

Recebido: 15/05/2024  
Aprovado: 28/05/2024

# SOBRE O JUÍZO CONSEQUENCIALISTA E SUAS “CONSEQUÊNCIAS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO: QUAL O PESO DE SUA NORMATIVIDADE?

*ON CONSEQUENTIALIST JUDGMENT  
AND ITS NORMATIVE IMPLICATIONS IN  
ADMINISTRATIVE LAW: ASSESSING THE  
WEIGHT OF NORMATIVITY*

*Daniel de Souza Lucas<sup>1</sup>*

*Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Consequencialismo e argumentação: desafios e propostas para a normatividade. 2. Argumentação e interpretação: definição de sentidos. 2.1 O primeiro nível e suas formas de decidir cursos de ação. 2.2 O segundo nível e suas formas de avaliar o

<sup>1</sup> Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Doutorado em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Diretor da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ. Pesquisador Produtividade 2 do CNPq.

curso de ação adotado para justificar ou controlar. 2.3  
O terceiro nível e as formas de classificar a realidade.  
Conclusão. Referências.

**RESUMO:** A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) confere às consequências de uma decisão a normatividade que muitos querem ver? Há previsão expressa para o decisor considerar as consequências práticas da sua decisão baseada em valores jurídicos abstratos, assim como declará-las quando houver invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Isso seria a evidência de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequencialismo como forma de decidir? Para alguns a resposta é afirmativa, mas importa ao presente artigo os argumentos de quem responde negativamente a essa pergunta. Este artigo problematiza a normatividade do raciocínio consequencialista para defender que, sob a perspectiva do decisor, as normas da LINDB são critérios de fundamentação da decisão e sob a perspectiva da autoridade-instituição as normas da LINDB são prerrogativas para coordenação dos indivíduos com vistas ao incremento da segurança jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consequencialismo. Interpretação Jurídica. Normatividade. Argumentação. Segurança Jurídica.

**ABSTRACT:** Does the statute of introduction to brazilian law (LINDB) confer normative weight to the consequences of decisions as aspired by many? Is there a prescribed mandate for decision-makers to conscientiously weigh the practical ramifications of their decisions, rooted in abstract legal values, and to duly articulate them upon the invalidation of an act, contract, adjustment, process, or administrative norm? Could this phenomenon be indicative of the integration of consequentialist principles within Brazilian administrative law jurisprudence? While some affirmatively assert this notion, this article undertakes a critical examination, focusing particularly on arguments contesting such assertions. It endeavors to scrutinize the normative underpinnings of consequentialist reasoning, contending that, from the perspective of the decision-maker, the norms delineated in the LINDB serve as foundational criteria for decision justification, while from the standpoint of institutional authority, these norms function as prerogatives facilitating the coordination of individuals towards the enhancement of legal certainty.

**KEYWORDS:** Consequentialism. Legal Interpretation. Normativity. Legal Argument. Rule of Law.

## INTRODUÇÃO

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB) confere às consequências de uma decisão a normatividade que muitos querem ver? Para Posner (2002), consequencialismo é uma teoria de acordo com a qual a análise das consequências possui um grau de normatividade tal que é capaz de determinar qual das interpretações possíveis dos textos normativos é a mais adequada. Como destaca Schuartz (2008), consequencialistas podem assumir uma versão forte, como Posner, em que uma decisão somente está correta se suas consequências são as mais adequadas em um dado contexto ou uma versão fraca em que a análise das consequências tem apenas um papel residual quando os argumentos institucionais não são capazes de indicar qual a solução correta. Assumindo a normatividade das consequências e considerando os tipos de argumentação que podem ser desenvolvidos na interpretação jurídica, as versões forte e fraca seriam “lentes de análise” excludentes que o decisor adota para alcançar o resultado A ou B, ou seriam posturas que o consequencialista deveria adotar ao longo da dinâmica da interpretação jurídica que pode envolver fases distintas?

Problematizar a relação entre as versões forte e fraca do consequencialismo parece importante porque, se antes o debate acerca das consequências das decisões judiciais ou administrativas era doutrinário ou teórico, o debate agora é positivo. Há previsão expressa para o decisor considerar as consequências práticas da sua decisão baseada em valores jurídicos abstratos, assim como declará-las quando for invalidar ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Um “padrão-LINDB” de racionalidade que é tendência em legislações posteriores como a Lei de Licitações, nos arts. 147 a 150 que tratam das nulidades, e a Lei nº 14.230/21, que alterou a Lei de Improbidade Administrativa acrescentando um artigo 17-C cujo inciso II prevê o dever de o juiz considerar as consequências práticas da decisão, sempre que se decidir com base em valores jurídicos abstratos.

Esses dispositivos seriam a evidência de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequencialismo como forma de decidir? Para alguns a resposta é afirmativa, mas importa ao presente artigo os argumentos de quem responde negativamente a esta pergunta. É que para estes, em momento algum o legislador conferiu ao decisor a prerrogativa de se afastar da interpretação dos dispositivos normativos quando entende que a análise das consequências indica outra solução como melhor, porque isso envolveria considerar uma análise das consequências como fonte do direito.

