

## **DIREITO E CONSEQUENCIALISMO:**

### **UMA ABORDAGEM SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA E DECISÃO JUDICIAL**

Lucas Augusto da Silva Zolet<sup>1</sup>

#### **Resumo**

Este trabalho aborda o tema do consequencialismo jurídico no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Esse é um tema relevante do ponto de vista da prática e da natureza dos argumentos jurídicos, considerando a jurisdição constitucional como responsável por decidir conflitos que envolvem temas multidisciplinares. Por meio da apresentação de conclusões doutrinárias encontradas com o uso de pesquisa bibliográfica exploratória, este trabalho apresenta pontos de contato entre direito, decisão judicial e economia, bem como defende que determinadas inferências consequencialistas podem ser relevantes quando utilizadas em alinhamento com a análise econômica do direito.

**Palavras-chave:** Análise Econômica do Direito; Consequencialismo; Decisão; STF.

#### **Abstract**

This work addresses the issue of legal consequentialism within the scope of the Federal Supreme Court. This is a relevant issue from the point of view of practice and the nature of legal arguments, considering the constitutional jurisdiction as responsible for deciding conflicts involving multidisciplinary issues. Through the presentation of doctrinal conclusions found with the use of exploratory bibliographic research, this work presents points of contact between law, judicial decision and economics, as well as defends that certain consequentialist inferences can be relevant when used in alignment with the economic analysis of law.

**Keywords:** Economic Analysis of Law; Consequentialism; Decision; STF.

## **1. INTRODUÇÃO**

Como as decisões judiciais podem cuidar das rápidas mudanças econômicas e seus efeitos sociais sem sufocar a inovação e o progresso? Este trabalho trata do tema da relação entre direito e economia sob a ótica do consequencialismo jurídico como um conjunto de inferências que compõem a prática argumentativa do direito. Em resumo, este trabalho considera o consequencialismo jurídico como uma estratégia de decisão, ou seja, uma estratégia

---

<sup>1</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade Brasiliense de Educação - FABE/Marau. Mestre em Direito - Mestrado em Direito, Democracia e Sustentabilidade, ATITUS (2016). Especialista em Direito Público, FDDJ (2015). Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul. Email: lucas.zolet@fabemarau.pro.br.

de justificação de casos que, a depender da proposta metodológica utilizada, pode envolver argumentos de diferentes naturezas.

O objetivo geral é responder à questão acima mencionada defendendo que uso do consequentialismo sugere alinhamento com os fundamentos da análise econômica do direito (AED). A metodologia do trabalho é bibliográfica, produzida pelo método hipotético-dedutivo. Nada obstante, o trabalho está atento aos aspectos críticos e se vale de conclusões doutrinárias apresentadas com o uso de pesquisa exploratória.

A atenção do trabalho está voltada para a argumentação jurídica no âmbito da justificação das decisões e na possível relação com outras áreas do conhecimento, bem como com a prática jurídica, porque esses espaços englobam a construção argumentativa das decisões judiciais de uma forma geral. Aliás, enquanto a aplicação das normas jurídicas cuida da solução dos casos, por sua vez, a argumentação jurídica relacionada à interpretação no direito fornece critérios para aplicação das máximas jurídicas em correspondência com as rápidas mudanças socioeconômicas.

A opção pela utilização de determinadas referências bibliográficas se dá em função da preocupação dos autores com os aspectos práticos da teoria do direito<sup>2</sup> e suas orientações em busca de racionalidade decisória, também porque suas perspectivas teóricas não excluem a AED, aspectos sociológicos, culturais, históricos e suas decorrências da pesquisa e aplicação de fundamentos e conceitos jurídicos.

Ou seja, as doutrinas, pensamentos e referências mencionadas neste trabalho permitem compreender elementos de validade na sua relação com diferentes concepções jurídicas argumentativas e no enfrentamento de casos controvertidos e complexos na jurisprudência constitucional brasileira, citados no decorrer do texto, bem como melhor problematizar a natureza e os limites do poder jurisdicional constitucional na promoção de valores fundamentais do Estado brasileiro.

