

---

# Segurança jurídica pela norma da insegurança jurídica? Consequencialismo inconsequente. Considerações acerca do art. 20 da Lei nº 13.655/2018

Marco Antonio Karam

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

Professor da Faculdade de Direito UFRGS.

Procurador da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul.

marco.karam@hotmail.com

**Sumário:** Introdução. 1. O texto normativo. 2. Normas de sobredireito infra-constitucionais. 3. Valores jurídicos abstratos. 4. Conseqüências práticas de decisão: subjetividade e prognose. 5. Segurança jurídica. 6. Os precedentes. 7. Consequencialismo e modulação de efeitos em razão da segurança jurídica. Conclusão. Bibliografia.

**Resumo:** O presente artigo critica o texto do art. 20 da Lei n. 13.655/2018. A norma vincula a tomada de decisão às suas conseqüências. A pretexto de atribuir segurança jurídica, a norma traz insegurança jurídica ao próprio sistema jurídico que pretende preservar. A eficácia da norma reconstruída a partir da interpretação do dispositivo depende de juízo subjetivo de prognose, que tem por efeito reduzir a eficácia do texto legal.

**Palavras-chave:** Constitucional. Administrativo. Hermenêutica. Consequencialismo. Segurança jurídica.

**LEGAL CERTAINTY BY LEGAL UNCERTAINTY RULE?  
INCONSEQUENT CONSEQUENTIALISM.  
CONSIDERATIONS ABOUT ART. 20 OF LAW N. 13.655 / 2018**

**Abstract:** This article criticizes the text of art. 20 of Law no. 13.655 / 2018. The rule links decision making to its consequences. Under the pretext of attributing legal certainty, the rule brings legal uncertainty to the legal system that it intends to preserve. The effectiveness of the rule reconstructed from the interpretation of the text depends on subjective judgment of prognosis, which has the effect of reducing the effectiveness of the legal text.

**Keywords:** Constitutional. Administrative. Hermeneutics. Consequentialism. Legal certainty.

### **Introdução**

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, incluiu onze artigos no Decreto-Lei nº 4.657/1942. Este foi denominado em sua origem de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (LICC), tendo sua ementa alterada pela Lei nº 12.376/2010, ampliando seu âmbito de vigência para além do Código Civil e do direito privado, passando a ser denominada desde então de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alcançando normas de direito público. Norma sobre normas, a LINDB é tida como norma de sobredireito, tendo o fim de explicar ou orientar a interpretação e aplicação do Direito.

Sumariamente, a Lei nº 13.655/2018 trouxe as seguintes inovações legislativas: o art. 21 trata da indicação das consequências jurídicas e administrativas quando da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. O art. 22 tutela a difícil missão administrativa do gestor público, submetido nos últimos tempos a miscelânea de leis de responsabilidade pelo exercício dessa função, que o faz temer qualquer atuação administrativa inovadora que o coloque em risco de responder pessoalmente por esses atos. O art. 23 assegura

regime jurídico de transição entre o momento anterior e posterior de decisão administrativa, controladora ou judicial. O art. 24, na mesma linha, privilegia a confiança dos administrados nos atos do Poder Público<sup>1</sup>, a despeito do já disposto no art. 6º da LICC originária. As normas dos arts. 26 e 27 introduziram o modelo de controle consensual da administração pública, tema debatido e desejado amplamente pela doutrina administrativista<sup>2</sup>. O art. 28 trata da responsabilidade pessoal das decisões tomadas pelos agentes públicos, limitando-a aos casos de dolo e erro grosseiro. O art. 29 previu a possibilidade de consulta pública quanto à edição de atos normativos por autoridade administrativa. E, por fim, a previsão do art. 30, determinando que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

Paralelo a esses artigos, a nova lei introduziu a norma do art. 20, pretendendo atribuir segurança jurídica às decisões nas esferas administrativas, de controle e judicial. Contudo, a pretexto de atribuir segurança jurídica, a norma traz insegurança jurídica ao próprio sistema jurídico que pretende preservar.

O propósito específico da nova norma, para além da inclusão do modelo de administração consensual na administração pública e de medidas de tutela do gestor público, foi, expressamente, como declarado em sua ementa, incluir “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

O art. 20 da Lei nº 13.655/2018 é o principal dispositivo que trata da pretensa atribuição de segurança jurídica às decisões da administração pública, dos tribunais de contas e do judiciário, tanto em relação às normas de direito

<sup>1</sup> COUTO E SILVA, Almiro do O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004, e Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 13-31, supl., dez. 2003.

<sup>2</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, e Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social. In: ÁVILA, Humberto (org.). Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 91-113; BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; FERRAZ, Luciano. Controle consensual da administração e suspensão do processo administrativo disciplinar. Rev. do TCMG, nº 4, ano XXV, 2007.

público quanto às de direito privado. A norma do art. 20 pretende orientar aquele que decide nas esferas administrativa, de controle e judicial no sentido de atuar com segurança jurídica na aplicação do direito.

O exame do dispositivo demonstra algumas inconsistências em seu conteúdo e em sua pretendida finalidade, que deságua na conclusão de que a norma ao pretender atribuir segurança jurídica colabora para gerar insegurança jurídica.

### 1. O texto normativo

O texto do art. 20 da nova lei diz:

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

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

Do texto do art. 20 destacam-se três expressões fundantes da norma. A primeira é a utilização de “valores jurídicos abstratos” nas decisões administrativas, de controle e judicial; a segunda, “consequências práticas da decisão”; e a terceira, “a necessidade e a adequação”. O texto contém uma proibição condicionante de limitar a atuação decisória do administrador, do controlador e do juiz com base em “valores jurídicos abstratos”, autorizando-os desde que apurem as “consequências práticas da decisão” e demonstrem a sua “necessidade e a adequação”.

Previamente ao exame dos significados e alcance dessas expressões, o próprio instrumento normativo em que o dispositivo está inserido parece revelar certa incompatibilidade sistemática com o ordenamento.