Quem rejeita a ideia de que o direito administrativo brasileiro incorporou o consequencialismo como forma de decidir entende que a LINDB restringiu a possibilidade de analisar consequências aos casos em que uma decisão estará baseada em valores jurídicos abstratos. Casos em que

o que está em jogo é a interpretação de termos jurídicos vagos tais como boa-fé, legítima defesa, interesse público etc. Situações em que a interpretação do material normativo não retorna uma única resposta. E esse é um ponto que se pretende problematizar neste artigo. O fato de existir possibilidades interpretativas seria suficiente para fazer incidir a obrigação de analisar as consequências ou é preciso cumulativamente que as possibilidades recaiam sobre cláusulas abstratas?

Parece pouco polêmica a afirmação de que a análise das consequências pelo decisor, antes ou depois da Lei nº 13.655/18, não deve ser entendida como um fundamento determinante e suficiente das decisões judiciais ou administrativas. Seu papel continuaria sendo instrumental e auxiliar para os casos em que o ordenamento jurídico não fornece uma resposta unívoca e objetiva ao caso e o decisor precisa justificar com base nas consequências a solução adotada entre as que eram possíveis à luz do sistema. Essa é a versão fraca do consequencialismo que atua no *output* do processo de interpretação jurídica.

Nada obstante, como o art. 30 da LINDB prescreve que autoridades públicas devem aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas por meio de espécies normativas gerais e abstratas como regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas; teria a LINDB instituído o dever de adotar a versão forte do consequencialismo como *input* do processo de interpretação jurídica? Se a resposta for afirmativa, então a LINDB atribuiu peso às análises das consequências realizadas por órgãos superiores, de modo que elas deveriam ser pontos de partida dos decisores subordinados.

É diferente afirmar que as consequências da aplicação da norma sejam fundamento suficiente das decisões judiciais, ou que o direito positivo pode ser derogado com base na invocação das consequências de sua aplicação; de afirmar que as consequências de uma norma sejam fundamento suficiente para aumentar a segurança jurídica com sua densificação por uma instância com ascendência sobre os decisores. Essa segunda forma de afirmar, que é institucional, não atribui ao decisor a possibilidade de simplesmente desprezar o caráter vinculante das normas produzidas pelo devido processo normativo. Ela utiliza os problemas de aplicação em contextos concretos para aperfeiçoar as normas a partir de consequências que o direito positivo não poderia antever.

O fato de o decisor ter que enunciar de modo explícito as consequências de uma decisão, notadamente para definir como devem ser aplicadas cláusulas abertas, não se confunde com as possibilidades de densificar as normas com efeito prospectivo. Sob a perspectiva do decisor, seriam as normas da LINDB critérios de fundamentação da decisão, critérios que condicionam o poder de decidir; ao passo que, sob a perspectiva da autoridade-instituição, as normas da LINDB seriam prerrogativas para coordenação de agentes públicos com vistas ao incremento da segurança jurídica?

Na próxima seção será abordada uma relação que se pode estabelecer entre argumentação e consequencialismo. Para isso assume-se que é primordial ranquear possibilidades e eleger quais são as melhores consequências, não podendo ser essa uma atividade que se desenvolve apenas retoricamente. Na terceira seção, explora-se o processo de interpretação jurídica para destacar as diferenças entre a interpretação jurídica feita no início do processo (o *input* que serve de premissa) e o resultado da interpretação jurídica (o *output* que serve como a norma concreta do caso). Essa é uma diferença que abre espaço para que as instituições incrementem a segurança jurídica na aplicação do direito. Ao final, são feitas considerações sobre os caminhos possíveis.

## **1. CONSEQUENCIALISMO E ARGUMENTAÇÃO: DESAFIOS E PROPOSTAS PARA A NORMATIVIDADE**

Como destaca Leal (2020, p. 25), as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro provocaram diversos comentários acadêmicos e reações institucionais por pretender lidar com o uso pouco parcimonioso de padrões vagos para sustentar decisões jurídicas. Incrementar a segurança jurídica e a eficiência na criação e aplicação do direito público envolveria, inevitavelmente, impedir ou limitar de alguma forma o apelo a termos como “interesse público”, “razoabilidade”, “moralidade” e “precaução” como razões centrais para fundamentar decisões.

O problema seria: como fazer isso? Para Gabardo (2020, p. 115), um jurista pragmático que não desejasse se guiar com base na intuição deveria lançar mão de um esquema teórico que o permitisse organizar os fatos e computar as consequências de maneira razoável e consistente. O desafio para fazer isso? Na tentativa de ser consistente, um consequencialista não poderia deixar de considerar que a tomada de decisão jurídica nesses moldes envolve dois tipos distintos de incerteza:

O primeiro se localiza na dimensão positiva ou descritiva do raciocínio. (...) tomadores de decisão devem ser capazes de antecipar os efeitos futuros de alternativas de decisão. A questão aqui é como controlar essas prognoses. (...) Por isso, a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro? O segundo tipo de incerteza diz respeito à dimensão normativa do raciocínio. Uma vez identificadas as consequências vinculadas a cada alternativa decisória, o tomador de decisão deve indicar um critério com base no qual ordenará as consequências para, só então, justificar a sua preferência por determinado curso de ação. (...) No caso do artigo 20 [da LINDB], não está claro se esse critério de valoração é o princípio vago que o decisor pretende adotar ou algum

outro, como segurança jurídica, igualdade ou eficiência. E, não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira. Além disso, ainda que os critérios de valoração estejam fixados na lei (esses poderiam ser os casos de “proporcionalidade” e “interesses gerais” quando olhamos para o art. 21 [da LINDB]), como são termos vagos, nada impede que a indeterminação das suas prescrições reabra exatamente os problemas com os quais a LINDB pretende, no fundo, lidar (Leal, 2020, p. 29-30).