Diante desta metodologia teórica e propositiva, o trabalho está estruturado em quatro partes que apresentam uma introdução sobre as inferências jurídico-consequentialistas, destacando sua relevância e utilização em conjunto com a AED. Este trabalho, por fim, relaciona estas considerações com casos práticos dentro do cenário jurídico e temas relevantes ao direito e sua matriz multidisciplinar.

---

<sup>2</sup> Nesta pesquisa, a teoria do direito é considerada como um modo pelo qual juízes, advogados e outros profissionais jurídicos refletem sobre aquilo que fazem e sobre seu papel em sociedade, conforme BIX (2019).

## 2. DIMENSÕES POSITIVAS E NORMATIVAS: ENTRE O SER E O DEVER SER

A AED pode ser considerada uma teoria capaz de auxiliar na utilização, articulação e equilíbrio de alguns argumentos enfrentados em processos decisórios, especialmente com objetivo de compatibilizar conceitos, princípios e questões abstratas, por exemplo, conceito de justiça, equidade e pluralismo, com os interesses coletivos de bem-estar e eficiência econômica.

O pressuposto central é que decisões importantes, na maioria dos casos, são tomadas a partir de uma racionalidade que considera a maximização de alguns interesses para fins de identificar uma solução perseguida. Embora a AED no seu plano teórico e doutrinário não seja uma teoria uniforme, vários caminhos decisórios são traçados por definição ou por métodos, porém na equalização de premissas jurídicas a referida teoria auxilia não apenas como método descritivo, mas explica os efeitos possíveis do uso de determinada legislação, bem como pode recomendar leis e decisões com base em suas consequências de eficiência (MARINO, 2020, p. 115).

A eficiência é um dos conceitos chaves para a AED. Porém, ressalta-se que existem diferentes tipos de abordagens sobre o referido conceito. Estes diferentes conceitos podem ser resumidos em três tipos que são responsáveis por formar as definições de eficiência dentro da relação entre economia e direito (DEYNELI, 2019), quais sejam: eficiência produtiva, eficiência de Pareto e eficiência de Kaldor-Hicks.

A eficiência produtiva, em resumo, se refere à razão definida entre o trabalho realizado e a produção obtida para uma certa quantidade de recursos iniciais (*inputs*). Assim, eficiência produtiva se refere a um estado de máximo resultado (*outputs*) na produção de bens e serviços, sobretudo usando um conjunto definido de fontes de recursos e tecnologias (ARNOLD, 2011). Em outras palavras, produz-se o melhor possível com os recursos e tecnologias disponíveis e caso a produção seja menor do que as condições materiais permitam, então haverá o reconhecimento de um estado de ineficiência.

Por sua vez, a eficiência de Pareto (criado por Vilfredo Pareto), é um critério conceitual que compara o benefício entre diferentes instituições ou institutos. Por exemplo, se determinados recursos podem ser alocados de modo em que seja impossível fazer um indivíduo *melhor* sem fazer outro *pior*, então uma melhoria pode ser obtida (DEYNELI, 2019). Ou seja,

uma troca atinge a condição de eficiência de Pareto quando não é possível melhorar a situação de um sem piorar a de outro.

Nesse caso, uma determinada economia não pode obter tudo o que poderia de seus recursos em um determinado espaço de tempo. Se não é possível encontrar uma maneira de fazer qualquer indivíduo ou sociedade melhorar sem piorar pelo menos um outro indivíduo e sua coletividade, assim, têm-se a chamada e conhecida eficiência de Pareto. (BESANKO; BRAEUTIGAM, 2011).

Já a eficiência de Kaldor-Hicks é uma análise de custo-benefício que auxilia na aplicação prática do conceito de eficiência de Pareto no âmbito jurídico (DEYNELI, 2019). Esse critério e seu núcleo de sentido se baseiam na premissa de que, a realocação de direitos ou recursos é tão somente considerada eficiente, “[...] quando eventual prejuízo, causado a determinada parte, é menor do que o proveito da coletividade, possibilitando que as perdas possam ser compensadas pelos ganhos, gerando a maximização da riqueza e bem-estar social” (RIBEIRO; HERBST, 2020).

