatou o escritor Fiodor Dostoiévski, a permissão para o cometimento de assassinatos úteis”. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito público*. Barueri: Manole, 2013. p. 114.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999. p. 23-24.

este o custo mínimo que devemos pagar pelas garantias dos direitos fundamentais contra o arbítrio”.³⁹

O garantismo representa uma blindagem contra consequencialismos episódicos, especialmente aqueles pautados em necessidades econômicas que visam atender interesses setoriais. O garantismo repugna a ideia de que se deve optar pela interpretação jurídica que gere os melhores efeitos sociais coletivos, porque isso pode deixar vulneráveis direitos individuais, tornando a dignidade da pessoa humana um mero coeficiente da equação, e não seu resultado final.

Do outro lado, há os que defendem que a interpretação consequencialista é não apenas possível, mas desejável, quando se constata que a tutela excessiva de algum direito pode ser prejudicial exatamente àqueles que se visa proteger, tal como ocorre no âmbito do direito fundamental à saúde. No caso, o fornecimento de medicamentos de alto custo pode gerar efeitos sistêmicos indesejáveis, em função de que recursos públicos são destinados para tutelar o direito individual de alguns e acabam fazendo falta a milhões de pessoas, pois se concede demanda não prevista orçamentariamente, realocando-se verbas que seriam destinadas a outros, de forma coletiva. Os recursos são escassos e a necessidades infinitas, a saúde é fundamental, contudo, não basta aumentar o valor reservado para essa área, pois faltará verba em outras que também são essenciais.

Ademais, sendo indubitoso que a garantia de qualquer direito, mesmo aqueles que se relacionem a liberdades negativas, envolve custos,⁴⁰ é necessário fazer escolhas trágicas, de modo que se deve buscar alcançar o máximo resultado com o mínimo dispêndio financeiro. Essa racionalidade, pautada na lógica consequencialista, presta-se à democratização dos direitos, permitindo que mais pessoas sejam beneficiadas, em função da melhor aplicação dos recursos públicos. A pandemia de COVID-19 pode servir de exemplo, pois obrigou que fossem criados protocolos médicos, adotando critérios para eleger determinados pacientes com maiores chances de sobreviver ao tratamento intensivo, pois não havia leitos para todos. Quem tinha melhores condições de resistir às infecções causadas pela doença era escolhido, mesmo que o direito à vida seja uma garantia de todos.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

⁴⁰ De acordo com essa teoria, criada por Stephen Holmes e Cass Sustein, não há direitos se não houver recursos materiais que os assegurem. Em um ambiente de escassez de recursos e de necessidades humanas ilimitadas, deve-se prezar pela eficiência alocativa. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019 - livro eletrônico. E em função da escassez de recursos públicos e da obrigatoriedade de realização das políticas públicas com a finalidade de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, necessário que o governo realize escolhas com o fio de garantir o mínimo existencial, dentro da reserva do possível.

Apesar das divergências, garantistas e consequencialistas se unem por um fio comum de rejeição ao que se convencionou denominar de pamprincipiologismo.

2 Pamprincipiologismo

Princípios são, na sempre lembrada lição de Robert Alexy,⁴¹ mandamentos de otimização, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. De acordo com Marcelo Neves,⁴² os princípios são normas no plano reflexivo que possibilitam o balizamento e a construção ou reconstrução de regras. Eles tornam possível a transformação da complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico, que implica uma pluralidade de valores, interesses e expectativas normativas contraditórias, em uma complexidade estruturável, ao mesmo tempo em que ampliam as possibilidades de argumentação.

Os princípios, em função de sua linguagem aberta, têm sido utilizados equivocadamente para manipular decisões de acordo com a necessidade ou interesses de cada caso concreto. A febre principiológica tem banalizado e vulnerabilizado a força dos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, que podem estar em vários lugares ao mesmo tempo, ainda que opostos.⁴³

Em sua crítica ao que denomina de pamprincipiologismo, Lenio Streck⁴⁴ obtempera que os princípios podem ocasionar o “[...] enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção [...]”.⁴⁵ Ademais, esses enunciados principiológicos, para Lenio Streck,⁴⁶ se apresentam como para-regras, sendo possível com eles qualquer resposta correta,

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 90.

