

O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO À BRASILEIRA:
NOTAS PARA UM ESTUDO DO FENÔMENO

"BRAZILIAN" LEGAL CONSEQUENTIALISM: A PRELIMINARY STUDY

José Vicente Santos de Mendonça^A

 <https://orcid.org/0000-0002-9814-9924>.

^A Professor de Direito Administrativo da UERJ. Mestre e doutor em Direito.

Correspondência: jose.vicente@terra.com.br

DOI: 10.12957/rfd.2022.71724

Artigo submetido e aceito para publicação em dezembro de 2022.

Resumo: De início o texto apresenta uma definição de 'consequencialismo jurídico', tal como a categoria vem frequentando a dogmática jurídica e decisões judiciais recentes. Logo em seguida, questiona-se sobre o *lugar* do argumento e sua relativa imprecisão em relação ao pragmatismo/consequencialismo filosófico. Então, o texto cogita de três razões pelas quais o consequencialismo jurídico – já aqui entendido *à brasileira*, isto é, tal como praticado nas cortes e expressado na literatura dogmática nacional – obteve certo êxito. Por fim, o texto indica algumas críticas internas ao consequencialismo/pragmatismo à brasileira, e, também, algumas das possíveis respostas a ela, e, então, cogita de dois possíveis futuros para o argumento.

Palavras-chave: Teoria do direito. Pragmatismo filosófico. Pragmatismo jurídico. Interpretação.

Abstract: The paper presents a simple definition of 'legal consequentialism', as used in current legal literature and legal opinions. Then, it asks about the meaning of the expression and criticizes some loose uses of it, specifically when compared to a much more precise definition of 'philosophical consequentialism/pragmatism'. In its third part the study discusses three reasons of 'legal consequentialism' success story in Brazil. In the end, the paper brings some internal critique on 'legal consequentialism' and some possible answers to them. As some closing thoughts, the study discusses two possible futures for 'legal consequentialism' as understood by Brazilian courts and legal literature.

Keywords: Legal theory. Philosophical pragmatism. Legal pragmatism. Legal interpretation.

1. Introdução

Hoje é comum falar-se, para o bem e para o mal, de pragmatismo e de consequencialismo jurídico. Nem sempre foi assim. É interessante, portanto, acompanhar a

trajetória do debate acadêmico e de sua manifestação judicial e legislativa. O que, na origem, era uma tese filosófica sobre o significado de conceitos (é nisso que consiste o pragmatismo de Charles Peirce), tornou-se, mercê de sua difusão, um critério de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Entender como e porque o argumento se transformou é a principal indagação deste artigo (tópicos 2 e 3), que, inobstante isso, também assume posição interna, apresentando críticas e possíveis respostas no debate sobre a admissibilidade jurídica e a desejabilidade política de decisões consequencialistas (tópico 4). Ao final, vai-se cogitar dos possíveis futuros desse nosso consequencialismo jurídico construído à brasileira (tópico 5).

2. O que é o consequencialismo jurídico à brasileira?

Antes de tudo, convém recuperar as noções de pragmatismo filosófico e jurídico, e, dentro delas, a ideia de consequencialismo *tout court*. Destaque-se que, embora o consequencialismo seja apenas uma característica, - ainda que usual -, de diversas propostas pragmatistas, para os fins de nosso Direito ela se autonomizou, quase que ao ponto de prescindir das vertentes filosóficas que a acolhem.

Pois bem. Falar de pragmatismo filosófico é falar de Charles Peirce, William James, John Dewey. Peirce publicou dois artigos, hoje clássicos¹, sobre o que chamou de “pragmatismo”². Mas não foi por esses artigos, nem por Charles Peirce, que o pragmatismo se tornou conhecido: foi William James quem, tempos depois, a partir de conferência na Universidade de Berkeley, popularizou e difundiu o termo e as ideias de Peirce³.

Popularizou, mas não respeitou a fonte. O pragmatismo de Peirce, um lógico, era mais modesto do que a versão de William James. Tratava-se de uma *teoria da significação*; uma proposta a respeito do que podem significar os conceitos linguísticos em relação às coisas do

¹ PEIRCE. The Fixation of Belief. In: HAACK (Org.). *Pragmatism, Old & New: Selected Writings*, p. 107-126; PEIRCE. How to Make our Ideas Clear. In: HAACK (Org.). *Pragmatism, Old & New: Selected Writings*, p. 127-150.