Baseado nos três tipos acima mencionados, em geral a noção de eficiência econômica significa atribuir recursos a uma determinada opção onde os valores destes recursos sejam socialmente maximizados. Ou seja, o bem-estar da sociedade depende do fluxo e compartilhamento de bens e serviços e isso depende da produtividade do sistema econômico (KOVAC, 2020). Logo, a análise dos efeitos destes processos é pertinente ao direito, sobretudo considerando que as ciências econômicas tratam do comportamento humano e da capacidade de decidir de modo mais eficiente.

A análise das consequências sob uma ótica econômica, portanto, se torna um dos elementos centrais da orientação prática na tomada de decisão no âmbito jurídico. Por outro lado, mesmo sabendo que diversos profissionais do universo do direito, política e administração tomam decisões sob uma racionalidade limitada, entende-se que as decisões orientadas por consequências precisariam manter uma fonte permanente de contato com os fundamentos do direito na sua ordem constitucional.

Nesse aspecto, mostra-se fundamental reunir em equilíbrio as análises econômicas positivas (o ser do direito) e normativas (o dever ser do direito). Não considerar o que o direito deve ser poderia gerar um vácuo jurídico crescente em quase todos os domínios sociais afetados pelo progresso econômico, transformações sociais e pelo desenvolvimento tecnológico sem precedentes.

Ao mesmo tempo, mostra-se relevante o ser do direito, uma vez que as bases práticas tendem a questionar que tipo de consequências podem surgir quanto ao provável impacto social e econômico de determinada legislação e como os indivíduos e as instituições podem responder aos incentivos ou desincentivos específicos criados por algumas regras ou políticas públicas.

Assim, nessa linha de pensamento, significa dizer que se maior for o esforço de uma decisão judicial em determinar os conteúdos jurídicos das inferências consequentialistas, entre as dimensões do ser e do dever ser do direito, então maior será a capacidade e qualidade na determinação argumentativa de correção da utilização do *status* deôntico da norma jurídica interpretada (ESPOSITO; TUZET, 2020, p. 148).

Esse é um passo inicial para a consideração das consequências na prática jurídica. A utilização de determinados conceitos e conteúdos envolve o compromisso com as circunstâncias e consequências que podem ser inferidas desses. Portanto, não apenas a consideração lógica dos valores de justiça e equidade seriam relevantes, mas também o pensamento sobre progresso, inovação e crescimento econômico: há uma aproximação entre consequentialismo e AED no âmbito de decisões judiciais.

Nesse viés, mostra-se necessário fazer a defesa do processo de tomada de decisão com base em consequências. Um processo que envolveria uma justificação racional e universal de propósitos relevantes aos fins do direito e da própria necessidade de intervenção e regulação que a legislação propõe na vida, nos negócios e na liberdade comum das pessoas e empresas, por exemplo, a partir do uso argumentativo da razoabilidade ou ponderação de interesses (MACCORMICK, 2021, p. 252).

A título exemplificativo, no Brasil, a ponderação foi utilizada como inferência consequentialista na apelação cível nº 0026898-63.2008.404.7100/RS, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (BRASIL, 2010). O mencionado recurso, interposto pelo Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco (SINDITABACO) em face da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), estava fundado no artigo 1º, inciso IV, artigo 5º, inciso IV e IX, e artigo 170, inciso IV, todos da Constituição Federal de 1988.

Entre outras diferentes premissas e questões, o recurso buscava provimento jurisdicional constitucional que assegurasse às fabricantes de cigarros o direito de não apresentar, nas embalagens e rótulos de seus produtos, as imagens, insígnias e respectivas

cláusulas previstas na Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA (RDC) nº 54, de 6 de agosto de 2008. (BRASIL, 2010).

A Resolução da Diretoria Colegiada nº 54/08, alterou a Resolução da Diretoria Colegiada nº 335, de 21 de novembro de 2003 (BRASIL, 2010), a qual passou a estabelecer que toda divulgação de produtos derivados do tabaco deveria ser acompanhada de uma série de advertências transcritas de forma simultânea ou em sequência, de forma legível e ostensivamente destacadas.