⁴² NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a. p. 103-119.

⁴³ Como destaca Luís Roberto Barroso: “A dignidade, como conceito jurídico, frequentemente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta seus próprios valores. Não é por acaso, assim, que a dignidade, pelo mundo afora, tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em matérias como aborto, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, [...]”. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 9-10.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 545.

⁴⁵ O pamprincipiologismo é abastecido pela insensatez de parte da doutrina que eleva à condição de mandamentos nucleares do sistema jurídico numerosos *standards* sem qualquer sentido (princípio da proibição do atalhamento constitucional?).

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 546.

pois sempre haverá um enunciado desse jaez, como que construído do nada, do grau zero de significado, passível de aplicação no caso concreto.⁴⁷

O pamprinciologismo é fruto de um empreendimento conceitual doutrinário⁴⁸ que investe na criação desenfreada de princípios, torcendo para que a invenção angarie reconhecimento acadêmico, de modo a notabilizar o criador, carreando-lhe importância e prestígio. O único desafio é encontrar alguma palavra impactante no vernáculo, de preferência polissêmica, para batizar sua criação. Com isso, mais um membro é registrado à numerosa família dos princípios e estará apto a solucionar inúmeros casos concretos, bastando fazer-lhe menção.⁴⁹

Tanto a profusão desenfreada de princípios⁵⁰ quanto a banalização e o livre uso destes em sobreposição às regras ou, até mesmo, ignorando-as para impor uma visão da realidade em conformidade com a própria consciência têm

⁴⁷ Lenio Luiz Streck exemplifica o uso anormal dos princípios com o jogo da Katchanga: “Em um cassino se aceita todos os tipos de jogos e um belo dia entra um forasteiro e pede para jogar a Katchanga, jogo desconhecido no cassino. O dono do cassino, e também crupiê, aceita, não tendo alternativa, já que o cassino aceita todo tipo de jogo, como já dito antes. O jogo começa e algumas cartas são compradas e colocadas na mesa. O crupiê aprende conforme o jogo se desenvolve. Subitamente então o forasteiro grita Katchanga e pega todo dinheiro apostado. O crupiê não entende direito, mas imagina que o forasteiro pôde pedir Katchanga e pegar o dinheiro porque as cartas na mesa não formavam uma sequência. Começa um novo jogo, o crupiê toma cuidado para formar uma sequência com as cartas antes de colocá-las na mesa. Mesmo assim, depois de alguns minutos, o forasteiro grita Katchanga de novo e pega todo o dinheiro de novo. O crupiê não entende nada, mas toma uma decisão. Quando começa o novo jogo, o crupiê espera passar um pouco de tempo e grita Katchanga, o forasteiro simplesmente balança a cabeça, olha o crupiê com desdém e grita Katchanga Real, pegando todo o dinheiro de novo. Moral da história: em um jogo que ninguém conhece todas as regras, sempre há uma palavra mágica que pode ser tirada da cartola para ganhar a rodada. É assim com os princípios, visto sua característica de abertura interpretativa, se não forem tomados os devidos cuidados na sua aplicação. Aplicá-los como solução mágica para todos os problemas jurídicos, além de revelar certa indolência, leva a uma discricionariedade e uma hermeticidade inadmissível nas decisões jurisprudenciais”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 21 fev. 2022.

⁴⁸ Realmente, muitos princípios são como “conceitos inventados de direito administrativo”, segundo definição de José Vicente Santos de Mendonça. Eles são fruto de uma criação intelectual de um empreendedor conceitual, ou seja, de “todo aquele que cria, manipula ou recupera conceitos, de modo a utilizá-los como meio para determinado fim”. MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016, p. 10.

⁴⁹ Marcelo Neves alerta para a panaceia que se criou com a invocação de princípios: “Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e ‘completas’, para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-out-27/observatorio-constitucional-abuso-principios-supremo-tribunal>. Acesso em: 21 fev. 2022.