² Peirce posteriormente viria a preferir o termo “pragmaticismo” para diferenciá-lo do pensamento de William James. Era tarde: a palavra “pragmatismo” já estava consagrada. De modo irônico, Charles Peirce afirma, no texto em que apresentou a proposta do novo termo, que sua ideia original, mercê da difusão, e da popularidade da filosofia de William James, precisava ser designada por uma nova palavra, daí “pragmaticismo”, “palavra feia o suficiente para mantê-la livre de sequestradores”. PEIRCE, Charles Sanders. Pragmatism and Pragmaticism. In: HAACK (Org.). *Pragmatism, Old & New: Selected Writings*, p. 166.

³ MENAND, Louis. *The Metaphysical Club: a Story of Ideas in America*, caps. 9 e 13. Nova Iorque: Farrar, Straus e Giroux, 2001.

mundo. O significado de um conceito equivaleria às consequências de uma deliberada negação ou afirmação daquele termo⁴. Usando exemplo de Peirce, o que significamos quando falamos que uma substância é dura é que ela será capaz de riscar vidros, resistir a ser entortada etc. A soma de tais efeitos práticos é o conceito de “dureza”. Não há uma essência abstrata: “dureza” é o conjunto de todos os efeitos práticos das coisas duras⁵.

William James apropriou-se daquilo que chamou de “princípio de Peirce, o princípio do pragmatismo” e expandiu a ideia para a filosofia e o pensamento, transformando o pragmatismo não apenas numa teoria da significação, mas também numa *teoria da verdade*. Em suas palavras:

O teste definitivo acerca do que uma verdade significa é, de fato, a conduta que ela dita ou inspira. [...] O significado efetivo de qualquer proposição filosófica pode sempre ser deduzido a partir de alguma consequência particular, em nossa experiência prática futura, seja ela ativa ou passiva⁶.

James ampliou o *insight* de Peirce até o domínio do pensamento em geral: o que era verdadeiro para o conhecimento científico deveria ser verdadeiro, também, para todas as nossas crenças. E o que tornaria uma crença verdadeira? Não sua capacidade de ultrapassar escrutínios lógicos, mas, simplesmente, a relevância das consequências que decorrerem de sua admissão⁷.

O terceiro passo na história foi dado por John Dewey. Dewey foi um reformador social, um ativista político, e, antes de tudo, um educador. Dewey não acreditava na distinção entre conhecimento e ação. Conhecer e fazer integrariam o mesmo processo: aprendemos fazendo, fazemos aprendendo. O conhecimento não é uma cópia mental de uma realidade externa, “é um instrumento ou órgão da ação bem-sucedida”⁸. Sua teoria da verdade é pragmatismo *vintage*: ser verdadeiro é condição de ter seu uso verificado em condições experimentais⁹.

⁴ PEIRCE, Charles. A Definition of Pragmatism. In: MENARD, Louis (Org.). *Pragmatism: a Reader*. New York: Vintage Books, 1997. p. 56.

⁵ MENAND, Louis. An Introduction to Pragmatism. In: MENAND, Louis (Org.). *Pragmatism: a Reader*. New York: Vintage Books, 1997. p. xiv.

⁶ JAMES, William. Philosophical Conceptions and Practical Results. *University Chronicle*, p. 291.

⁷ Em rigor, William James não está propondo apenas, como observa Bertrand Russel, um *teste* da verdade; para James, isto é o próprio *significado* da verdade (RUSSEL, Bertrand. *The Philosophy of William James*. In: GOODMAN, Russell B. (Ed.). *Pragmatism: Critical Concepts in Philosophy*, p. 199).

⁸ MENAND. An Introduction to Pragmatism. In: MENAND, Louis (Org.). *Pragmatism: a Reader*, p. xxiv.

⁹ DEWEY, John. Truth and Consequences. In: HAACK, Susan (Org.). *Pragmatism, Old & New: Selected Writings*, p. 346.