Tais advertências deveriam vir acompanhadas por imagens, disponibilizadas no site da ANVISA, sendo, também, precedidas da afirmação “O Ministério da Saúde adverte”. O sindicato, com efeito, postulou que a nova resolução violava o princípio da proporcionalidade, porque suas determinações não respeitavam as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, independentemente de uma análise moral sobre o caso, é possível encontrar decisões modeladas e sustentadas estrategicamente por argumentos consequencialistas que buscam dar sentido prático à promoção de valores sociais coletivos e defendidos constitucionalmente (dever ser de proteção à saúde pública) e, ao mesmo tempo, regular em menor grau de interferência no exercício da atividade empresarial.

### **3. PRINCÍPIOS E CONSEQUÊNCIAS**

A discussão sobre princípios e seu grau de abstração é ampla na doutrina jurídica. Nessa seara, diversos trabalhos<sup>3</sup> versam sobre um suposto ativismo, judicialização e interpretação decisionista, sobretudo por parte do Supremo Tribunal Federal (STF) como responsável pela utilização de argumentos baseados em consequências de ordem econômica. Haveria, portanto, uma crítica na consideração judicial da AED. Todavia, é notório que o caráter axiológico de algumas normas constitucionais e suas características principiológicas formam espaço criativo bastante utilizado pela jurisprudência.

Essa conclusão forma uma crítica doutrinária acerca da atuação dos juízes na tomada de decisões judiciais. Porém, nada parece comprovadamente ter correlação com os

---

<sup>3</sup> Por exemplo GROSTEIN (2021), STRECK (2018), RAMOS (2015) e PASSOS (2014).

fundamentos da AED, porque alguns argumentos se mostram mais como idealizações de ordem política e moral que partem de um âmbito especulativo. Da mesma forma, a crítica persegue muito mais uma suposta obrigação legal da jurisdição em promover densificação normativa de princípios em decisões que façam intervenção nas esferas administrativa, controladora e judicial (MORAIS; ZOLET, 2018).

Além disso, os objetivos da AED no tratamento dos princípios em decisões vão além do comumente pensado, pois seus objetivos desejam muito mais explicar a razão de ser dos princípios do direito “[..] ao associá-los aos efeitos sociais que produzem e que ela propõe julgar no que concerne à propositura de regras à luz de seus efeitos” (MACKAAY, 2020, p. 667). Em particular, isso significa que atribuir significado para um princípio depende do conjunto das suas corretas relações inferenciais em uma prática discursiva.

Desprende-se deste tema, por exemplo, o princípio da publicidade e seus efeitos quanto à possibilidade de interferência do STF nos atos oriundos de outros poderes. Em recentes decisões (ADPF nº 690 e ADPF nº 672, ambas de 2020), entende-se que o STF utilizou de inferências consequencialistas para definir possíveis práticas em desacordo com a constituição, supostamente cometidas pelo governo federal no contexto da pandemia.

A título exemplificativo, o julgamento da ADPF nº 690 gerou repercussão justamente por questionar a legalidade de atos administrativos relacionados à vida e à saúde, além do dever de transparência da Administração Pública. No julgamento, o STF concedeu parcialmente a medida cautelar determinando que o Ministro da Saúde mantivesse, em sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia, inclusive no site do Ministério da Saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizou até a data de 04/06/2020. (BRASIL, 2020)

Os casos acima mencionados, pensados em um contexto prático social, também tratam sobre a medida do interesse da sociedade na divulgação dos dados epidemiológicos, nos efeitos econômicos, políticos e sociais da eventual omissão do número de pessoas contaminadas e mortas pela pandemia, bem como do exercício de previsão acerca dos efeitos da flexibilização de medidas restritivas de distanciamento social.

O ponto central para tratar dessas questões é estruturar as alternativas decisórias em bases teleológicas. Isso porque um argumento que esteja baseado nestas razões poderia defender a devida alteração do estado de coisas para construir consequências supostamente positivas à sociedade. O caráter dirigente da constituição federal sustenta a interpretação prática

dos princípios com base em critérios preditivos e reconhecidos pela jurisprudência constitucional, especialmente sobre gestão de políticas públicas, defesa de direitos fundamentais e separação dos poderes.