⁵⁰ Acertada a crítica de José Sergio da Silva Cristóvam: “Uma trágica espécie de ‘principiorragia’ faz jorrar princípios que passam a funcionar como genuínas ‘chaves mestras’ que abrem todas as portas (fundamentam decisões de todos os matizes), invadindo o discurso judicial sem a menor preocupação teórica e de argumentação racional”. CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. Menos princípios, mais regras. A teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 3, Lisboa: 2019, p. 1002.

desembocado em decisões voluntaristas de nítido caráter oportunista e arbitrário.⁵¹ Como no Brasil vigora a máxima de que “quem decide por último, decide melhor”, acerta Marçal Justen Filho quando assevera que “uma decisão arbitrária pode ser legitimada mediante a invocação a fórmulas gerais e abstratas, que se referem a valores considerados de modo teórico. Cada pessoa pode aplicar essas fórmulas verbais para justificar soluções que lhe pareçam adequadas e satisfatórias”.⁵²

De acordo com Carlos Ari Sunfeld,⁵³ os princípios jurídicos tornaram-se uma arma para espertos que procuram iludir os outros com sua simples invocação; e preguiçosos que não querem ter o trabalho de analisar os fatos. O fetichismo pelos princípios é visto como algo bom, e respeitar a lei tornou-se ultrapassado. Com isso, juízes acabam tomando conta de um poder que não lhes foi concedido, e suas convicções pessoais findam por prevalecer em detrimento da discricionariedade conferida pela lei aos agentes públicos.

Para Luigi Ferrajoli,⁵⁴ o principialismo permitiu um papel excessivo à argumentação moral na construção da decisão judicial, favorecendo o desenvolvimento de uma jurisprudência inventiva. O juiz principialista assume uma função pouco deferente ao legislador e à própria Constituição, transformando-se em criador de novas regras jurídicas, em inevitável afronta à separação de poderes.⁵⁵ O mesmo Luigi Ferrajoli⁵⁶ afirma que o constitucionalismo garantista é o remédio para o principialismo que, inevitavelmente, conduz ao ativismo judicial.

⁵¹ Por trás de toda regra há um princípio de modo que a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra a discricionariedade judicial. Conforme leciona Lenio Streck: “A diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação é que enquanto esta última compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – aqui sob a ótica da Crítica Hermenêutica do Direito – parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no Direito, ‘fechando’ a interpretação, ou seja, diminuindo, ao invés de aumentar, o espaço da discricionariedade do intérprete”. STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017. p. 155.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 22 maio 2022.

⁵³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 215.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

⁵⁵ “Es precisamente la separación de poderes la que resulta comprometida por las doctrinas principialistas. Dado que conciben los derechos constitucionalmente establecidos como principios objeto de ponderación, y no como reglas objeto de aplicación, promueven un activismo judicial que comporta el riesgo de disolverse en una profunda desnaturalización de la jurisdicción, que tales doctrinas convierten en una fuente de derecho.” FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos*: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014. p. 129.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos*: El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014. p. 130.

Uma das principais críticas ao ativismo judicial consiste na intromissão do Judiciário sobre a execução de políticas públicas formuladas pelos outros poderes democraticamente eleitos,⁵⁷ de modo que os juízes acabam por usurpar competências do Executivo e do Legislativo, afrontando o princípio da separação de poderes que se fundamenta na independência orgânica e na especialização funcional. O ativismo judicial se configura, na maioria das vezes, como adverte André Karam Trindade, na “recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela constituição”.⁵⁸

Como decisões diretamente fundamentadas em princípios são naturalmente menos favoráveis à segurança jurídica “[...] e, sendo assim, em dadas situações poder-se-ia paradoxalmente cogitar do risco de insegurança jurídica pela aplicação, desmedida, do princípio da segurança jurídica”,⁵⁹ é necessário que haja o exercício responsável de competências e que se interdite a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir, as quais têm servido principalmente para ampliar o espectro de poder dos juízes, com a introdução de condicionantes para a força normativa dos princípios, dentre as quais a de que somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se forem consideradas as implicações futuras.⁶⁰

3 Consequencialismo garantista: o art. 20 da LINDB e as decisões pautadas em valores abstratos

A inicialmente denominada LICC (a nomenclatura foi posteriormente alterada pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010), apesar de ser considerada “norma de sobredireito” em razão de seu conteúdo amplo servir não apenas ao direito privado, sempre esteve muito atrelada ao campo das relações civis entre