## 2. Normas de sobredireito infraconstitucionais

A finalidade da LINDB originária, denomina de Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), foi a de regular a vigência das leis (art. 1º e 2º), sua obrigatoriedade (art. 3º), as fontes de integração normativa (art. 4º), a teleologia de sua aplicação jurisdicional (art. 5º), a sua aplicação no tempo e no espaço (art. 6º), e ainda hipóteses relacionadas ao direito internacional público e privado (art. 7º a 19). A Lei nº 12.376/2010 alterou a ementa da LICC para “Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro”, baseada na constatação de que sua aplicabilidade alcançava outras normas que não apenas as do Código Civil. Em 25 de abril de 2018, a Lei nº 13.655/2018, incluiu os arts. 20 a 30 no Decreto-Lei nº 4.657/1942, emendada como “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, ampliando expressamente sua aplicabilidade ao direito público.

Interessante notar a transformação da LICC de 1942 até a LINDB de 2018 diante da linguagem e da teoria constitucional. A LICC, promulgada no contexto jurídico de centralidade do Código Civil de 1916, deu lugar a LINDB agora fundada no Estado Constitucional. Tratando, em seus primeiros artigos, e agora nos seus finais, de como as normas devem ser interpretadas e aplicadas, a eficácia dos dispositivos atinge todo o ordenamento jurídico brasileiro (“normas de direito brasileiro”), os quais devem ser lidos e interpretados conforme seu conteúdo.

O papel da Constituição como norma vértice do ordenamento, para a qual devem ser orientadas todas as demais normas, diga-se, desse mesmo ordenamento jurídico, parece competir com a norma infraconstitucional que paraleliza a função da Constituição como norma fundamental do sistema jurídico brasileiro.

Essa hipótese é impensável diante da supremacia constitucional e das normas decorrentes do Estado de Direito<sup>3</sup> orientadoras, com exclusividade,

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Comentários à Constituição do Brasil/J.J. Canotilho...[et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

da interpretação e aplicação do direito. A LICC, e agora a LINDB, vitaminada por normas orientadoras do modo como o intérprete deve orientar-se na interpretação e aplicação da lei, correlaciona segurança jurídica – princípio constitucional implícito decorrente do Estado Democrático de Direito - ao dever de motivação segundo critérios extrajurídicos, fundados em consequências práticas (fáticas) com juízo de prognose para além do Direito.

A topologia já informa o deslocamento dessa norma de fundamento constitucional e a pretensa finalidade de atribuir, pelo seu próprio fundamento, segurança jurídica “na criação e na aplicação do direito público”.

A própria norma, quando examinada, deve submeter-se a critérios de segurança jurídica e da tão propalada “eficiência”. Isso significa que para o intérprete e aplicador do Direito a aplicação da nova norma deve ser precedida da verificação de efetiva concretização da segurança jurídica e da probabilidade de eficácia diante de determinado caso concreto. Perceba-se o complexo itinerário interpretativo a ser adotado pelo aplicador e intérprete. Em um certo e determinado caso concreto, aquele que decide, depois de proceder à qualificação do caso e eleger o direito aplicável, decide (primeira decisão), por alguma escolha que se espera seja racional e jurídica, utilizar “valores jurídicos abstratos”. Dessa escolha, passa a ficar submetido a determinação do art. 20. A permissão condicionante da norma desata a segunda decisão, que consiste em expor as possíveis consequências da decisão formulada, espera-se, em juízo de possibilidades finitas que possam ser aferidas objetivamente. Um conjunto de possibilidades infinitas ou extremamente numerosas de possibilidades práticas da decisão inviabilizaria qualquer controle prévio pelo destinatário da decisão, caracterizadores de calculabilidade e antecipação de resultados possíveis, dimensões da segurança jurídica.

Realizada a exposição das consequências práticas – alternativas –, resultado de combinações possíveis, aquele que decide deve adotar uma em detrimento da outra ou outras. Essa terceira e última decisão tomada em um único caso concreto deve conter, também se espera, juízo de prognose

fundado em dados científicos sólidos e com consistente certeza de ocorrência no futuro.

A motivação de toda essa operação intelectual deverá, ainda, demonstrar a “necessidade e adequação” da alternativa escolhida (decisão tomada) diante das demais alternativas descartadas. Após esse itinerário, que observa o polissêmico texto do art. 20, o aplicador e intérprete deve perquirir, pelo caráter diretivo atribuído à norma do art. 20, se a decisão, resultado de todo o processo intelectual, está em conformidade com o princípio da segurança jurídica em sede constitucional, pois, afinal, o valor que a norma pretende tutelar é o valor segurança, veiculado no princípio da segurança jurídica e que decorre do Estado Democrático de Direito.

Muito se vê que o que menos aparece nesse processo intelectual é a eficiência e a segurança jurídica do destinatário da decisão, e dos demais destinatários em geral, que não possuem qualquer referencial de controle e aferição de decisões assim tomadas.

A norma do art. 20, por sua topologia, desde logo, ou confronta a Constituição por utilizar princípio supraconstitucional como justificativa de sua eficácia e aplicação sem referibilidade ao próprio sistema ou cria procedimento decisório constituído por pluralidade de escolhas e de etapas por aquele que decide sem qualquer critério ou referencial normativo limitativo de sua atuação – mercê da norma o pretender fazer ao utilizar a expressão “segurança jurídica na criação e aplicação do direito público” – descortinando o arbítrio de escolhas de alternativas e etapas decisórias. Ao que parece, já pelo que o art. 20 previu, adotar soluções fora do direito para problemas jurídicos.

A própria interpretação e aplicação da norma demonstra certa incompatibilidade com sua finalidade, contrastando, ademais, com o caráter diretivo e orientador exclusivo da Constituição.

Não bastasse isso, a interpretação e aplicação da norma aos casos concretos que se apresentem contêm alguns problemas que serão a seguir abordados.

### 3. Valores Jurídicos Abstratos

Para além do exposto no tópico acima, há dois outros problemas fundamentais na previsão normativa em exame. O primeiro refere-se à permissão para que a fundamentação não faça referência ao ordenamento jurídico. A segunda está relacionada à ausência ou insuficiência de dados empíricos consistentes para a tomada de decisões.