De acordo com esse pensamento, defende-se que a argumentação jurídica por princípios é mais bem praticada e efetiva quando encontra substrato nos seus efeitos práticos. O desenvolvimento de um raciocínio consequencialista seria capaz de estruturar a discussão jurídica de determinadas decisões políticas tomadas em esfera e dimensão meramente ideológica e permitir uma compreensão substantiva do núcleo do problema, aumentando o reconhecimento de falácias populistas.

Porém, o problema das inferências consequencialistas nos processos de tomada de decisão, especialmente quando da existência de indícios de intervenção na ordem política, é a impossibilidade fática de encontrar critérios uníssimos para providenciar coesão e coerência do sistema jurídico. Esse é um problema concreto, identificado por Maccormick (2005), uma vez que - segundo o referido autor - para a correta aplicação da lei não se deve apenas considerar as consequências práticas dos casos individualmente considerados.

Também neste sentido existem estudos que convergem sobre a inconveniência da busca por métodos de decisões que estabeleçam perfeita engenharia do mundo ao somar perspectivas consequencialistas, sobretudo quando da legal e legítima forma de utilização de considerações preditivas bastantes extremadas para fins de organização jurídica e social das relações humanas (PARGENDLER; SALAMA, 2013). Portanto, a busca prática por soluções que compreendam o interesse pela coesão e coerência mostra-se tarefa árdua.

Em outras palavras, ao se utilizar do consequencialismo, como uma estratégia de decisão baseada em um conjunto de argumentos, os tribunais podem encontrar significativa dificuldade de enquadrar suas decisões em uma moldura democrática e constitucional, pois uma das mais relevantes premissas do consequencialismo é o respeito ao passado, ou seja, tomar decisões também com rigor às leis previamente constituídas.

Nesse contexto, uma das compreensões possíveis e permitidas indica que os julgados devem explicitar proposições consequencialistas capazes de abranger a universalidade das razões jurídicas, bem como garantir a uniformização da jurisprudência constitucional para casos com efeitos semelhantes. O que se busca nesta proposta é o equilíbrio claro entre diferentes consequências, porém ele geralmente está escondido sob uma argumentação retórica baseada em um véu de abstração. Por isso a AED se mostra relevante, ao retomar as razões de



ser das instituições jurídicas, postulando uma racionalidade subjacente uniforme e atualizada com a realidade (MACKAAY, 2020, p. 07).

Todavia, ressalta-se que persiste a dúvida nas condições e capacidades técnicas de suporte aos juízes e tribunais a fim de medir por critérios pragmáticos, métodos analíticos, dados estatísticos e outras fontes, diferentes possibilidades e suas consequências legais, sociais, políticas e econômicas. Observa-se, conforme assevera Fernando Leal (2019, p. 94), que as fundamentações e razões consequencialistas nem sempre são determinísticas nas suas alternativas decisórias, ou seja, não fornecem plena certeza e conclusão, sobretudo em razão de problemas estruturais de diferentes dimensões.

#### **4. INCERTEZA E RISCO**

Nessa parte da pesquisa, revela-se significativo tratar das questões de incerteza e risco, uma vez que se considera relevante a análise dos benefícios que os efeitos de uma determinada norma jurídica traz para a sociedade, ou seja, como o comportamento humano pode responder aos efeitos das leis e decisões judiciais.

Essas razões, por exemplo, poderiam estar por trás da medida cautelar na ADI nº 4.543/DF (2012) que foi ajuizada no STF. Isso porque a ação buscou a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 12.034/09, que instituía a obrigatoriedade do voto impresso nas eleições a partir do ano de 2014 (BRASIL, 2012). Nota-se que esse é um tema recorrente e voltou a estampar os noticiários e pautas políticas no ano de 2021.

O indeferimento do pedido ocorreu baseado em algumas premissas de incerteza e risco. Em primeiro lugar, adotar o voto impresso já nas eleições de 2014 poderia levar à prejuízos econômicos para o Estado em face da necessidade de estabelecer com antecedência procedimentos licitatórios para compra de equipamentos, ou seja, haveria um risco jurídico e econômico relativo ao suporte e a capacidade da administração pública.