Assim, um problema sério da dimensão normativa das decisões consequentialistas (na perspectiva do decisor) está no estabelecimento de critérios de valoração que ordenem as consequências antecipáveis. E um desafio da busca por consistência estaria em determinar a valoração aplicável ao caso de vagueza. Como destaca Leal (2020, p. 30-31), valorar estados do mundo com base em proporcionalidade ou interesses gerais depende primordialmente da determinação de sentidos<sup>3</sup>. O que na prática importa determinar é a quem cabe esse papel e de que forma<sup>4</sup>. E sobre isso, um argumento relevante parece ser o que segue:

Da componente normativa do juízo, consistente na ordenação do conjunto de consequências de acordo com critérios valorativos, poder-se-á cobrar, no máximo, a consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. O espaço social para a resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política (Schuartz, 2008, p. 132).

Seria possível condicionar a dimensão normativa de um juízo consequentialista à verificação da consistência interna da decisão (o aspecto individual do juízo) com a compatibilidade externa (o aspecto coletivo do juízo)? Se sim, caberia às comunidades jurídicas particulares, consideradas aqui como conjunto de instituições em interação ou conjunto de indivíduos em coordenação no interior de uma instituição: (i) estabelecer os sentidos que serão a posição oficial da instituição e por essa razão servirão de ponto de partida para o raciocínio jurídico dos indivíduos sob coordenação; e, (ii)

3 Por significado entende-se as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra ou expressão é considerada abstratamente. O sentido decorre do uso concreto de um significado, ou seja, do uso de uma palavra ou expressão em um contexto.

4 Discorda-se da ideia exposta por de Gabardo (2020, p. 116) de que argumentos consequentialistas não passarão de mera probabilidade quanto à ocorrência (ou não) dos fenômenos indicados, mesmo que lastreados em estudos técnicos realizados com o maior rigor metodológico possível, isto é, dotados de cientificidade. Essa ideia considera que há uma diferença abissal entre argumentos de consequência (como os de Posner) e fundamentos de princípio (como os de Dworkin). Mas parece reduzir argumentos consequentialistas aos argumentos factuais. Como é possível raciocinar por consequências para avaliar normas gerais e abstratas, apelando a valores e estados de realidade que se pretende alcançar, essa diferença parece imprecisa.

os critérios disponíveis aos decisores para a avaliação da ação a ser tomada quando for necessário raciocinar por consequências (o que envolve explicitar estados de mundo e valores que devem ser considerados pelo decisor).

A adoção de uma postura como essa implicaria que: (i) um juízo consequentialista em particular não estaria “compatível” sem observar os limites externos que a comunidade (conjunto de instituições em relação à instituição-decisora ou uma instituição em relação a um indivíduo-decisor) delimita; e (ii) não estaria consistente o “construto” do decisor-instituição ou decisor-indivíduo (a forma de avaliar qual a melhor ação considerando estados de mundo e valores externamente postos) que não fosse capaz de produzir resultados semelhantes e aceitos no interior de determinada comunidade jurídica em casos subsequentes.

Essa ideia pode provocar a seguinte pergunta: por que deslocar a produção de sentido do intérprete individualmente considerado para comunidades de intérpretes? Para tentar enfrentar o que talvez seja a maior crítica ao consequentialismo, a de que ele abre espaço para a decisão com base na “sua” régua moral, na “sua” ideia particular. Ao mitigar o individualismo e dar peso ao que é intersubjetivo, enfraquece-se a crítica à arbitrariedade que é um reflexo do individualismo e fortalece-se um institucionalismo que pode representar uma visão coletiva.

Todavia, reconhece-se que essa ideia traz alguns problemas de operacionalização. Como o consenso entre comunidades não é necessário, seria possível e provável ter tantos sentidos quantas são as comunidades. Aceitar que não há uma única resposta correta parece ser condição para o funcionamento desse modelo. Os sentidos produzidos refletirão o papel que essas comunidades desempenham no interior do sistema jurídico. Inevitavelmente refletirão uma visão parcial do problema e a tentativa de apresentar uma solução sistemicamente adequada. Solução que será posta à prova ao longo da tramitação por outras comunidades de intérpretes com a possibilidade de ser validada ou não. Uma fricção inevitável que decorre da fragmentação do poder que a democracia promove.

Assim, é esperado que decisores-instituições e decisores-indivíduos de diferentes comunidades alcancem diferentes resultados a partir dos sentidos institucionalmente produzidos. E a crítica da decisão consequentialista com base na “sua ideia particular” não parece aplicável nessas circunstâncias. Considerando esse cenário, o problema de operacionalização parece estar mais no interior das comunidades jurídicas, especificamente na forma como instituições influenciam condutas individuais, do que na relação que se estabelece entre comunidades que por desempenharem papéis sociais diferentes inevitavelmente produzirão sentidos diferentes.