O texto do art. 20 trouxe a expressão “valores jurídicos abstratos”. A incerteza do conteúdo da norma começa pela própria utilização de termos polisêmicos. Valores jurídicos abstratos podem ser aqueles derivados dos princípios jurídicos, tal como o valor liberdade, tutelado, por exemplo, pelo princípio da presunção de inocência, ou pode significar a utilização de conceitos jurídicos indeterminados por aquele que decide segundo o texto do art. 20, ou, ainda, pode ser confundido com cláusula geral.

Em que pese a proposital vagueza semântica dos princípios e dos conceitos jurídicos indeterminados, o conceito e a interpretação de um e de outro são diversas.

Princípios e regras são normas. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos<sup>4</sup>.

Um fim é ideia que exprime uma orientação prática. Os fins representam uma função diretiva. A instituição do fim é ponto de partida para a procura de meios.

<sup>4</sup> Ávila, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 213, p. \_\_\_\_



Os princípios, embora relacionados a valores, não se confundem com eles. Os princípios se situam no plano deontológico. Os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico<sup>5</sup>. Os princípios são objeto de ponderação<sup>6</sup>, regra geral. Um princípio não será explícito necessariamente, mas implícito ao sistema, como o é o da própria segurança jurídica, derivado do Estado Democrático de Direito.

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade do século XX. A formulação dessa técnica busca prever a hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. As cláusulas gerais têm em seu enunciado o desenho de uma moldura permeada de proposital vagueza semântica, com “a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta” apta a obter a “constante formulação de novas normas”, mediante a atividade de concreção desses princípios, diretrizes e máximas de conduta, diferentemente do modelo normativo que traça a hipótese e as suas consequências<sup>7</sup>.

O conceito jurídico indeterminado contido em uma norma significa a utilização de expressões vagas e imprecisas. Parte da doutrina defende que não é o conceito que é indeterminado, mas sim as expressões que o formam<sup>8</sup>. Isso significa dizer, na linha de Karl Engisch, que o conteúdo e a extensão das expressões ou dos termos que o formam são incertos<sup>9</sup>. Portanto, há uma intencional plurissignificação de sentido da expressão ou expressões utilizadas deliberadamente pelo legislador.

<sup>5</sup> Idem, 213, p. \_\_\_\_

<sup>6</sup> Ibidem, p. 131-141, observa que “o modo de aplicação dos princípios não é necessariamente a ponderação”, sustentando que os princípios não entram necessariamente em conflito, pois nem todos os princípios são aplicados de modo concorrente com outros.

<sup>7</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a 35 n.139, jul./set. 1998, p. 7.

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 93, jan. 1990, p. 44, sustenta inexistir conceitos indeterminados. Para mais a respeito da diversidade de expressões equivalentes a “conceito jurídico indeterminado”, o uso dessa expressão e a relação desses “conceitos” com discricionariedade, ver: SOUSA, António Francesco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, especialmente p. 20-22.

<sup>9</sup> ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 208.

Os conceitos jurídicos indeterminados podem se referir a realidades fáticas ou a valores, estes últimos semelhantes às cláusulas gerais pela utilização da vagueza semântica e reenvio a *standards*<sup>10</sup>. Conceito jurídico indeterminado pode estar contido em uma cláusula geral. A cláusula geral será sempre expressa pelo ordenamento dado seu caráter de técnica legislativa. Contudo, uma cláusula geral pode conter um princípio ao tutelar determinado valor, qualificando a norma como cláusula geral e princípio<sup>11</sup>.

A intenção desse superficial cotejo é demonstrar a dificuldade inicial com que pode se deparar aquele que decide ao tentar identificar se está diante de “valor jurídico abstrato” ao decidir. Por isso, a ausência da exata identificação do significado da expressão já traz insegurança, sendo necessário aprofundamento na interpretação da norma, buscando a intenção do legislador, ante a insuficiência textual.

O exame do Relatório da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 7.448/2017, que deu origem à Lei nº 13.655/2018, elaborado pelos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, não demonstra que a expressão “valores jurídicos abstratos” tem o significado de princípio. Ao contrário, trata indistintamente princípio, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. O Relatório diz:

**A proposta pretende tornar expressos alguns princípios e regras de interpretação e decisão que, segundo a doutrina atual, devem ser observados pelas autoridades administrativas ao aplicar a lei.** Vale dizer que algumas destas iniciativas já foram incorporadas ao novo código de processo civil.

**Assim, a proposta sugere parâmetros a serem observados quando autoridades administrativas tomam decisões fundadas em cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados.**

<sup>10</sup> MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 50. P. 09-35. Abr.-jun. 2004, p. 4.

<sup>11</sup> Idem, p. 4.

Ao comentar o Projeto de Lei, contudo, o autor de seu texto, assim afirma<sup>12</sup>:

O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em “valores jurídicos abstratos” **(que podem ser entendidos como princípios)**. É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – **o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos**. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, caput e parágrafo único).

De um modo ou de outro, a terminologia utilizada no texto do art. 20 é dúbia, desatando restrições de interpretação conceitual mínima de seu conteúdo, o que torna difícil desde o início a interpretação e aplicação da norma. A nobre intenção dos elaboradores do projeto de lei parece ter forte potencial para gerar justamente o que pretendiam evitar.

Se é correto afirmar que necessidade e adequação, como subprincípios do princípio da proporcionalidade, servem a interpretação dos princípios quando em colisão, a norma do parágrafo único do art. 20 estaria dirigida apenas aos princípios, estando excluídos os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que exigem outros meios de concreção. Qualquer afirmação nesse sentido, entretanto, não é dotada da necessária certeza, pois efetivamente não se sabe o que o legislador pretendeu dizer ao referir “valores jurídicos abstratos”, abrindo amplíssima margem de debate acerca da interpretação do próprio dispositivo em si.

<sup>12</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. Rev. Dir. Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-211, ab./jun. 2016.

#### 4. Consequências práticas da decisão: subjetividade e prognose

Consequências práticas da decisão requer daquele que decide identificação de alternativas e opção por uma dessas alternativas. Contudo, é de se perquirir qual consequência além da jurídica é esperada daquele que decide: econômica<sup>13</sup>, política, social, moral, pessoal, repercussão na mídia, clamor público?