Em segundo lugar, a exigência de votos impressos nas eleições também poderia violar o chamado direito ao voto secreto, estabelecido no art. 14 da constituição federal brasileira, sobretudo, porque o novo sistema previsto incluiria um recibo com número de identificação do eleitor associado à assinatura digital de cada urna, isto é, haveria probabilidade de gerar incerteza política e jurídica quanto ao sigilo do voto.

A problemática residiu, como se percebe, na dificuldade de garantir a segurança e o sigilo da identificação deste novo sistema, porque a votação eletrônica supostamente permitiria maior controle e níveis de proteção em relação aos sistemas de votos impressos. Todavia, o caso também serviu de polêmica ao contínuo debate político sobre a segurança do sistema eletrônico de votação. Ou seja, uma discussão que permanece em dias atuais acerca da efetividade da urna eletrônica, especialmente, gerando certa controvérsia quanto às denúncias de manipulação dos resultados e da contagem dos votos nos processos eleitorais.

Nesses moldes, a utilização de inferências consequencialistas é mais um reforço aos argumentos de decidir e se configura como um ponto essencial da racionalidade dos processos de tomada de decisão. Isso se deve principalmente quando uma decisão lança diferentes hipóteses para fins de justificar a adoção de uma consequência em especial, porque conforme defende Schuartz (2008) a validade que acompanha uma consideração consequencialista resume-se à sua dimensão descritiva.

Significa dizer que a análise das consequências é a prática de não ignorar os efeitos positivos ou negativos gerados pelas decisões judiciais na sociedade. É evitar os riscos e as incertezas, evitar o chamado efeito bumerangue que ocorre, como explicado por Yeung (2020), quando uma decisão (mesmo bem-intencionada) ignora efeitos políticos, sociais e econômicos - externalidades, e seus efeitos acabam voltando e provocando resultados prejudiciais aos próprios sujeitos que antes se quis defender.

Dessa maneira, o que importa não é perseguir uma resposta moralmente correta, mas sim exercer a prática de justificação das decisões, tecendo evidências de competência, capacidade e eficiência econômica a partir de instrumentos ligados à AED. Logo, o consequencialismo concede suporte para o enfrentamento da incerteza e do risco não só na fundamentação jurídica, mas no controle das razões empíricas.

## **5. REGULAÇÃO, FALHA DE MERCADO E CONSEQUENCIALISMO**

Mesmo que essas conclusões coadunem para o desenvolvimento de uma teoria da decisão compatível, por exemplo, teoria dos jogos, sobretudo para que estabeleça critérios racionais, decidir por consequências parece exigir também a capacidade de identificar se é razoável que uma decisão estabeleça como válida ou inválida uma determinada prática no âmbito da sociedade.

Uma análise consequencialista da temática sugere que alguns critérios particulares podem ser estabelecidos para uma verificação mais clara de circunstâncias que podem se mostrar negativas no tempo futuro e comprometer a eficiência da economia em alocar recursos e definir padrões decisórios. Isto é, a regulação da economia e de determinados mercados se mostra relevante e possível para corrigir falhas e imperfeições, bem como sugerir alterações no próprio mercado (SAMPAIO; LAMARE, 2019, p. 545).

Um exemplo relacionado ao tema é o conhecido caso da problemática entre os interesses da livre iniciativa e proteção ao meio ambiente, sobretudo diante da possibilidade de importação de pneus reformados ou recauchutados (BRASIL, 2009). O problema é que a permissão jurídica de importação supostamente contrariava as disposições constitucionais de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.

Além disso, a problemática da importação se devia (a) a não existência de medidas ecológicas que eliminassem os resíduos pneumáticos deixados no meio ambiente; (b) a eventual incineração dos resíduos produziria gás tóxico danoso à saúde e à natureza; (c) outras medidas de descarte não assegurariam a incolumidade do meio ambiente, especialmente evitando contaminações; e (d) o conjunto da legislação brasileira não admitia o aterro de pneus como medida de eliminação de resíduos, sobretudo em face do risco de liberação de detritos sólidos e líquidos prejudiciais à natureza (BRASIL, 2009).