⁵⁷ Como forma de legitimar seu crescente intervencionismo em territórios genuinamente democráticos, os juízes têm recorrido ao argumento de que o voto não é a única fonte de representação popular e que eles são representantes argumentativos da sociedade: “É esse o cerne do argumento em favor de tribunais que exercem o controle de constitucionalidade e funcionam como contrapeso ao parlamento. Aponta-se um tribunal não eleito como instituição capaz de exercer uma representação do povo que não está ancorada no voto, tido como veículo privilegiado para a expressão do auto-interesse, mas antes na razão e na força dos argumentos mobilizados. Essa visão, fortemente inspirada em uma concepção deliberativa de democracia, não está restrita aos bancos acadêmicos, alcançando até mesmo a retórica de autolegitimação de alguns juízes do Supremo Tribunal Federal”. MIGUEL, Luis Felipe; BOGEEA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 35, n. 104, São Paulo, 2020, p. 5. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 maio 2022.

⁵⁸ TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 82.

⁵⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da Administração Pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 61.

⁶⁰ Como fez o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), vedando o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ao caso (art. 489, §1º, inc. II).

particulares, resquício do período em que o Código Civil era o centro do sistema jurídico, perdendo a centralidade de outrora para a ideia de constituição, expressa como ordem objetiva de valores que se espraiam e condicionam a leitura e a interpretação de todas as províncias do direito.⁶¹

Em linhas gerais, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, ao introduzir 10 novos artigos na LINDB, operou as seguintes inovações e modificações: ressignificou o dever de motivação quando as decisões se basearem em normas indeterminadas (art. 20); acresceu o modal consequencialista para as tomadas de decisão (arts. 20 e 21); incorporou o princípio da realidade na interpretação de normas sobre gestão pública (art. 22); estabeleceu o direito a um regime de transição adequado para resguardar os particulares dos “cavalos-de-pau” hermenêuticos (art. 23); interditou a invalidação de atos por mudança posterior de orientação geral (art. 24); disciplinou os efeitos da invalidação de atos para que sejam mais justos (art. 26); estabeleceu compensação, endoprocessual, de benefícios ou prejuízos injustos gerados para os envolvidos (art. 27); adotou novos parâmetros de responsabilização dos agentes públicos (art. 28); permitiu a participação popular para a edição de regulamentos administrativos (art. 29); e impõe a obrigação de aumentar a segurança jurídica por meio da criação de precedentes administrativos vinculantes (art. 30).

Sua racionalidade se volta para tutelar não apenas a segurança jurídica e suas vertentes (estabilidade e previsibilidade), mas também a inovação. Para Maria Helena Diniz,⁶² a alteração na LINDB visou “proteger a sociedade contra incerteza, riscos e custos excessivos, trazendo segurança jurídica”, além de promover um ônus argumentativo adicional para os agentes públicos que terão agora de demonstrar as dificuldades do caso, bem como dialogar com o gestor público. Contudo, Diniz se mostra cética quanto às possibilidades da novel legislação, argumentando que as alterações não trarão segurança jurídica na aplicação do direito público por estarem repletas daquilo que visou combater, ou seja, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, de conteúdo e extensão incertos (por exemplo, valores jurídicos abstratos; consequências práticas da decisão, etc.), que dão origem a uma linha de penumbra.⁶³

⁶¹ Esse pensamento surgiu na Alemanha no julgamento do célebre caso Lüth, considerado por muitos um dos mais importantes da história constitucional alemã. Em 15 de janeiro de 1958, o 1º Senado do Tribunal Constitucional alemão afirmou a irradiação da eficácia, horizontal e vertical, dos direitos fundamentais no âmbito de todo o direito infraconstitucional e desenvolveu a ideia de uma ordem objetiva de valores que influenciaria todas as esferas jurídicas.

⁶² DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista ARGUMENTUM*, vol. 19, n. 2, 2018, p. 307. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista ARGUMENTUM*, vol. 19, n. 2, 2018, p.