E é por essa razão que se acredita que a ideia de uma compatibilidade externa que limita o espectro de resultados possíveis – já que ser consistente

envolve estar compatível com uma premissa que teve seu sentido prévia e institucionalmente afirmado<sup>5</sup> – mitigaria a crítica ao consequencialismo pela possibilidade de um controle mais claro que seria capaz de segregar funções para que ninguém seja capaz de decidir algum assunto sozinho<sup>6</sup> e, concomitantemente, oferecer coordenação pela via coletiva aos decisores individualmente considerados.

Uma perspectiva como essa envolve dar peso aos poderes hierárquico e disciplinar para afirmar a precedência do coletivo sobre o individual. Haveria a autorização legal para essa precedência por força do art. 30 da LINDB. Ao coletivo que a instituição representa e tem autoridade, é permitido restringir os sentidos “praticáveis”, definir critérios valorativos e prescrever as condutas esperadas dos seus decisores individualmente considerados. O que conjugado à dinâmica das decisões – quem deve decidir primeiro tende a ser influenciado pelo que já foi decidido anteriormente por quem decide por último – promoveria maior segurança jurídica porque a abstração do direito (os significados possíveis de uma norma) estaria concretizada pelas instituições para chegar ao indivíduo com sentidos aplicáveis a determinados contextos.

Esse mecanismo de enforcement institucional não é novo. O case law de sistemas jurídicos com tradição de common law opera dessa forma. Ratio decidendi e obiter dictum desempenham o papel normativo e informativo das decisões enquanto posições institucionais. O que parece ser diferente para o Brasil é a possibilidade de efetivamente enunciar normas a partir de decisões que, mesmo que não possam produzir efeitos nos regulados, produzem efeitos nos agentes que decidem sobre os interesses dos regulados, uma forma indireta de normatizar.

Enunciando ou não, a questão que se coloca é o peso atribuído à definição de sentido pelas instituições, ou seja, o comprometimento que sistematicamente as instituições conseguem promover em seus decisores quando desempenham a função de rule maker de atribuição de sentidos. Se o exercício dessa função não for levado a sério, não haverá incremento da segurança jurídica. E como o que pode dar mais peso ao papel das instituições (e suas autoridades) é a argumentação (é por ela que se controla as decisões), ela tem um papel central por desempenhar: (i) um papel político como argumentação deliberativa que pretende “transformar preferências” e resolver conflitos de valores (preferências sobre fins últimos) e opiniões sobre relações (factuais) de meio-fim (Macagno; Walton, 2019, p. 145); (ii) um papel moral, razão prática a fornecer um princípio para a tomada de decisão; e (iii) um papel jurídico, exteriorizar o conteúdo normativo e sua relação com o caso concreto, gerando uma interpretação jurídica que justifica a decisão tomada.

5 Relembrando que o sentido implica definir o significado aplicável em determinado contexto.

6 Sobre essa ideia e suas consequências, ver Magill (2001).



Seria possível alcançar (ou abstrair) o aspecto coletivo de juízos consequencialistas individualmente considerados para extrair um enunciado ou subsidiá-lo? Como fazer isso? A abordagem modular de avaliação de escolhas em três níveis desenvolvida por Macagno e Walton (2019) parece permitir uma atitude crítica e reflexiva nesse sentido. Assim, na próxima seção será delimitado o tipo de argumentação jurídica que serve à definição de sentidos.

## **2. ARGUMENTAÇÃO E INTERPRETAÇÃO: DEFINIÇÃO DE SENTIDOS**

Como indicam Shecaira e Struchiner (2016), a argumentação jurídica é frequentemente caracterizada como uma espécie particularmente formal, engessada ou “institucional” de argumentação porque quem concorda com essa caracterização costuma ter em mente argumentos jurídicos práticos, como o silogismo jurídico, as analogias jurídicas, os argumentos baseados em precedentes judiciais. Argumentos práticos que estabelecem conclusões sobre como as coisas devem ser, deveriam ter sido ou deverão ser. Como visto na seção anterior, o argumento consequencialista tem uma componente normativa e outra descritiva. A primeira de natureza prática e a segunda de natureza teórica? Argumentos teóricos diferenciam-se dos práticos por estabelecer conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão.

A seção anterior buscou defender que mesmo no consequencialismo a conclusão sobre como as coisas são, foram ou serão não tem a capacidade de afasta os dispositivos normativos, mas essa divisão chama a atenção porque a argumentação prática está diretamente ligada à interpretação jurídica, ou seja, à componente normativa do juízo consequencialista. Como esse tipo de argumentação pode ser substantivo ou institucional – substantivo quando apela livremente a razões de natureza moral, política, econômica, social etc. e institucional quando apela a regras<sup>7</sup> –, o fato de a maioria das pessoas (entre elas consequencialistas) se envolver com a argumentação prática substantiva parece induzir o decisor a cair na armadilha de considerar que conclusões sobre como as coisas são, foram ou serão podem ter força normativa para além do caso concreto.