A pluralidade e diversidade de informações do mundo contemporâneo dificulta estabelecer *a priori* qual desses efeitos deverão ser considerados no exame da decisão.

Decisões condicionadas ao exame de suas consequências extrajurídicas são decisões que invadem esfera estranha à lei e ao direito. Decidir com base nos efeitos é medir a decisão conforme avaliação subjetiva de quem decide. Significa criar regra individual conforme as orientações individuais daquele que decide. É decisão forjada em caráter unilateral sem atenção à estrutura de competências institucionais estatais. A legítima busca pela segurança jurídica gera mais insegurança, paradoxo lembrado por Humberto Ávila em sua *Teoria da Segurança Jurídica*<sup>14</sup>.

Por evidente, surgem alguns problemas dessa atuação com base nas consequências. Uma delas é a substituição da competência constitucional do legislador (Legislativo) pelo administrador (Executivo) e pelo juiz (Judiciário), além da atividade fiscalizatória dos Tribunais de Contas, muito embora integrantes do Poder Legislativo como órgão auxiliar, acabaram por assumir papel autônomo na estrutura organizacional brasileira.

Além do exposto, pode-se questionar se o exame das consequências de uma decisão também é um princípio?

<sup>13</sup> Quanto a este aspecto, Luiz Reimer Rodrigues Riefel, esclarece que “A law and economics inicialmente ocupava-se apenas em estabelecer uma análise econômica do direito relacionado ao antitruste, dos contratos e do direito da empresa, mas acabou se estendendo, ao longo dos anos, para as mais diversas áreas do direito, como o direito tributário, constitucional e de família. Além do crescimento dentro do campo do direito, a disciplina evoluiu para além da esfera dos mercados, e trata hoje de assuntos como teoria política e teoria do direito, tentando redefinir o papel do direito nas sociedades” (Um Mundo Refeito: Consequencialismo e Análise Econômica Do Direito. Dissertação - Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006).

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 39-62.

A própria LINDB utiliza “valores jurídicos abstratos” ao expressar “segurança jurídica de interesse geral”, “interesse gerais da época”, “modo proporcional e equânime”.

A ascensão dos argumentos consequencialistas em decisões judiciais na realidade brasileira tem despertado o interesse para a Teoria do Direito e suas implicações, notadamente da compatibilidade desse método com o ordenamento jurídico e com o Estado de Direito<sup>15</sup>.

O consequencialismo jurídico está centrado em que a justificativa de decisões devem orientar-se pelo resultado prático a ser obtido<sup>16</sup>. Nesse sentido, a própria decisão é assim tomada pelas consequências que produzirá no mundo concreto. O processo decisório consequencialista resume-se à fórmula: decide-se, depois fundamenta-se. Essa fórmula contraria o processo decisório fundado no ordenamento jurídico, em que a decisão é resultado do processo interpretativo da norma e não o contrário.

Essa corrente (ou método) vem na esteira do ativismo judicial praticado no ambiente jurídico brasileiro, transladada do realismo jurídico norte-americano para quem os juízes e tribunais fazem o direito – *judge made the law*<sup>17</sup>.

A argumentação de decisões judiciais, administrativas ou de controle deve fundar-se no ordenamento jurídico, permitindo a verificação da recondução ou não desses argumentos ao ordenamento jurídico, denominado de argumentos institucionais na classificação de Humberto Ávila<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Acurado trabalho realizado por Mariana Pargendler e Bruno Salama examina, a pretexto do estudo de novos métodos de produção jurídica na realidade brasileira, a nova realidade fundada na utilização de argumentos consequencialistas e as origens formadoras desse novo contexto in PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

<sup>16</sup> Muito propalada a distinção de argumentos consequencialistas formulada por Luis Fernando Schuartz em consequencialismo forte, ante a inexistência de alternativas decisórias os argumentos consequencialistas teriam forte peso na decisão; consequencialismo residual, utilizados na hipótese de insuficiência dos argumentos institucionais; e o consequencialismo fraco, possíveis de serem utilizados em cotejo com argumentos institucionais, desde que sem sobrepuja-los (Schuartz, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições. Orgs. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-418).

<sup>17</sup> Para compreensão na realidade americana: KOZINSKI, Alex. What I Ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. 26 Loy. L.A.L. Rev. 993 (1993).

<sup>18</sup> Ávila, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, março de 2001, p. 160.

Os argumentos institucionais são aqueles emanados de atos parlamentares, administrativos e judiciais e são referenciáveis ao ordenamento jurídico, possuindo “maior capacidade de objetivação”<sup>19</sup> e, por isso, passíveis de verificação intersubjetiva. Além disso, a recondução ao ordenamento jurídico dos argumentos utilizados em uma dada decisão judicial, administrativa ou de controle tem fundamento no Estado de Direito e os desdobramentos da separação de poderes e democracia.

Os argumentos não-institucionais decorrem de “apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca”, incluindo-se aqui os argumentos práticos ou extrajurídicos<sup>20</sup>.

A razão da rarefeita normatividade dos argumentos não institucionais está na ausência de referência “aos modos institucionais de existência do Direito” e “o apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico”<sup>21</sup>.

Nesse sentido, a classificação afasta as consequências políticas, econômicas e sociais do centro do ordenamento jurídico, por serem não institucionais, não referenciáveis ao ordenamento jurídico e com reduzida capacidade de objetivação, ao contrário dos argumentos institucionais, referenciáveis ao ordenamento jurídico e com alta capacidade de objetivação, classificados por Ávila em imanentes - linguísticos e sistemáticos – e em transcendentais – históricos e genéticos.

A linguagem, objeto caro e central na obra do homenageado, fundamento para compreensão, interpretação e aplicação do Direito, está relacionada ao significado dos dispositivos ou enunciados prescritivos – sintaxe e semântica. O argumento linguístico nesse sentido pode ser desdobrado em semântico – significado das expressões – e sintático – estrutura gramatical.

Os argumentos sistemáticos desdobram-se em contextuais – dizem respeito a relação da norma objeto de interpretação com as demais normas do sistema jurídico – e jurisprudenciais – relativos aos precedentes judiciais a respeito da norma objeto da interpretação.