Outra parte da doutrina não compartilha desse pessimismo.⁶⁴ Marques Neto e Freitas⁶⁵ ressaltam seu objetivo explícito de reforçar a segurança jurídica num quadro de incerteza e de mudança permanente. Na mesma linha, Marçal Justen Filho⁶⁶ entende que as inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinaram-se precipuamente a reduzir certas práticas que resultaram em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. José Vicente Santos de Mendonça⁶⁷ pontua que as alterações foram uma reação à cultura do hipercontrole que tomou conta do Brasil nos últimos tempos, enquanto Eduardo Jordão⁶⁸ enfatiza que a lei é antirromântica ou anti-idealista, com objetivo claro de aprimorar a gestão pública nacional, introduzindo uma boa dose de pragmatismo e contextualização⁶⁹ na interpretação e operação das normas de direito público.

Apesar de todas as divergências acima apontadas (ver item 1.3), consequencialismo e garantismo se fundem no art. 20 da LINDB, o qual estabelece 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. O consequencialismo desponta, segundo Didier e Oliveira,⁷⁰ no *caput* do mencionado artigo como postulado hermenêutico do pragmatismo, incidindo para que as consequências práticas sejam “consideradas no momento da valoração e da escolha de um dos sentidos possíveis do texto normativo de conteúdo semântico aberto”.

315. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 16 mar. 2022.

⁶⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto, Carlos Ari Sundfeld, Adilson de Abreu Dallari, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Roque Carrazza, Gustavo Binenbojm, Fernando Menezes de Almeida, Fernando Facury Scaff, Jacintho Arruda Câmara, Egon Bockmann Moreira e José Vicente Santos de Mendonça para citar apenas alguns defensores da novel lei.

⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018, p. 15. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁶⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 45.

⁶⁸ JORDÃO, Eduardo Ferreira. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 65. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 17 mar. 2022.

⁶⁹ O contextualismo (uma das características do pragmatismo) está presente no art. 22 da LINDB. Por meio dele, explica Rafael Oliveira e Erick Halpern, se censura a sanha dos controladores em responsabilizar agentes públicos, por vezes anos após a prática da conduta controlada e no conforto de seus gabinetes, unicamente com base em divergências de interpretações jurídicas, “sem qualquer consideração do contexto fático e jurídico existente no momento da tomada de decisão”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle melhor” na Administração Pública. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 7 out. 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2022.

⁷⁰ DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019, p. 150.

O garantismo ferrojoliano, por sua vez, é observado em dois pontos importantes, de acordo com Jaques Reolon,⁷¹ quais sejam: a busca por uma garantia ao acusado e a observância aos aspectos práticos. Contudo, traz um alerta de que, ao afastar os conceitos jurídicos abstratos, o legislador parece que também está a afastar o direito positivo, “apenas se devendo levar em conta situações fáticas futuras”. Todavia, entende-se que essa não é uma leitura correta, pois não há como extrair do art. 20 da LINDB autorização para ignorar o direito posto. Efetivamente, não há proibição para que se decida com base em valores abstratos, tampouco se evidencia o intento de mitigar a força normativa dos princípios, mas esse artigo é, sem dúvida, uma reação legislativa à manipulação interpretativa proveniente do ativismo judicial inventivo.

A toda evidência, doravante não será suficiente se abrigar no obscuro mundo dos princípios. Se o juiz mandar anular um contrato de concessão de aeroportos por afronta ao princípio da universalidade, por exemplo, terá que dizer, em respeito aos arts. 20 e 21 da LINDB, como será prestado o serviço público no dia seguinte; como serão suportados os prejuízos dos usuários e das companhias aéreas; e de onde serão retirados os recursos para pagar a indenização porventura devida à concessionária.

Obviamente que o consequencialismo não imperará nem os artigos mencionados defendem isso, independentemente de qualquer valor jurídico, pois, por melhor que sejam as consequências, direitos fundamentais são invioláveis, como prega a doutrina garantista. Tampouco se exigem exercícios de futurologia ou dons de profecia, a ponto de que se devam adivinhar todas as possíveis consequências práticas, jurídicas ou administrativas. A intenção é vedar motivações vazias, ancoradas em normas de conteúdo indeterminado meramente retóricas, fluidas, perfeitamente maleáveis e adaptáveis a fundamentar qualquer decisão.