Quanto à sua proposta para a filosofia propriamente dita, leia-se o que dela fala Thamy Pogrebinschi:

É preciso que a filosofia olhe para a prática como o único meio pelo qual tudo o que for julgado como admirável e louvável possa ser mantido na existência experimentável e concreta. [...] A filosofia deve também deixar de ignorar as consequências objetivas e as diferenças que elas acarretam nas relações naturais e sociais; deve deixar de desprezar o valor da ação, deixar de colocá-la em uma posição inferior às outras formas de processos mentais, ao pensamento e ao sentimento¹⁰.

Charles Peirce, William James, John Dewey. Apesar das diferenças entre o pensamento de cada um, há consenso de que, com eles, foram estabelecidas as bases do pragmatismo filosófico. A partir do percurso teórico representado pela tríade, o pragmatismo passou de um método lógico para uma teoria ética, chegando a se tornar uma teoria social.

Agora é que começa o temário interessante para o Direito. A partir da apresentação das ideias dos três autores, a professora brasileira Thamy Pogrebinschi, hoje radicada na Alemanha, formulou o que chamou de “matriz pragmatista” — o núcleo comum de ideias do movimento, tal como representado por seus três autores clássicos: (i) o *antifundacionalismo*, (ii) o *consequencialismo* e (iii) o *contextualismo*¹¹.

O (i) *antifundacionalismo* é a rejeição, sistemática e constante, de verdades apriorísticas, dogmas, abstrações metafísicas. Quanto ao (ii) *consequencialismo*, trata-se de característica do pragmatismo filosófico que prioriza as consequências do ato, teoria ou conceito. O (iii) *contextualismo* é o destaque do contexto — social, político, histórico, cultural — na investigação filosófica e científica.

É dizer: se não existem fundações que justifiquem ou validem conceitos ou teorias, deve-se apreciá-las a partir de suas consequências, as quais só adquirem sentido dentro do contexto no qual estão inseridas.

Ora, mas até aqui só temos *parte* da história do pragmatismo jurídico. O debate avança, com discussões sobre o que poderia ser um pragmatismo *jurídico* — há, aqui, diversos

¹⁰ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. pp. 34-35. Do próprio Dewey, acerca do tema, consultar “The Need for a Recovery in Philosophy” (*In*: MENAND, Louis. *Pragmatism: a Reader*, p. 219-232): “A filosofia se recupera quando ela deixa de ser um instrumento para lidar com os problemas dos filósofos e se transforma num método, cultivado por filósofos, para lidar com os problemas dos homens”.

¹¹ POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*, p. 24, 62.

autores; destaque-se o nome de Richard Posner¹²; se haveria alguma utilidade do pragmatismo filosófico para o pragmatismo jurídico, ou se se tratariam de mundos diversos¹³; sobre as correntes neopragmatistas contemporâneas.

Contudo, não precisamos ir além. O consequencialismo jurídico à brasileira começa exatamente a partir da definição da matriz pragmatista. Observe-se que a matriz pragmatista representa a proposta de *uma autora* para um *agregado explicativo* de características do pensamento dos *três principais autores* do pragmatismo *filosófico clássico*. A matriz pragmatista não foi pensada para ser “o” pragmatismo, seja filosófico ou jurídico. Mas, de certa forma, foi o que acabou acontecendo.

O sucesso da obra da professora Thamy junto a plateias jurídicas determinou a compreensão do que viria a ser o consequencialismo jurídico à brasileira. Em sentido simples, trata-se de se preocupar com as consequências de determinada interpretação do Direito. Em sentido abrangente, é se preocupar com o contexto (contextualismo) e com as consequências (consequencialismo), sem buscar justificção para o Direito fora dele (antifundacionalismo). Nesse sentido abrangente, o consequencialismo se confunde com o pragmatismo.

Nesse momento do texto, feita essa recapitulação tanto da grande história das origens do pragmatismo filosófico quanto de sua recepção pela comunidade jurídica brasileira, vale destacar dois pontos.