---

<sup>19</sup> Idem, p. 161.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 161.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 169.

Em relação aos argumentos contextuais, “quando a finalidade do dispositivo for obtida levando-se em consideração os princípios constitucionais a cuja concretização serve a regra objeto da interpretação, pode-se falar em uma interpretação teleológica-sistemática”<sup>22</sup>.

Há referência na doutrina acerca de posições consequencialistas de caráter residual<sup>23</sup>. As consequências da decisão, nesse sentido, somente seriam valoradas quando insuficientes as técnicas ou métodos de interpretação jurídica. Ocorre que o mesmo diploma que veicula o texto do art. 20, traz a norma do art. 4º que determina ao juiz decidir com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito ante à omissão normativa. Não há menção no texto do dispositivo de permissão para o exame das consequências práticas da decisão. É possível afirmar, pelo argumento em contrário à formulação textual, que há vedação à decisão com base nas consequências. Não se poderia afirmar, ainda, que o dispositivo teria aplicação restrita ao direito privado e que o art. 20 teria aplicação ao direito público, ante à menção limitativa do ramo jurídico na ementa da nova norma (“disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”). Ou teria sido essa a intenção da norma?

Outro problema enfrentado pela decisão com base nas consequências é tanto o caráter frágil da exposição das alternativas possíveis, nem sempre aferíveis em sua extensão ou verificáveis em sua existência, quanto o juízo de prognose em relação a cada uma das alternativas e da alternativa escolhida como fundamento da decisão.

Decidir com base em consequências exige extremado cuidado em relação ao prognóstico realizado, nem sempre verificável em certas decisões<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Ávila, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, março de 2001, p. 164.

<sup>23</sup> Schuartz, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições. Orgs. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-418., “Decisões judiciais orientadas nas próprias consequências são, tipicamente, decisões sob incerteza subjetiva e, nesse terreno, é difícil que possam mover-se, para usar uma expressão de Niklas Luhmann, para além da condição de exercícios de imaginação com força jurídica”, p. 389.

<sup>24</sup> Para não incorrer no mesmo erro das decisões consequencialistas em afirmar categoricamente determinados efeitos atrelados a determinada decisão, referimos aqui pesquisa realizada em decisões do Supremo Tribunal Federal em relação a utilização de argumentos consequencialistas para a modulação

Em estudo realizado a respeito da incidência do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre embarcações e aeronaves, a “constitucionalidade da exação foi examinada a partir de consequências que a decisão poderia gerar no mundo real”, fundada na hipótese de que “a dificuldade de criação de registros nos Estados e Municípios com a finalidade de afetar aeronaves e embarcações às suas jurisdições, bem como o conflito que surgiria entre entes federados” para serem sujeitos tributários ativos, teriam sido avaliadas negativamente por ministro do STF e que deveriam ser evitadas<sup>25</sup>.

O estudo apontado concluiu pela inexistência de apresentação de dados, estudos e documentos nas decisões do STF que utilizaram argumentos consequencialistas em sua imensa maioria<sup>26</sup>. Em sua sequência, o estudo concluiu que o “déficit epistêmico” é corroborado pela identificação de que “os ministros elaboram prognoses ou criam cadeias de consequências sem que haja qualquer prova ou presunção legal indicando que sua ocorrência decorre da alternativa decisória adotada”<sup>27</sup>.

Há, nesse sentido, ausência de evidências empíricas na formulação de alternativas e na escolha de uma delas como a melhor decisão possível a ser tomada em determinado caso. E mesmo decisões fundadas em consequências práticas lastreadas em dados, estudos, pesquisas ou documentos demonstram no máximo uma probabilidade de materialização do efeito da decisão<sup>28</sup>.

---

dos efeitos em ações declaratórias de inconstitucionalidade em julgamentos de direito tributário: LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 818-843.

<sup>25</sup> Passagem da obra, ao referir como a utilização de argumentos consequencialistas sobrepujaram a interpretação semântica da regra de incidência tributária, ilustra os dois problemas apontados: desconsideração do texto do dispositivo e ausência de dados confiáveis a embasar o juízo de prognose: LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 818-843.

<sup>26</sup> *Idem*, p. 829-830 e 832.

<sup>27</sup> LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polit. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 836.

<sup>28</sup> SCHAUER, Frederick. Can bad Science be good evidence: lie detection, neuroscience and mistaken conflation of legal and scientific norms. *Cornell Law Review*, Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper, nº 14, ago. 2009.



A incerteza da fundamentação decisória em termos consequencialistas parece violar o princípio da segurança jurídica, norma que expressamente o art. 20 pretende tutelar.

## 5. Segurança jurídica

Não parece haver dúvida que a segurança jurídica por si é indeterminada e que a tarefa da doutrina, como bem faz Humberto Ávila, é tentar reconstruir a norma da segurança jurídica para reduzir sua indeterminação. A elasticidade dos limites normativos de preenchimento da segurança jurídica exige definição de critérios orientadores para reduzir a indeterminação.

A *Teoria da Segurança Jurídica* de Humberto Ávila examina com amplitude e detalhamento a segurança jurídica como norma-princípio “fundada em normas constitucionais, por meio de um método capaz de progressivamente reduzir a sua indeterminação e atribuir-lhe operacionalidade prática mediante a indicação dos comportamentos cuja adoção contribui para a realização dos estados que ele determina atingir”<sup>29</sup>.

Para a compreensão da segurança jurídica se “deve modificar o foco da ‘segurança de significado’ (*Bedeutungssicherheit*) para a ‘segurança de critérios’ (*Kriteriensicherheit*) a fim de fornecer, de antemão, parâmetros prévios e abstratos para problemas interpretativos posteriores e concretos”<sup>30</sup>. Em um de seus variados aspectos, se deseja que a lei traga segurança, definindo comportamentos permitidos, proibidos ou obrigatórios. Uma lei que, a pretexto de segurança, condiciona a aplicação de outras leis às consequências práticas da decisão não é lei segura, mas lei incerta quanto a sua aplicação e interpretação.

Note-se que a segurança jurídica pretende reduzir a indeterminação, a instabilidade e a imprevisibilidade para realizar os ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativa.