O que se defende é que a lógica do argumento prático consequencialista está próxima da lógica de uma deliberação racional, aquela em que um curso de ação poderia estar justificado de diferentes maneiras e em diferentes níveis, conforme destacam Macagno e Walton (2019, p. 144) e sob a tutela do direito em um juízo de adequação do resultado ao ordenamento. E se é assim, então essa é intercessão interessante (e útil) entre direito público, democracia

---

<sup>7</sup> Conforme aduzem Shecaira e Struchiner (2016) aqueles que argumentam institucionalmente não defendem aquilo que parece mais justo, mais democrático ou mais eficiente no caso em questão; respeitam regras e procedimentos previamente estabelecidos.

e processo de conhecimento. Se para a ciência política a argumentação deliberativa é o cerne da democracia e está destinada à “transformação de preferências” e aos conflitos de valores (preferências sobre fins últimos) e opiniões sobre relações (factuais) de meio-fim (Macagno; Walton, 2019, p. 145) por meio de um “enquadramento”<sup>8</sup>, o estabelecimento de uma relação entre meios e fins para deliberação, para o direito essa argumentação é a forma de coordenar autoridades e decisões no interior do sistema normativo.

Uma coordenação que inevitavelmente envolve promover o maior grau possível de vinculação das decisões individualmente consideradas ao direito objetivo entendido como a interpretação (posição) oficial da instituição-autoridade<sup>9</sup>, de modo que a questão central para o direito é análoga à questão apontada por Macagno e Walton (2019, p. 148) para a democracia deliberativa: tratamento, descrição e avaliação de argumentos ancorados em valores (ou dimensões avaliativas) distintos e mesmo incompatíveis. Para a democracia deliberativa, o desafio está em superar a incomensurabilidade valorativa ante a impossibilidade de “ranquear em relação a um denominador comum de valor” os valores conflitantes nos quais os argumentos se baseiam. Para o direito o desafio parece ser diminuir o dissenso mais do que alcançar consenso.

E como relacionar o direito ao indivíduo e o indivíduo ao direito? A abordagem de Macagno e Walton (2019) parece promissora por considerar que um indivíduo continuamente, ou afere os possíveis prós e contras da sua pretensão de agir, ou considera apenas as consequências pretendidas e antecipáveis de seus atos<sup>10</sup>. Assim, Macagno e Walton (2019, p. 168-169) propõem associar três grupos de esquemas de argumentação a três níveis de análise que estariam inter-relacionados. Um primeiro nível mais simples que considera apenas a relação entre uma avaliação (ou classificação) e a escolha de uma ação. Um segundo nível que demanda a realização de uma crítica aos efeitos colaterais ou à qualidade do estado de coisas resultante. E um terceiro nível que serviria para classificar a realidade funcionando como uma

8 Meios consistem em ações que são avaliadas de acordo com hierarquias de valores e que resultam em efeitos colaterais diretos e indiretos, cujo julgamento depende das preferências individuais. Valores e crenças factuais não são os únicos componentes da argumentação deliberativa. Uma proposta sobre como agir em um conjunto específico de circunstâncias é analisada com base em como esse conjunto é descrito ou, ainda, “enquadrado”. Enquadramento pode ser definido como uma descrição de um estado de coisas orientada por um objetivo, visando a fazer tornar determinadas características mais acessíveis. (Macagno; Walton, 2019, p. 145-146), envolvendo essencialmente seleção e saliência. Enquadrar é selecionar alguns aspectos de uma realidade percebida e torná-los mais salientes em um texto comunicativo, de modo a promover uma definição de um problema particular, uma interpretação causal, uma avaliação moral e/ou uma recomendação de tratamento para o item descrito. E o enquadramento pode alterar a acessibilidade de determinados valores ou considerações, fazendo com que um valor específico ou um conjunto de valores tenha prioridade na opinião de alguém.

9 Para alguns a vinculação ou obrigação que o sujeito sente em relação ao direito decorreria da reciprocidade, gratidão ou jogo limpo (Rawls e Nozick, por exemplo); para outros, como Locke, do consentimento e do contrato social de forma mais específica; para um terceiro grupo de que fazem parte Schapiro, Postema, Green e Reynolds da obrigação moral de participar de acordos cooperativos dos quais todos se beneficiam e que fornecem uma solução (parcial) para o dilema do prisioneiro e outros problemas de ação coletiva. O que todas essas variações compartilham é a ideia básica de que o direito serve a certos propósitos instrumentais, que esses propósitos são socialmente desejáveis e que a normatividade do direito é a consequência disso (Schauer, 2019, p. 173-174).

10 Sobre a diferença entre os esquemas de raciocínio e argumentação, ver Macagno e Walton (2019).

premissa do esquema de argumentação a partir de regras, de consequências ou de valores (que são o raciocínio de primeiro nível).

## 2.1. O primeiro nível e suas formas de decidir cursos de ação

Um argumento de raciocínio prático nesse primeiro nível representaria a fase deliberativa da tomada de decisão, aquela em que se escolhe o curso de ação em um contexto de incerteza<sup>11</sup> apelando ou à necessidade/suficiência de uma ação, ou às suas consequências ou ao seu status de regra para alcançar um estado de coisas desejado. Esses quatro tipos têm distinções importantes e serão apresentados para poder distinguir o genuíno raciocínio por consequências.