O primeiro é o *deslocamento do lugar do argumento*. O pragmatismo surge na filosofia, e não no Direito, seja como teoria ou metateoria da decisão. E surge como um teste pragmático. A trajetória do argumento é invulgar: da filosofia conceitual (Peirce) para a filosofia geral (James), daí para a filosofia política (Dewey), para, afinal, a dogmática jurídica, chegando na letra da lei (há, como veremos, inspiração consequencialista em dispositivos acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

O segundo ponto de destaque é a *relativa imprecisão em relação ao conteúdo das noções iniciais*. Parte do que se critica e do que se fala sobre o pragmatismo/consequencialismo jurídico no Brasil não guarda estrita correspondência com o que seus proponentes filosóficos disseram. Nada mais distante do pragmatismo como adesão ao *status quo* — como seria a tônica de certa crítica ao movimento —, ou do

¹² POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

¹³ POSNER, Richard. What has Pragmatism to Offer Law?. In: BRINT, Michael; WEAVER, William (Org.). *Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press, 1991.

pragmatismo como mero “senso prático”, do que as ideias revolucionárias, até utópicas, de John Dewey¹⁴.

Diante disso, cabem duas posturas: uma, a crítica originalista, ao buscar resgatar as origens do pensamento; outra, de reconhecimento do potencial criativo da linguagem. A postura aqui adotada é a segunda. A matriz pragmatista é exemplo de obra aberta, para falar com Umberto Eco¹⁵. Não cabe a crítica de que a matriz pragmatista não ‘é’ isso: se não era, passou a ser. É assim que se fazem coisas com palavras: de meias ideias, de noções, de ouvir dizer, uma comunidade de intérpretes reconstrói significados. Embora exercícios de depuração histórica sejam úteis - até na autocompreensão de como chegamos aqui -, não convém ficar preso a essencialismos.

3. Razões do sucesso do consequencialismo jurídico junto ao Direito brasileiro

É possível afirmar que o ‘consequencialismo’ (mais do que o pragmatismo) é um sucesso junto ao Direito. É cada dia mais comum a referência, em decisões administrativas ou judiciais, a interpretações consequencialistas, argumentos consequencialistas, consequências da decisão etc. Claro que parte do sucesso se deve a referências às alterações realizadas pela lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a LINDB. As alterações incorporaram deveres consequencialistas em alguns dispositivos. O art. 20, talvez o mais citado em decisões judiciais¹⁶, informa que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Já o art. 21 estabelece, ao decisor, um

¹⁴ “Suas aspirações [do pragmatismo] não se detinham no esclarecimento dos conceitos; tal coisa era importante apenas como meio para *potencializar a ação*. E é precisamente este confessado ideal o ponto de partida de uma imagem distorcida do pragmatismo que, ainda hoje, circula no mercado mais superficial das ideias, no qual, com bastante frequência, faz-se com que o pragmatismo pareça um pensamento chato e banal, que glorifica o rendimento prático das concepções humanas, entendido este em termos de interesse individual imediato, e despreza as formas mais elevadas de realização intelectual, as quais se supõem desvinculadas de qualquer demanda prática. Os que, alguma vez, aproximaram-se das obras de James, Peirce ou Dewey, ou, inclusive, apenas de suas biografias, sabem até que ponto as conotações desta descrição são imerecidas.” FAERNA, Angel Manuel. *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 1996. p. 2, grifos no original.

¹⁵ ECO, Umberto. *Obra Aberta*. 10ª ed. Perspectiva, 2015.

¹⁶ ROMERO, Felipe; PORTO, Stela Hühne. A aplicação dos novos artigos da LINDB no STF e no STJ: primeiras impressões. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (orgs.). *Transformações do Direito Administrativo: Direito Público e regulação em tempos de pandemia*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020, pp. 157-174.

dever de indicação de consequências administrativas e jurídicas quando da invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas¹⁷.