Não é desconhecida a diversidade de sentidos, extensão e eficácia da segurança jurídica. Contudo, a pretexto da ampla margem argumentativa propiciada pelos princípios, decisões fundadas em argumentos práticos pendem mais

<sup>29</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 70.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 71.

para especulações do que juízos com parâmetros e critérios definidos, limitando ou impedindo o controle normativo para o futuro, gerando desconhecimento de como uma lei pode ser interpretada (parâmetros), além de indesejada incerteza e imprevisibilidade violadoras do princípio da segurança jurídica<sup>31</sup>.

Decidir conforme as consequências práticas da decisão afasta o texto da norma e a própria norma. Perde sentido o exame do significado semântico das palavras e sintaxe das expressões do texto normativo já que tudo se resolve (e se perde) na avaliação finalística de efeitos, que o texto normativo do art. 20 também não esclarece quais sejam. A norma do art. 20 não é cognoscível, pois condiciona a decisão – qualquer delas – às consequências práticas, conforme as circunstâncias do caso, do julgador e do consequentialismo da própria decisão, afastando, ou ao menos com autorização para afastar a aplicação e eficácia de outra regra ou princípio efetivamente incidentes sobre o caso. O efeito da determinação do art. 20 é que uma regra ou um princípio, ao incidir sobre determinado caso concreto, pode ser afastada ou afastado não pela interpretação de aplicação de uma ou outra regra ou princípio ao caso, mas ser afastados pela consequência que essa regra ou princípio possa trazer externamente ao caso concreto. Decidir com base na consequência prática da decisão desconsidera, sem exageros, todo o ordenamento jurídico, à exceção da regra do art. 20, que levada ao exagero, será supletiva a todo o ordenamento quando aquele que decide entender que as consequências práticas da decisão, quando tomadas com base em princípios incidentes no caso concreto, deverão preponderar para afastar estas regras e princípios.

Por evidente, a norma do art. 20 não permite calcular seu conteúdo, que não é simplesmente aberto, mas autorizativo de qualquer decisão sem qualquer controle. A decisão admitira ser contrária à lei, respeitando apenas a lei que autoriza decidir com base nas consequências práticas.

<sup>31</sup> ÁVILA, Humberto. Seminário Teoria de Decisão Judicial. Série Cadernos do CEJ; 30. Brasília, DF. 2014. p. 69-75.

A norma em geral, que deve veicular o *dever-ser*, acaba por ser substituída pela razão do *ser* segundo exame daquele que decide sem parâmetros pré-fixados ou minimamente referenciáveis ou controláveis.

A análise de efeitos práticos da decisão confunde o mundo fático do “ser” – implicações econômicas, sociais, políticas e todo um universo de possibilidades – com o mundo do “dever-ser” como norma indutora de comportamentos ou realizadora de direitos. Ao proibir, permitir ou obrigar, a norma – *dever-ser* – tem condicionada sua realização ao mundo do *ser* – fático – e suas condições. O direito, nessa linha, não assegura e não mais realiza porque o fato – realidade – que pretende alterar se sobrepuja à lei, transformando-a mediante retirada de sua eficácia. Se o fato é maior que a lei que o pretende alterar a lei de nada serve. O direito – e a segurança jurídica que dele se espera – são engolidos pelos fatos e a necessidade do direito passa a ser ela mesma questionada ou posta em xeque tal qual a própria segurança jurídica.

Além das dificuldades para a compreensão plena da segurança jurídica, a nova norma acentua a incerteza a pretexto de mitigá-la. Tratando-se de norma de direito público, declaradamente, acentua-se sua implicação nos direitos fundamentais do cidadão, não conhecedores previamente do que podem ou não podem fazer e dos direitos que possam ou não usufruir segundo o exame das consequências práticas da decisão, que a nova norma a ninguém permite conhecer, outorgando àquele que decide o poder de fazer o direito livremente, substituindo – mais essa – a competência do legislador e do Poder Legislativo em todas as esferas da federação.

O direito passa a ser, agora no que tem de legislativo, loteria (*emptio spei*), potencializando o ativismo judicial contemporâneo. *Alea jact est* segundo os dados mentais do julgador e a sua escolha de quais consequências práticas passa a negar o direito.

Não permitir ao cidadão que conheça as normas postas e suas consequências fixadas anteriormente pelo legislador conforme comportamento adotado ceifa-o da liberdade de atuação individual frente ao Estado. Este, ao invés de sub-

meter-se ao cidadão, o submete aos seus múltiplos desideratos mediante fórmulas político-jurídicas agora plasmadas em uma norma de conteúdo livre para aquele que decide. A realização de direitos fundamentais e das próprias finalidades estatais pressupõe “ordenamento jurídico cognoscível, confiável e calculável”.<sup>32</sup>

Note-se que “se o conteúdo da norma for minimamente determinado, porém sua aplicação arbitrária, não há segurança jurídica”<sup>33</sup>. O texto do art. 20 tanto não traz qualquer delimitação de quais consequências práticas podem ser tomadas em consideração pelo julgador como estimula a aplicação arbitrária de norma, jurídica ou não, dado o consequentialismo decisório.

Em de seus sentidos possíveis, segurança jurídica refere-se “a propriedade, a conteúdos, a processos, a métodos e a resultados que devem estar presentes para que o Direito possa ser instrumento garantidor dos direitos fundamentais”<sup>34</sup>.

Não há segurança jurídica na norma do art. 20, pois esta não estabelece métodos e resultados conhecíveis, sendo possível, diante das consequências práticas da decisão avaliadas por aquele que decide, afastar inclusive os próprios direitos fundamentais do cidadão.

Em outro sentido possível, em uma “dimensão axiológica social”, a segurança jurídica representa “fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento”<sup>35</sup>.