Desenvolver um raciocínio prático instrumental com condição necessária implica avaliar se agir é mais desejável do que não agir (Macagno; Walton, 2019, p. 155). Seu esquema é o que segue:

Premissa de objetivo:	O objetivo do agente A é causar O
Premissa de alternativas:	A considera racionalmente a informação dada de que suscitar ao menos uma das alternativas do conjunto [B0, B1..., Bn] é necessário para alcançar O
Premissa de seleção:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição necessária mais aceitável para O
Premissa de praticabilidade:	Nada imutável impede que A suscite Bi até onde A saiba
Conclusão:	Consequentemente, A deve realizar a ação Bi

Já desenvolver um raciocínio prático instrumental com condição suficiente envolve avaliar a ação em si mesma porque já se decidiu agir e essa ação não consegue ser justificada apenas com base em seus fins porque não houve o esgotamento das possibilidades de ação e a verificação de que o resultado poderia ser perseguido de outra forma (Macagno; Walton, 2019, p. 156):

<sup>11</sup> A incerteza está presente quando não há operações previamente definidas para alcançar fins específicos ou quando os meios escolhidos afetam significativamente o resultado. Não é uma questão de correção da decisão.

Premissa de objetivo:	O objetivo do agente A é causar O
Premissa de alternativas:	A considera racionalmente a informação dada de que qualquer alternativa do conjunto [B0, B1, ..., Bn] é suficiente para causar O
Premissa de seleção:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição suficiente mais aceitável para causar O
Premissa de praticabilidade:	Nada imutável impede A de suscitar Bi até onde A saiba
Conclusão:	Consequentemente, A deve realizar a ação Bi

Para criticar esses dois tipos de raciocínio instrumental, Macagno e Walton (2019, p. 156) propõe cinco perguntas críticas (PC)<sup>12</sup> que ajudam a verificar a solidez do argumento:

- PC1: Há outros meios de realizar O além de [B0, B1, ..., Bn]? [Pergunta dos Meios Alternativos]
- PC2: Bi é uma alternativa aceitável (ou é a melhor alternativa)? [Pergunta da Opção Aceitável/da Melhor Opção]
- PC3: É possível para o agente A fazer Bi? [Pergunta da Possibilidade]
- PC4: Há efeitos colaterais negativos de A fazer Bi que deveriam ser considerados? [Pergunta dos Efeitos Colaterais Negativos]
- PC5: A possui outros objetivos, além de O, que poderiam entrar em conflito com a realização de O por A? [Pergunta dos Objetivos Conflitantes]

O caso do raciocínio a partir de consequências difere dos anteriores porque o decisor inicia seu juízo considerando que existe mais de um

<sup>12</sup> O recurso às perguntas críticas permite observar como cada componente argumentativo pode ser avaliado individualmente. Elas são direcionadas a cada um desses esquemas argumentativos para levantar aspectos controversos de cada componente.

modo de agir (meio) para realizar determinado fim, sendo a questão de o argumento ranquear as possibilidades e justificar a razão de adotar um modo em detrimento de outros (Macagno; Walton, 2019, p. 157):

Premissa 1:	Se o agente A efetivar (ou não) B, então ocorre C
Premissa da consequência negativa:	C é um resultado negativo (do ponto de vista dos objetivos de A), e resultados negativos devem ser evitados pela não efetivação de suas causas
Premissa da consequência positiva:	A selecionou uma alternativa Bi como condição aceitável ou como a condição suficiente mais aceitável para causar O
Premissa de praticabilidade:	C é um resultado positivo (do ponto de vista dos objetivos de A), e resultados positivos devem ser perseguidos pela efetivação de suas causas
Conclusão:	Consequentemente, B deveria/não deveria ser efetivado (em termos práticos)

A solidez de um argumento desse tipo poderia ser verificada recorrendo às seguintes perguntas críticas:

PC1:	Quão alta é a probabilidade de que as consequências citadas ocorram?
PC2	Que evidências apoiam a alegação de que as consequências citadas irão (poderão, deverão) ocorrer? Elas são suficientes para sustentar a força da alegação de forma adequada?
PC3:	Há outras consequências opostas (negativas em oposição a positivas, por exemplo) que deveriam ser levadas em conta?

E o último tipo de argumento do primeiro nível para agir é o argumento a partir de regras. Nele, o decisor adere a uma classificação de estado de coisas ou de agente (A) sob uma categoria genérica X feita previamente por

uma autoridade e para a qual um curso de ação já está definido (Macagno; Walton, 2019, p. 157):

Premissa maior: Se a realização de tipos de ações que incluam o estado de coisas B é a regra estabelecida para X, então (a não ser que se trate de um caso de exceção), X deve realizar B

Premissa menor: Realizar tipos de ações que incluam o estado de coisas B é a regra estabelecida para A, que se encaixa em X?

Conclusão: Consequentemente, B deve ser realizado

A solidez desse raciocínio poderia ser avaliada a partir das seguintes perguntas críticas:

PC1: A regra requer que se proceda a determinados tipos de ações que incluam B como uma instância?

PC2: A se encaixa na categoria X?

PC3: Há outras regras estabelecidas que possam entrar em conflito com ou se sobrepor a esta?

PC4: Esse caso é excepcional, isto é, há circunstâncias atenuantes ou licenças para a não obediência?

É interessante destacar que os autores, ao analisarem as possibilidades nesse primeiro nível, chegaram à conclusão de que há:

(...) uma diferença crucial entre os esquemas de raciocínio prático e a partir de consequências, por um lado, e os esquemas a partir de regras, por outro. O esquema a partir de regras consiste na aplicação de uma regra a um estado-de-coisas com determinadas características – mais especificamente, a um estado-de-coisas que é classificado de uma determinada maneira.