Guia-se por um consequencialismo garantista, no qual a decisão se baseia nas melhores consequências sem menosprezar os valores ético-políticos. Promove-se uma conciliação entre princípios e consequências, tornando-os complementares e não opostos. Os argumentos consequencialistas, seja de que natureza forem (políticos, sociais ou econômicos), são conduzidos a uma base principiológica que os condiciona, mas que também é condicionante, pois não existe “argumento consequencialista desprovido de uma base principiológica, assim como não existe argumento de princípio desprovido de uma base consequencialista”.⁷²

⁷¹ REOLON, Jaques Fernando. Alterações da LINDB à luz do garantismo jurídico. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 240, p. 79-95, fev. 2021, p. 86.

⁷² TORRANO, Bruno. Art. 20 da LINDB: princípios com consequências e vice-versa. *JOTA*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/art-20-da-lindb-principios-com-consequencias-e-vice-versa-08102020>. Acesso em: 26 mar. 2022.

Encontra-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal um exemplo de consequencialismo garantista. No Recurso Extraordinário nº 407.688/DF,⁷³ decidiu-se que, em razão do direito social fundamental à moradia,⁷⁴ é constitucional a penhora do imóvel em que reside o fiador,⁷⁵ nos contratos de locação, sob o argumento de que a impenhorabilidade é que traria graves consequências a esse direito social, pois os locadores passariam a não mais aceitar a prestação de fiança por quem possui apenas o imóvel em que reside, prejudicando muito o mercado imobiliário de locações, provocando um aumento no valor dos aluguéis, aumentando o déficit habitacional e, conseqüentemente, um prejuízo à concretização do direito fundamental à moradia. Por esse exemplo, pode-se constatar como a análise das consequências (econômicas, no caso) pôde servir à garantia dos direitos fundamentais.

Nessa leitura conciliatória, o art. 20 da LINDB veio para consequencializar as pautas garantistas, na medida em que busca frear o ativismo judicial que se alimenta de um principialismo inventivo. Nesse consequencialismo garantista não se busca maximizar o prazer ou a felicidade do maior número de pessoas às custas do sofrimento da minoria. Pelo contrário, as consequências almejadas são a previsibilidade e a coerência nas decisões judiciais, componentes do princípio da segurança jurídica, que é a principal razão de ser do garantismo.

Conclusão

As amplas transformações promovidas pelo pós-positivismo, marco filosófico do neoconstitucionalismo, foram responsáveis pela entronização dos princípios nas constituições e pela atribuição de normatividade a eles. Desde então, tem-se observado o uso abusivo dessas normas de valor ético-político pelo Judiciário, que as utiliza para justificar qualquer decisão em qualquer circunstância, como se fossem varinhas de condão capazes de transformar, em um passe de mágica, a dura desigualdade brasileira em um Jardim do Éden, com mero apelo retórico a princípios. O denominado pamprincipiologismo é a ferramenta utilizada para validar

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 407.688 - Distrito Federal*. Reclamante: Michel Jacques Peron. Reclamado: Antonio Pecci. Relator: Min. Cesar Peluso. Publicado no DJ de 06.10.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 1º jun. 2022.

⁷⁴ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º jun. 2022).

⁷⁵ A Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, inseriu um inciso VII no art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, para excluir da impenhorabilidade o bem dado em garantia de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (BRASIL. *Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Das Disposições Finais e Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 1º jun. 2022).

qualquer solução, construída com base em algum valor abstrato, como a melhor opção e a que deveria ter sido adotada.

O garantismo busca limitar a atuação do Judiciário, pregando a forte obediência ao ordenamento jurídico, em especial às normas que traduzem direitos fundamentais por meio de princípios estabelecidos constitucionalmente, e combate o enfraquecimento das normas principiológicas em face da vulgarização que o pamprinciologismo ocasiona. O garantismo também não aceita que os fins possam justificar os meios e, nessa leitura kantiana, por melhor que sejam as consequências dos atos, não se tolera que os direitos fundamentais sejam relativizados.