Relevante para o desenvolvimento do tema consiste em fazer a distinção da segurança jurídica como fato – ao que parece, aspecto relacionado ao que sustento de ausência de segurança no art. 20 –, como valor e como norma-princípio, que permite, proíbe ou obriga<sup>36</sup>. O fato consiste em juízo descritivo e adere à concepção jusrealista. A norma consiste em juízo prescritivo vinculado ao juspositivismo argu-

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 73.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 75-76.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 108-110.

mentativo (pós-positivista). Nessa concepção, não significa, alerta o Professor Humberto Ávila, “a possibilidade de alguém prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos, mas sim a prescrição para alguém adotar comportamentos que aumentem o grau de previsibilidade”<sup>37</sup>. A segurança jurídica como norma-princípio é a prescrição ao legislador para a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na cognoscibilidade.

A norma-regra, em seu modelo deôntico, permite, proíbe ou obriga, consistindo na fórmula “se, então”. A norma-princípio estabelece um “estado ideal de coisas para cuja realização é necessária a adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuam para sua promoção”, estabelecendo fim – estado de coisas – e os meios – condutas necessárias a sua promoção, composta da fórmula “para, então é preciso”<sup>38</sup>.

Humberto Ávila faz importante distinção quanto aos princípios da segurança jurídica em relação às regras e a outros princípios, mesmo diante de sua estrutura finalística, sustentando que pressupõe “a intermediação de uma realidade jurídica”<sup>39</sup>.

A interpretação de uma regra exige correspondência “entre o conceito da norma e o conceito da situação de fato”. O princípio exige a busca de um estado de coisas apto a sua realização, correlacionando “os efeitos de uma conduta e o estado de coisas que, com sua adoção, deve ser realizado”<sup>40</sup>.

A aplicação do princípio da segurança jurídica “exige a sua relação com uma realidade jurídica”, que se expressa de modo singelo no cotejo da norma-princípio da segurança jurídica com outra norma ou de compatibilidade dessa norma com o princípio da segurança jurídica”<sup>41</sup>.

Nesse sentido, o objeto do princípio da segurança jurídica não é, por assim dizer, diretamente, “a configuração da realidade, mas sim a configuração do Direito ou de um direito como instrumento para se configurar a realidade”<sup>42</sup>. Não

<sup>37</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 120.

por outra razão o princípio da segurança jurídica é definido como “princípio instrumental”, na qualidade de norma, e na qualidade de direito, como “direito-garantia”. Sua função é servir de instrumento de realização de princípios ou de direitos.

Observa-se que o conteúdo finalístico (ou estado de coisas a ser promovido) da segurança jurídica é a determinação, no sentido de entendimento do “conteúdo normativo da norma”, e a determinabilidade (ou cognoscibilidade ou compreensibilidade) e certeza do Direito, no sentido do destinatário da norma conhecer seu conteúdo “a partir de núcleo de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”<sup>43</sup>.

Em perspectiva dinâmica ou temporal com vistas ao futuro, o princípio da segurança jurídica tem caráter de previsibilidade e calculabilidade do Direito. O destinatário da norma deve ter garantido o direito de prever as consequências jurídicas de seus atos, por isso previsibilidade do Direito, ou, ao menos, poder prever com elevada capacidade os efeitos “normativos de normas jurídicas”, antecipando alternativas interpretativas, por isso, calculabilidade.

Calculabilidade significa assim “a capacidade de o cidadão prever, em grande medida”, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais”<sup>44</sup>. O “déficit epistêmico” na fundamentação das decisões tomadas segundo suas consequências impede ou no mínimo limita o controle da decisão. Prospectar efeitos futuros de uma certa e determinada decisão não é tarefa fácil.

A segurança jurídica tem como fundamento o resultado da ideia de Direito, caracterizado como valor constitutivo da própria ideia de Direito, dado que o sistema jurídico necessita de um mínimo “de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade” para exercer função asseguradora. Decidir conforme consequências torna incerto, incalculável, desconhecido, imprevisível, indeterminado o direito, violando exatamente o direito fundamental do cidadão frente ao Estado de exercício da função garantidora e instrumental do princípios da segurança jurídica.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016, p. 126.

## 6. Os precedentes

A normatização da motivação decisória com base nas consequências práticas da decisão faz surgir a dúvida quanto à manutenção da obrigatoriedade dos precedentes, inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015<sup>45</sup>.

O caráter vinculativo dos precedentes está fundado em razões de segurança jurídica<sup>46</sup>. A vinculação aos precedentes assegura a univocidade dos tribunais em proferir o direito e de que o direito será proferido pelos tribunais aos casos futuros com base em sua aplicação passada. Ao caso futuro análogo ao caso passado deve ser proferida a mesma decisão. A univocidade judicial quanto ao direito proferido em casos análogos orienta a conduta dos jurisdicionados e antecipa as consequências jurídicas de seus atos.

A esperada unidade e coerência do ordenamento jurídico concretiza-se em decisões uniformes para os casos análogos<sup>47</sup>.

A superação do precedente ocorre pelo *overruling* (instituição de um novo precedente por mudança na posição judicial em razão do tempo) ou pelo *distinguishing* (distinção entre o caso passado e o caso em julgamento). A base para a formação e alteração do precedente são a *ratio decidendi* e a *obter dictum*.

Note-se como os precedentes podem ser afetados pela norma do art. 20. Supondo que uma determinada decisão passada tenha sido orientada, referenciada e fundamentada no ordenamento jurídico, o art. 20 permite a sua não observância ou superação pelos institutos acima referidos, ambos com razões subjetivas da avaliação das consequências práticas da decisão. Inaugurada, assim, a não observância do precedente ou sua superação com base nas consequências práticas do caso concreto atual, todo e qualquer caso concreto futuro poderá ter decisão diversa segundo o parâmetro, referencial ou prognóstico individual daquele que decide, tornando o sistema de precedentes inoperável pelo paradoxal e heterodoxo método das consequências.

<sup>45</sup> Para referência no tema, ver MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

<sup>46</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes. Da persuasão à vinculação. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018, p. 23.

<sup>47</sup> Idem, p. 75-75.

A decisão fundada em consequência, a rigor, não permite formação de precedente, pois a *ratio decidendi* fragiliza-se diante da ausência de referência ao ordenamento jurídico e de parâmetros de controle daquele que decide pelos destinatários da decisão. A pretensão de universalidade desejada pelos jurisdicionados e tutelada pelo processo civil contemporâneo cede diante de exames consequencialistas singulares do caso concreto.