Os dois primeiros esquemas, por sua vez, pressupõem uma avaliação do curso de ação. No raciocínio prático, dois fatores precisam ser avaliados, a saber: (1) a alta desejabilidade da ação escolhida frente às ações alternativas no que se refere à busca do mesmo objetivo

(raciocínio prático); e (2) a desejabilidade da ação no que se refere ao objetivo e aos seus efeitos. No esquema a partir de consequências, apenas o fator (2) é considerado.

Em ambos os esquemas, as condições de refutabilidade e os eventuais ataques podem se voltar para a avaliação das alternativas ou das premissas. O esquema a partir de regras pode ser suplantado ou enfraquecido simplesmente assumindo um outro sistema de regras também aplicável.

(...)

Tanto o esquema do raciocínio prático quanto o esquema a partir de consequências pressupõem uma avaliação de um estado-de-coisas que pode ser realizado apenas pela pressuposição de uma hierarquia de valores (Macagno; Walton, 2019, p. 158).

## **2.2. O segundo nível e suas formas de avaliar o curso de ação adotado para justificar ou controlar**

Apresentadas as possibilidades de primeiro nível, Macagno e Walton (2019, p. 165) dedicam sua atenção para um segundo nível, aquele em que se realiza uma crítica aos efeitos colaterais ou à qualidade do estado de coisas resultante do curso de ação adotado (apelando a consequências ou valores que não são valores jurídicos abstratos).

Avaliação a partir de consequências

Premissa 1:	Se o agente A realizar (ou não) B, então ocorrerá C
Premissa de consequência:	C é um resultado bom/ruim (na perspectiva dos objetivos de A)
Premissa de avaliação:	Aquilo cuja realização é boa é, em si mesmo, bom e vice-versa; aquilo cuja destruição é ruim é, em si, bom e vice-versa
Conclusão:	Consequentemente, B é bom/ruim

**Avaliação a partir de valores**

Premissa 1:	O valor V é positivo ou negativo de acordo com o julgamento de A
-------------	--

Premissa 2:	O fato de V ser positivo ou negativo afeta a interpretação e, conseqüentemente, a avaliação da ação/do estado de coisas C (Se o valor V é bom/ruim, ele sustenta/dissuade o comprometimento com C)
Conclusão:	V é um motivo para conservar/retirar o comprometimento com C

Macagno e Walton (2019, p. 164-165) associam esse tipo de avaliação a um padrão de raciocínio que conecta ações e objetivos, uma forma de avaliar diferente da que é feita no primeiro nível para conectar meios e fins. O ponto relevante aqui na visão deles é a de que a avaliação pode mudar em função da maneira como o decisor classifica o estado de coisas. De modo que essa classificação se encontraria em um nível mais profundo do raciocínio pressuposto pelo raciocínio prático: o terceiro nível.

### 2.3. O terceiro nível e as formas de classificar a realidade

O terceiro nível de análise serviria para classificar a realidade e fazê-la funcionar como uma premissa do esquema de regras do primeiro nível (por meio da categoria que a regra representa ao ligar ações a estados de coisas) e do esquema de avaliação do segundo nível (consequências ou valores). Macagno e Walton (2019, p. 166-167) chamam a atenção para o fato de que a avaliação dos meios para alcançar um fim e a avaliação das ações e seus efeitos dependem dos fatores que um decisor leva em consideração para classificar um determinado estado de coisas. Esse argumento funcionaria da seguinte forma:

#### Argumento de classificação

Premissa 1:	Se uma coisa particular a pode ser classificada como se enquadrando na categoria verbal P, logo a tem propriedade Q (em virtude de tal classificação)
Premissa 2:	a pode ser classificado sob a categoria verbal P
Conclusão:	a tem propriedade Q

E pode ser avaliado quando se pergunta (Macagno; Walton, 2019, p. 167):



- PC1: Que evidência mostra que a definitivamente se enquadra em P, contrapondo-se a evidências que dariam margem para dúvida sobre tal classificação?
- PC2: a poderia ser classificado de outro modo?

Esses esquemas apresentados pela abordagem modular e suas perguntas críticas parecem úteis para responder as questões do final da seção anterior. Elas podem ajudar a alcançar (ou abstrair) o aspecto coletivo de juízos consequencialistas individualmente considerados (aqueles juízos do 1º nível que, diante de interpretações possíveis das regras, justificam sua escolha apelando às melhores consequências)<sup>13</sup>. E podem, por meio do segundo e terceiro níveis, ajudar as instituições a coordenar os decisores, seja estabelecendo critérios de valoração e preferências, seja densificando regras por meio de enunciados.

Como visto na seção anterior, a dimensão normativa das decisões consequencialistas tem o desafio de mitigar as críticas sobre possíveis arbitrariedades nos seus resultados em função da ampla liberdade que acaba concedendo ao decisor. Um desafio que em linhas gerais envolve estabelecer a quem cabe atribuir significados e de que forma isso pode ser feito para que as decisões desse tipo sejam (ou se tornem) internamente consistentes e externamente compatíveis. Uma possibilidade que exsurge nessa direção é explorar o papel da interpretação jurídica nesse processo.