Paradoxalmente, o consequencialismo incorporado ao art. 20 da LINDB veio ao encontro das pautas garantistas, buscando restringir a invocação de princípios abstratos como única razão de decidir, sem amparo em qualquer hermenêutica jurídica séria, resultando em insegurança jurídica. Com as alterações promovidas na LINDB, pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, o pragmatismo entrou de vez no direito administrativo brasileiro, e diversos dispositivos incorporaram exigências da consideração de consequências, que é seu sentido mínimo, e tal propósito se dá de modo reativo à cultura do pamprinciologismo que tomou conta do Brasil.

Conclui-se ser possível conciliar a oposição entre garantistas e consequencialistas, de modo que as consequências de uma decisão tenham por norte a promoção dos direitos fundamentais e sejam comprometidas com os valores jurídicos mais relevantes. Nessa pauta conciliatória, os princípios ganham concretude em meio à consideração dos efeitos de sua aplicação no mundo real, e não em um plano meramente teórico e abstrato, caminhando-se para um consequencialismo garantista, no qual se repelem motivações decisórias meramente retóricas que provocam o enfraquecimento da força normativa dos princípios.

Referências

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. *Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciário à luz do princípio democrático*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Princípios da Administração Pública e segurança jurídica*. In: VALIM, Rafael; OLIVERIA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARRUDA, Thais Nunes de. *Como os juízes decidem os casos difíceis? A guinada pragmática de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Tradução de Luiz João Baraúna. In: *Os pensadores*. 1ª edição, São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1974.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Capítulo III – Da prisão preventiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. *Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991*. Das Disposições Finais e Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 1 jun. 2022

BRASIL. *Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010*. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12376.htm. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 407.688 - Distrito Federal. Reclamante: Michel Jacques Peron. Reclamado: Antonio Pecci. Relator: Min. Cesar Peluso. Publicado no DJ de 06.10.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 1º jun. 2022.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Suspensão de Liminar n. 1.395 - São Paulo. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Relator do HC n. 191.836 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6025676>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. Menos princípios, mais regras. A teoria da ponderação na encruzilhada do decisionismo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 3, Lisboa: 2019. ISSN: 2183-539X.

CURTIS, William McAllister. *Defending Rorty: pragmatism and liberal virtue*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. *Revista ARGUMENTUM*, vol. 19, n. 2, 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 16 mar. 2022.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Tradução de Andrea Greppi. 2ª ed. Madrid: Editora Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre Moraes da et al. (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *La democracia através de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editora Trotta, 2014.

FOOT, Philippa. *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*. New York: Oxford University Press Inc., 2002.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito público*. Barueri: Manole, 2013.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97- 124, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1452.

GUIN, Ursula K. Le Guin. *The Ones Who Walk Away from Omelas: A story*. Harper Perennial: Nova Iorque, Londres, Toronto e Sidney, 2017. ISBN: 0062470973,9780062470973 (versão eletrônica).

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019 (livro eletrônico).

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018, p. 65. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 17 mar. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 17 mar. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 53, abr./jun. 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: Indicando consequências e regularizando atos e negócios *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGEA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 35, n. 104, São Paulo, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092020000300501&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 11 jun. 2020.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

NEVES, Marcelo. Princípios e regras. Do juiz Hidra ao juiz lolau. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.). *Direito Teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013b.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende; HALPERN, Erick. O mito do “quanto mais controle melhor” na Administração Pública. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 7 out. 2020. Disponível em: <https://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 2 jan. 2022.

POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Tradução de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RAMOS, Eliseu da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REOLON, Jaques Fernando. Alterações da LINDB à luz do garantismo jurídico. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 21, n. 240, p. 79-95, fev. 2021.

RORTY, Richard. *Philosophy and the mirror of nature*. New Jersey: Princeton University Press, 1980.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TORRANO, Bruno. Art. 20 da LINDB: princípios com consequências e vice-versa. *JOTA*, 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/art-20-da-lindb-principios-com-consequencias-e-vice-versa-08102020>. Acesso em: 26 mar. 2022.

TRINDADE, André Karam. O ativismo judicial à brasileira e a questão penitenciária no Rio Grande do Sul. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 203-228, jan./jun. 2016.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; SOUSA, Francisco Arlem de Queiroz. Consequencialismo, garantismo e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: uma interpretação conciliatória. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 90, p. 107-131, out./dez. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i90.1675.