Na decisão, entre outros argumentos, houve defesa pela aplicação do dever de proteção ambiental como consequência da função protetiva do Estado, portanto, a importação deveria ser proibida porque (a) o interesse social de proteção ao meio ambiente é constitucionalmente protegido (artigo 225, da CF/88) e (b) tratava-se de um caso em que as importações fragilizavam normas jurídicas e decorreriam de uma proteção insuficiente do direito ao meio ambiente equilibrado (BRASIL, 2009). Logo, a fragilização da proteção ambiental deve ser medida à luz das consequências futuras práticas, bem como diante de uma análise do custo-benefício.

Fala-se, então, em possibilidade de regulação judicial de determinadas atividades e práticas econômicas por materialização futura de externalidades negativas ao meio ambiente (poluição), sobretudo quando há identificação de que a legislação é omissa ou insuficiente ao caso concretamente considerado (falha de mercado). Essa decisão está amparada nos fundamentos e premissas da AED.

O meio ambiente, como bem de uso comum do povo, é um tema especial sobre a regulação quando das imperfeições de mercado. Nesta área, as decisões de agir ou não agir podem comprometer espaços e recursos naturais em definitivo, gerando potenciais perigos à saúde das futuras gerações.

É nesse contexto que o amparo de análise consequencialista propõe o cálculo dos riscos e danos como enfrentamento ao problema de informação assimétrica e da escolha entre recursos escassos. A assimetria informativa faz parte da natureza da atividade judicial, qual seja da descoberta de fatos jurídicos, bem como é obstáculo a ser superado a partir da submissão dos casos à investigação empírica possível de seus desdobramentos relativos à prova (CRISTOFANI, 2020).

Esse pensamento se mostra relevante porque diversos problemas práticos relacionados aos danos ambientais e à natureza como direito fundamental são, de uma forma ou de outra, uma consequência direta de um problema de informação assimétrica. Resta, assim, relevante que as ferramentas econômicas e as inferências jurídico-consequencialistas sejam utilizadas para fins de minimizar riscos e perigos à direitos fundamentais, bem como permitir que as partes tenham conhecimento e informação suficiente para evitar o agir oportunista e viabilizar melhor acurácia dos veredictos judiciais.

## **6. CONCLUSÕES**

Como se viu existem diferentes dimensões a serem consideradas em um processo decisório orientado pela análise das consequências, sobretudo diante do alinhamento com a AED. O consequencialismo como parte assertiva de algumas teorias de argumentação não é uniforme no seu diálogo com a prática jurídica, mas invariavelmente é utilizado para indicar os efeitos relevantes de uma decisão.

Importa, então, propor instrumentos metodológicos que indiquem uma direção racional na solução de problemas jurídicos que se apresentam, especialmente por meio de inferências consequencialistas capazes de traduzir implicações práticas das decisões judiciais. Nesse sentido, o presente trabalho apresentou alguns pontos, premissas, casos e decisões que se utilizaram da argumentação por consequências como justificativas amparadas em um modelo mais eficiente de decidir.

A partir da perspectiva defendida, conclui-se que o justificar de uma decisão a partir das suas consequências possibilita o desenvolver de critérios de reconhecimento que sejam capazes de conceder maior visibilidade das alternativas fáticas e soluções jurídicas. Porém, não há homogeneidade na doutrina do direito sobre o melhor método ou quais são os critérios fundamentais e determinantes para encontrar a clareza pretendida ou esperada para a justificação das decisões.

Além disso, diante dos fundamentos apresentados neste trabalho, defende-se que a legitimidade da fundamentação prática por meio de inferências consequentialistas invariavelmente depende da análise dos casos concretos. Porém, alguns critérios apresentados se mostram elementos viáveis para guiar o processo decisório pretendido, por exemplo, fundamentação voltada aos fins do direito, utilização de bases preditivas conforme jurisprudência constitucional, coesão e coerência com o sistema jurídico ao utilizar argumentações por princípios, universalidade das razões de decidir considerando a matriz multidisciplinar do direito nas suas relações fáticas.