Exemplos do sucesso do consequencialismo junto ao Direito poderiam ser encontrados na forma de referências ao tema em decisões do Supremo. Dentre elas, talvez a mais significativa tenha sido aquela feita no julgamento do HC nº 126.292¹⁸ — um dos usos mais polêmicos do pragmatismo judicial no Brasil até hoje¹⁹. O Tribunal decidiu ser possível a execução provisória da pena quando a condenação já houver sido alvo de decisão de mérito em segunda instância. O voto vencedor, formulado por Luís Roberto Barroso, desenvolve o seguinte raciocínio: uma vez que não se trataria propriamente de restrição a direito fundamental,²⁰ e como não há regra constitucional expressa que vede a execução provisória, a resolução da demanda passaria a ter como elemento as *possíveis consequências das alternativas interpretativas*.

Já no julgamento do RE nº 635.659²¹, cujo objeto é uma condenação penal em função do consumo de quantidade reduzida de maconha, contou, em um de seus votos (novamente, de Luís Roberto Barroso), com explanação acerca do pragmatismo jurídico, em que se discorreu sobre os cânones do pragmatismo filosófico, tais como apresentados pela professora Thamy. Leia-se trecho:

O pragmatismo jurídico, por sua vez, é herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico. Ele tem, em meio a outras, duas características que merecem destaque aqui: a primeira é o chamado contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. A segunda característica é o consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

¹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *In: Revista De Direito Administrativo*, pp. 43–61. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

¹⁸ STF, Plenário, Rel. Min. Teori Zavascki, HC nº 126.292, *Diário de Justiça eletrônico*, 31, mar. 2016.

¹⁹ Algum tempo depois, a decisão acabaria sendo superada pela jurisprudência do Supremo.

²⁰ Segundo o ministro, o princípio da presunção de inocência não teria seu núcleo afetado pela possibilidade de execução anteriormente ao trânsito em julgado: “a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos e bens jurídicos tutelados pelo direito penal (CF/1988, arts. 5º, *caput*, e LXXVIII e 144)”.

²¹ STF, RE nº 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Não estando em jogo direitos ou princípios fundamentais, frequentemente será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites das normas constitucionais, construa como solução mais adequada a que produza melhores consequências para a sociedade. Pois bem: penso que por qualquer dos dois critérios – seja sob a égide da primazia dos direitos fundamentais, seja por avaliação pragmática –, chega-se à mesma solução neste caso.

Citado em decisões, inclusive do Supremo; incorporado na alteração da LINDB. O consequencialismo é um sucesso junto ao Direito brasileiro.

Por que é assim?

Vai-se aventar, aqui, três hipóteses: as noções de (a) *simplificação*, (b) de *generalidade* e (c) de *naturalidade*.

O pragmatismo é suficientemente (a) *simples* e de fácil apreensão na forma como costuma ser apresentado no Brasil. São ideias singelas: atenção ao contexto (contextualismo); importância das consequências (consequencialismo); descarte de visões metafísicas (antifundacionalismo).

A terceira ideia, a do antifundacionalismo, é, em rigor, mais sofisticada. O *fundacionismo* é uma resposta ao trilema de Agripa, segundo o qual só existiriam três soluções para uma cadeia de argumentos: ou se termina numa suposição arbitrária; ou se retorna ao ponto de partida; ou se regressa infinitamente. O fundacionismo responde ao desafio pressupondo base, formada por uma crença fundamental justificada de modo independente, não inferencial²². Ser antifundacionista (ou antifundacionalista, grafia que se popularizou) é negar a possibilidade da existência de tal crença fundamental.

Ora, mas não se chega a tal nível de detalhamento filosófico na prática jurídica. Ser pragmatista é estar atento ao contexto, dar importância às consequências, negar verdades apriorísticas. Eis tudo.

As noções associadas ao pragmatismo também são apresentadas como suficientemente (b) *genéricas*, a tal ponto que ninguém as negaria. São ideias genéricas o suficiente para permitir que muitos estejam de acordo com elas. Que advogado seria contra ficar atento ao contexto do caso? Qual juiz faria esforço para *não* se importar com as

²² ETCHEVERRY, Kátia Martins. *O fundacionismo clássico revisitado na epistemologia contemporânea*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia)–Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2009. pp. 34-35.

consequências daquilo que decide? Os vasos vazios, diziam os romanos, ressoam muito. Pode-se incluir pensar que, no limite, há certa banalidade em sua afirmação.