Em última análise, o art. 20 arrefece a necessária força impositiva e vinculante dos precedentes, contrariando, v.g., as normas dos arts. 489, 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015. Fundamentalmente, o art. 20 também traz insegurança ao direito processual.

Em estudo referido acima em relação a decisões do STF com utilização de argumentos consequencialistas, concluiu-se também que, para além da ausência de dados empíricos para fundamentar o juízo de evidência futura, foram dados tratamentos diversos a tipos idênticos de consequências<sup>48</sup>. A ausência de uniformidade em decisões que utilizam argumentos consequencialistas demonstram a dificuldade material na formação de precedentes ou de respeito a sua autoridade.

## 7. Consequencialismo e modulação de efeitos em razão da segurança jurídica

A despeito da corrente utilização de argumentos consequencialistas nos votos das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), o art. 27 da Lei nº 9.868/99, que trata da possibilidade de restrição dos efeitos das decisões em ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, admite exame com base nas consequências.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo implica sua declaração de nulidade, a rigor, com efeitos *ex tunc*. Esses efeitos, ao atingir situações concretas, individuais ou gerais, podem gerar lesão a direitos exercidos durante a eficaz vigência da lei, violando a expectativa legítima de que

<sup>48</sup> LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 834-836.



esses atos eram válidos ao tempo de seu exercício. Por evidente, ao autorizar os integrantes da Corte Constitucional a restringirem os efeitos da declaração (nulidade) da lei ou ato normativo ou decidir pela eficácia temporal diversa (“a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”), permite que sejam avaliadas as consequências práticas da declaração.

Em que pese a permissão legal para o julgamento com base nas consequências, há dois fatores distintivos aqui diversos do previsto no art. 20. O primeiro é que a permissão para exame das consequências não se dirige aos fundamentos da decisão que declara a norma inválida, mas sim ao complemento da decisão caso seja declarada a invalidade. A Lei nº 9.868/99 não permite ao julgador utilizar as consequências do cotejo entre a lei impugnada e a Constituição para declará-la compatível ou não com esta. O julgamento da constitucionalidade espera-se seja fundamentado em parâmetros eminentemente jurídico-normativos. Alcançada a incompatibilidade da norma impugnada com a Constituição é que surge a permissão para os julgadores limitarem os efeitos da decisão, diante de fatos que possam se demonstrar violadores dos direitos individuais já exercidos ao tempo da aplicação da lei.

O segundo fator distintivo consiste em que, embora haja extrema dificuldade em avaliar quais seriam essas consequências práticas, em razão de que, como apontado acima, dados empíricos nem sempre são precisos ou incontroversos<sup>49</sup>, a modulação de efeitos coloca o julgador diante de casos concretos já estabelecidos, cabendo a este avaliar quais os efeitos da decisão nessas situações já constituídas. Mesmo em razão dessa distinção, a modulação possui caráter excepcional, ao contrário da generalidade prevista no art. 20.

Aqui, o exame não demanda abrir leque de alternativas possíveis, mas examinar as implicações da decisão sobre grupo de situações já constituídas diante de critérios definidos expressos que a modulação dever buscar promover os valores inerentes à segurança jurídica e ao excepcional interesse público.

<sup>49</sup> LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 818-843.

## 8. Conclusão

A norma do art. 20 da Lei nº 13.655/2018 traz insegurança jurídica ao direito brasileiro. A autorização normativa para utilização do exame das consequências práticas na motivação da decisão judicial, administrativa e de controle atribui caráter amplamente subjetivo à decisão, sem a certeza dos juízos de prognose de seus efeitos e sem possibilidade de controle intersubjetivo das razões utilizadas por aquele que decide.

O exame das consequências práticas da decisão sem qualquer referencial ao ordenamento jurídico afasta a legitimidade desta e permite a indiscriminação de motivos decisórios em pauta de verificação.

A norma examinada ataca diversas dimensões da segurança jurídica, tais como a calculabilidade, a certeza, a determinação, a determinabilidade. O destinatário de uma decisão em um determinado caso concreto posto ao Judiciário, à Administração e ao Tribunal de Contas, em que aquele que decide utilize-se de um princípio jurídico para decidir, não conhecerá os parâmetros pelos quais o julgador decidirá e sequer os critérios de escolha de alternativas e critérios do juízo de prognose utilizados. A decisão fundada no art. 20 permite o arbítrio na escolha unilateral e individual dos métodos de interpretação e aplicação do direito e, em última análise, viola o próprio Estado Democrático de Direito.

## Bibliografia

ADAMY, P. G. A.. Vagueza Normativa e Transições Políticas. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, v. 07, p. 260-285, 2013.

ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. 4ª ed., rev. atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016.

\_\_\_\_\_. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14ª ed. São Paulo: Malheiros,

\_\_\_\_\_. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 19, março de 2001.

\_\_\_\_\_. Seminário Teoria de Decisão Judicial. Série Cadernos do CEJ; 30. Brasília, DF. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, J.J. Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Canotilho...[et al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro , v. 237, p. 271-316, jul. 2004.

\_\_\_\_\_. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre , v. 27, n. 57, p. 13-31, supl. , dez. 2003.

ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 9ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

FERRAZ, Luciano. Controle consensual da administração e suspensão do processo administrativo disciplinar. Rev. do TCMG, nº 4, ano XXV, 2007.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 93, jan. 1990.

KOZINSKI, Alex. What I Ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. 26 Loy. L.A.L. Rev. 993 (1993).

LEAL, Fernando; DIAS, Daniela Gueiros. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a 35 n.139, jul./set. 1998.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 50. P. 09-35. Abr.-jun. 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes. Da persuasão à vinculação*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

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

RIEFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um Mundo Refeito: Consequencialismo e Análise Econômica Do Direito*. Dissertação - Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

SCHAUER, Frederick. Can bad Science be good evidence: lie detection, neuroscience and mistaken conflation of legal and scientific norms. *Cornell Law Review*, *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, nº 14, ago. 2009.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. Orgs. Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUSA, António Francesco de. “Conceitos Indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. *Rev. Dir. Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-211, ab./jun. 2016.