Para que as decisões judiciais cuidem das mudanças ocorridas na sociedade, sem sufocar a inovação e o progresso, mostra-se necessário o alinhamento das práticas argumentativas com os fundamentos da AED, principalmente ao se fazer uso de inferências consequentialistas capazes de identificar inclinações pragmáticas ao decidir e dar nova visibilidade à unidade do sistema jurídico.

Diante das incertezas, riscos, mercados, regulação e falhas, quanto mais diminutas forem as limitações cognitivas que afetam o raciocínio humano, clarificando a análise das consequenciais por meio de dados e ferramentas analíticas, mais serão eficazes as decisões preditivas. Então, a promoção de pontes entre decisão judicial e instrumentos da AED se mostra interação essencial para dinamizar a legislação e enfrentar os problemas jurídicos que se apresentam contemporaneamente.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARNOLD, Roger. **Microeconomics**. 11<sup>a</sup> Ed., Boston: Cengage Learning, 2011.

BESANKO, David; BRAEUTIGAM, Ronald. **Microeconomics**. 4<sup>a</sup> Ed. NJ: Wiley, 2011.

BIX, Brian H. **Jurisprudence: theory and context**. 8<sup>a</sup> Ed. London: Thomson Reuters UK, 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Revista trimestral de jurisprudência – ADI - MC 4.543/DF**. Vol. 221, julho a setembro de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/221\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/221_1.pdf). Acesso em: 08 out. 2021.

\_\_\_\_\_. **ADPF nº 101/DF**. Requerente: Presidente da República. Relatora: Cármen Lúcia. Brasília, 24 de junho de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 16 set. 2021.

\_\_\_\_\_. **ADPF nº 690/DF**. Brasília, 10 de junho de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível nº 0026898-63.2008.404.7100/RS**. Apelante: Sindicato da Indústria do Fumo no Estado do Rio Grande Do Sul. Apelado: Agência Nacional De Vigilância Sanitária - ANVISA. Relator: Des. Federal Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 23 de março de 2010. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1>. Acesso em: 06 out. 2021.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. LIND e a prova judicial: breves notas sobre a assimetria informativa e as consequências das decisões probatórias. *In*: YEUNG, Luciana. **Análise econômica do direito**: temas contemporâneos. São Paulo: Actual, 2020.

DEYNELI, Fatih. Efficiency. *In*: MARCIANO, Alain; RAMELLO, Giovanni Battist; (editors). **Encyclopedia of law and economics**. New York: Springer, 2019.

ESPOSITO, Fabrizio; TUZET, Giovanni. Economic consequences as legal values: a legal inferentialist approach. *In*: CSERNE, Peter; MALECKA, Magdalena; (org.). **Law and economics as interdisciplinary exchange**. New York: Routledge, 2020.

GROSTEIN, Julio. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. São Paulo: Almedina, 2021.

KOVAC, Mitja. **Judgement-proof robots and artificial intelligence**: a comparative law and economics approach. Cham: Palgrave Macmillan, 2020.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press Scholarship Online, 2012.

MACKAAY, Ejan. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARINO, Patricia. Value pluralism and the foundations of normative Law and Economics: the case of threshold deontology. *In*: CSERNE, Peter; MALECKA, Magdalena; (org.). **Law and economics as interdisciplinary exchange**. New York: Routledge, 2020.

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. **A nova lindb e os problemas da argumentação consequencialista**. Revista Jurídica — Unicuritiba, v. 4, p. 497-523, 2018.

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

PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, Eival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; HERBST, Kharen Kelm. Escassez nos direitos intelectuais, incentivo e concentração de riqueza em tempos de blockchaim. *In*: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise econômica do direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020.

SAMPAIO, Rômulo S. R.; LAMARE, Júlia de. Direito, economia e meio ambiente: uma introdução à regulação ambiental. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

YEUNG, Luciana. Comportamento judicial, decisões judiciais, consequencialismo e “efeitos bumerangues”. *In*: YEUNG, Luciana (Org.). **Análise econômica do direito: temas contemporâneos**. São Paulo: Actual, 2020.