Por fim, parte do sucesso do consequencialismo/pragmatismo jurídico à brasileira se deve à © *naturalidade* com que as afirmações da tríade pragmatista são recebidas pela comunidade jurídica. Elas correspondem, de antemão, a boa parte da autoimagem que a comunidade jurídica *já* possui de si. Não há nada de chocante ou contrafactual em seu conteúdo. Como diz Thomas Grey, “o pragmatismo é a teoria operacional implícita da maioria dos bons advogados”²³. Se é verdade que ideias têm consequências, também consequências têm ideias: se advogados e operadores do Direito *existem* de certa forma, é possível que busquem teorias que validem tal modo de ser.

E é assim que se entende o sucesso do consequencialismo junto à comunidade jurídica brasileira. Os pragmatismos, tanto o jurídico quanto o filosófico, são mais complexos do que a tríade pragmatista. Há, como já se mencionou, debates sobre se o pragmatismo é uma filosofia,²⁴ sobre quantos pragmatismos existiriam (um? Treze? Tantos quantos os seus autores?)²⁵, se o pragmatismo filosófico seria inovador ou só um novo nome para velhas formas de pensamento²⁶. Também há debates sobre se o pragmatismo filosófico seria útil para o pragmatismo jurídico ou sobre sua natureza²⁷.

Mas nada disso importa para o Direito. Nossos debates são outros. A discussão sobre o nosso consequencialismo jurídico é, como quase tudo no Brasil, em primeiro lugar sobre os limites do Judiciário, e, em segundo, sobre o método para se antecipar e indicar as consequências relevantes para a interpretação jurídica. É o tema do próximo item.

4. Críticas e respostas às críticas. Como domesticar o consequencialismo?

Nosso pragmatismo jurídico é pouco pragmatismo filosófico, e muito consequencialismo superficial. É singelo, algo genérico, intuitivo. Suas aspirações teóricas

²³ GREY, Thomas. Hear the other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory. *Southern California Law Review*, p. 1590.

²⁴ FAERNA, Angél Manuel. *Introducción a la teoría pragmatista del conocimiento*, pp. 3-6. Siglo XXI Editores. 1996.

²⁵ LOVEJOY, Arthur Oncken. The Thirteen Pragmatisms. In: GOODMAN (Ed.). *Pragmatism: Critical Concepts in Philosophy*, pp. 159-174.

²⁶ JAMES, William. *Pragmatism – A New Name for Some Old Ways of Thinking*. Dover Publications, 1995.

²⁷ Por exemplo, em POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

vão, quando muito, à evocação da tríade pragmatista. Mas é um sucesso, se não de crítica, ao menos de público.

O sucesso, no entanto, faz-se acompanhar de dois padrões de críticas. Uma crítica foca nas (a) *consequências do consequencialismo*: ele ampliaria o ativismo, com efeitos negativos sobre o equilíbrio das funções estatais. A segunda crítica, derivada da primeira, foca no (b) *método*: julgadores não possuiriam métodos seguros para considerar consequências²⁸. A elas.

(a) Seria discutível a legitimidade constitucional existente para o juiz deixar de ser juiz de Direito, e passar a ser um juiz das consequências que sua atuação traria sobre a sociedade. A atuação deixaria de ser jurídica, orientada pela aplicação em concreto de padrões prévios estabelecidos por normas, costumes ou precedentes, e passaria a ser política, guiada pela cognição prospectiva do que será melhor para a comunidade.

Nesse sentido, *o consequencialismo jurídico ampliaria o* (já bastante ampliado) *ativismo* dos controladores brasileiros, especialmente dos juízes de Direito. Trata-se-ia de argumento que militaria contra a segurança jurídica e o equilíbrio das funções estatais. Aliás, seria plausível supor que juízos formalistas produzissem efeitos menos ruins do que juízos pragmatistas/consequencialistas, no mínimo porque possuiriam um padrão prévio de referência.

O que leva à segunda crítica: (b) *julgadores não possuiriam métodos seguros para identificar e, daí, considerar consequências*; não haveria clareza quanto aos pontos de parada quanto às consequências a serem consideradas na decisão. No limite, e aqui, novamente, a ênfase é nos juízes de Direito, eles sequer possuiriam formação para tais considerações. Não seriam formados para uma atuação como *policymakers*.