Primeiro porque a interpretação de normas jurídicas é entendida de forma ampla como um processo de atribuição de significado a fontes jurídicas (*legal sources*). E dessa forma ela é argumentativa em dois aspectos. Conforme indicam Walton, Macagno e Sartor (2021, p. 165) a interpretação serve tanto como *output*, quanto como *input* da argumentação jurídica. É possível obter diretamente uma interpretação, sem ter que suscitar dúvidas e avaliar alternativas (a forma dominada pela heurística e pelos cânones de interpretação), ou dialeticamente construir uma a partir da avaliação das razões a favor e contra a adoção de uma interpretação dentre outras possíveis (Walton; Macagno; Sartor, 2021, p. 169).

Alguns autores denominam o primeiro tipo de raciocínio interpretativo como *prima facie*, o resultado de um cálculo não crítico, e afirmam que o segundo é acionado quando o primeiro falha em fornecer uma única resposta porque vários significados *prima facie* são alcançáveis, ou porque o significado *prima facie* não satisfaz imediatamente as preocupações do

---

13 Estão sendo excluídos os juízos sobre agir ou não agir e o juízo de adoção de uma regra que são as características dos esquemas demais esquemas de primeiro nível que não o por consequências. Esses trazem outros problemas de operacionalização que não estão no escopo deste artigo.

intérprete. Interessante destacar que para alguns, a interpretação *prima facie* é um “entendimento” (*understanding*) ou “entendimento direto”, enquanto a interpretação envolveria necessariamente atribuição crítica de significado (Walton; Macagno; Sartor, 2021, p. 170). Talvez o entendimento deva estar reservado aos decisores, enquanto a interpretação deva estar reservada à autoridade que o coletivo de decisores forma.

A interpretação estaria vocacionada à clareza do entendimento, sendo a clareza uma noção pragmática que corresponde ao estado em que nenhuma dúvida razoável pode ser levantada em relação ao significado do texto buscaria e a prerrogativa do art. 30 da LINDB autorizaria a interpretação de um coletivo que se impõe aos indivíduos para dar clareza de significado para uma categoria de casos que se desenvolvem em contextos similares e por isso, justificadamente, evoluem o texto normativo fornecendo entendimentos *prima facie* em contextos diversos.

## CONCLUSÃO

A proposta de distinguir entendimento de interpretação parece útil quando se encara um “descompasso eventual” entre o significado “calculado” de uma enunciação (o entendimento *prima facie*) e algum fator do contexto ou do caso específico ao qual a enunciação se aplica, ou seja, a distinção poderia ajudar a desenhar um processo de atribuição de clareza que articule as diversas instituições no âmbito das suas competências e os diversos decisores no âmbito da sua jurisdição. E isso merece ser estudado porque o direito deve ser capaz de coordenar esses esforços interpretativos se quiser alcançar consistência e coerência.

Em geral, consistência e coerência têm sido promovidas por quem detém a “última palavra” em uma sistemática que pode ser aperfeiçoada para vincular os decisores e promover coordenação de agentes. Enunciados formulados genericamente como normas, em função do caráter da linguagem, inevitavelmente vincularão menos do que enunciados acompanhados do processo de interpretação de uma norma (consequentemente acompanhada de todos os elementos dos esquemas apresentados e das respostas às perguntas críticas). Essa é a ideia que se pretendeu explorar no artigo como um convite ao debate que a torne apta a lidar com os problemas que diuturnamente se colocam ao Direito Administrativo.

## REFERÊNCIAS

GABARDO, Emerson; DE SOUZA, Pablo Ademir. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 20, n. 81, p. 97-124, 2020.

GUIMARÃES, B. Strobel; MEDEIROS, L. S. Furtado; BRAZ, T. do Valle. Consequencialismo e modismo: Lindb e obrigação do juiz considerar conseqüências. *Consultor Jurídico*, 19 nov. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-nov-19/consequencialismo-e-modismo-lindb-e-obrigacao-do-juiz-considerar-consequencias/>. Acesso em: 31 jan. 2024.

LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. In: VASCONCELOS, Agtta Christie Nunes; NETO, Pedro Meneses Feitosa (Orgs.) *Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo: Nudges e pragmatismo em temas de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

MACAGNO, Fabrizio; WALTON, Douglas. Argumentos de raciocínio prático: uma abordagem modular. *Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação*, p. 140-184, 2019.

MAGILL, M. Elizabeth. *Beyond powers and branches in separation of powers law*. U. Pa. L. Rev., v. 150, 2001.

POSNER, Richard. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, p. 130-158, 2008.

SHECAIRA, Fábio; STRUCHINER, Noel. Peculiaridades da argumentação sobre fatos no campo do direito. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 1, n. 1, p. 126-143, 2016.

SCHAUER, Frederick. On the Alleged Problem of Legal Normativity. In: SCHAUER, Frederick; BEZEMEK, Christoph; LADAVAC, Nicoletta Bersier (orgs). *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between is and Ought*. Alemanha: Springer, 2019, p. 171-180. 2019.

WALTON, Douglas; MACAGNO, Fabrizio; SARTOR, Giovanni. Statutory interpretation: Pragmatics and argumentation. *Cambridge University Press*, 2021.