Tais críticas admitem algumas respostas. Contra a primeira crítica, poder-se-ia afirmar que (a) *o ativismo judicial seria fenômeno sócio-político que independeria do consequencialismo jurídico*. O ativismo existiria antes e além do consequencialismo, bastando, para confirmar tal afirmação, identificar a existência de outros métodos e *topoi* anti-formalistas de grande sucesso, como a ponderação, a coisa julgada inconstitucional, a

²⁸ Para as críticas, sugiro a leitura da produção de Fernando Leal. V., por ex., LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

interpretação sistêmica, a interpretação teleológica, a *living constitution*, o estado de coisas inconstitucional etc.

Em rigor, o ativismo judicial dependeria mais de fatores como a existência e o respeito a garantias da magistratura; de certa autocompreensão da existência de missão fundamental para a profissão (‘realizar direitos fundamentais’, ‘acabar com a corrupção’); da inércia de outros poderes; da abundância de textos normativos com conteúdos indeterminados. Valeria destacar, inclusive, que o ativismo judicial seria fenômeno global²⁹, sequer necessariamente negativo. A resposta à crítica observa que seria bem possível que, sem consequencialismo ou pragmatismo, ainda assim tivéssemos julgadores bastante ativistas. O consequencialismo jurídico decerto compõe o repertório de juízes pós-formalistas, mas não é causa; é vocabulário.

Quanto à crítica a respeito do (b) *método*, a resposta é simples. Se o problema é método, que se construa uma prática metodológica minimamente consistente. Algumas ideias: a *criação de estruturas institucionais para o uso do argumento* (tal como a prática de alguns tribunais de identificar referências literárias confiáveis na área de saúde); a *utilização de mecanismos intraprocessuais*: é dever das partes indicar as consequências e suas fontes; uma vez indicadas, deve-se abrir o contraditório; o *uso de mecanismos extraprocessuais*, tal como, para demandas importantes, o *amicus curiae* (que aqui seria um *amicus consequentiae*)³⁰. Embora cada sugestão traga sua gama de complexidades, seria possível produzir alguma racionalidade procedimental em favor de argumentos consequencialistas.

5. Qual o futuro do consequencialismo jurídico à brasileira?

Ao final do estudo, que se propôs a identificar elementos de um consequencialismo jurídico à brasileira, pode-se cogitar de seu futuro.

Aqui, a intuição do texto é a de que o futuro deste consequencialismo redunda em duas possibilidades: ou sua (a) *rejeição*, ou sua (b) *adaptação*.

²⁹ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*. Vol. 83, No. 4. pp. 771-797.

³⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Qual a utilidade da teoria dos jogos para o Direito brasileiro de 2021? *In: Anais do I Congresso Nacional de Análise Econômica do Direito na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Escola Judicial do TRT da 1ª Região, 2022. Acessível em: <https://www.trt1.jus.br/documents/38860/0/aed.pdf/c01dad9e-a344-3b04-d9fd-455b102fc7e>. Acesso em: 11 de dezembro de 2022.

No futuro de sua (a) *rejeição*, ter-se-ia realidade em que julgadores se convencem, ou são convencidos, dos limites de suas competências e de suas aptidões institucionais, e, convergentes com a literatura crítica, optam por retornar a um (imaginado?) período formalista, desistindo dos argumentos pragmatistas. Não é situação provável, seja porque raramente se abre mão voluntariamente do poder, seja porque neutralizar tendências pós-formalistas generalizadas há tempos em várias instâncias seria tarefa praticamente impossível. Demais disso, como se disse, o consequencialismo é apenas mais uma forma de se argumentar dentro de um cardápio variado.

O futuro provável é o de sua (b) *adaptação*. Por adaptação, quer-se dizer sua progressiva naturalização, ao limite de sua institucionalização plena. O resultado das críticas não seria o abandono da ferramenta, mas seu ajuste. Seja como for, não é provável que resgatemos, para o Direito, os pragmatismos de Peirce, James e Dewey. Deles pegamos emprestado palavra e noções – mas o pragmatismo que empregamos é coisa nossa.