

## INTRODUÇÃO

O debate aberto e livre é essencial em qualquer sociedade democrática. Tanto nas divergências mais simples, quanto nos casos mais complexos, os quais necessitam da intervenção do Estado, é necessária a exposição de fatos e pontos de vistas que irão demonstrar os caminhos trilhados de maneira a facilitar a visualização das possibilidades de resolução da divergência.

Quando os casos são levados ao Poder Judiciário, todos os envolvidos no processo irão se utilizar da argumentação como forma de esclarecer divergências e defender seus interesses. Para isso utilizarão diversas técnicas argumentativas, que passam desde os argumentos jurídicos até os não jurídicos, expondo os fatos e os fundamentos que iniciaram o conflito.

Somado a isso, temos ainda a fundamentação nas decisões judiciais. Prevista na Constituição Federal, a fundamentação visa evitar que as decisões se tornem autoritárias e que os juízes se utilizem de seu poder decisório de maneira a prejudicar a sociedade livre e democrática. Ao elaborar uma decisão, os juízes, deverão utilizar da argumentação, podendo essa ser exclusivamente jurídica ou com auxílio de argumentos extrajurídicos, consequencialistas, como forma de legitimar e demonstrar como chegou à determinada conclusão.

A fundamentação das decisões judiciais, juntamente com a argumentação, mostra-se ainda mais importante quando analisamos casos onde existe conflito entre direitos fundamentais.

Em alguns desses casos, as normas jurídicas podem não apresentar soluções claras. Tornando necessária a utilização de outras técnicas interpretativas. Como também, abrindo a possibilidade de que o posicionamento do Poder Judiciário influencie determinada parcela da sociedade.

Nesse caminho, o respeito ao ônus argumentativo é valorado, uma vez que o intérprete, por não ter legitimidade democrática pelo voto, deverá demonstrar de maneira clara à criação do raciocínio que o levou a determinada conclusão.

Nesses casos, além da análise jurídica, muitas vezes se mostra indispensável à análise prática dos possíveis reflexos que o julgamento terá, pois, a depender da matéria, o julgamento poderá ter reflexos políticos, econômicos e sociais. Deixando de influenciar somente as partes

presente no processo e passando a influenciar determinada parcela da sociedade, que poderá sofrer com os impactos da decisão.

Assim, não poderia o interprete apenas se limitar a aplicar determinada lei, por analogia, ao caso em análise, sem antes considerar as consequências que sua conduta terá perante os envolvidos direta e indiretamente.

Todavia, a análise das consequências práticas não pode ser usada de maneira indiscriminada em qualquer julgamento, existindo limitações a sua utilização, sob pena de resultar em insegurança jurídica, pois, a depender da evolução da sociedade, os fatos que foram levados em consideração, de maneira subjetiva, poderão sofrer mudanças. Como também a alteração do entendimento normativo pode prejudicar o sistema jurídico vigente.

Por outro lado, essa técnica, se usada de maneira adequada, pode seguir pelo caminho oposto. Se apresentando como uma forma de fomento a segurança jurídica, pois, ao considerar os impactos sociais e econômicos, o caso específico pode beneficiar e assegurar, por um período de tempo mais prolongado, a imutabilidade do entendimento judicial.

Sendo assim, o presente artigo partirá da análise da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões judiciais, a fim de refletir sobre os possíveis limites do consequentialismo como forma de fundamentação das decisões judiciais.

O presente trabalho será realizado a partir da utilização do método indutivo e comparativo em suas vertentes bibliográfica, virtual e documental. Sendo realizado o escalonamento de premissas e análise crítica dos assuntos a serem tratados para tentar apresentar uma proposição para o problema estudado.

## **ARGUMENTAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS**

A argumentação faz parte do universo jurídico, servindo a todos os envolvidos no processo e sendo requisito essencial da decisão judicial (BAROSSO, 2017). A argumentação jurídica tem como objetivo tornar o raciocínio jurídico lógico, conciso e transparente, “aumentando a racionalidade do processo de aplicação do Direito e permitindo um maior controle da justificação das decisões judiciais” (BARROSO, 2017, p. 382).

O desenvolvimento da argumentação jurídica tem influência direta tanto na filosofia política, com debates acerca da legitimidade democrática do ativismo judicial. Como também no âmbito da filosofia moral, pois, cada dia mais as sociedades questionam a legitimidade das

autoridades que prolatam as decisões, mostrando-se imperiosa a fundamentação lógica e clara nas decisões judiciais (BARROSO, 2017). Em relação ao campo da filosofia moral, as consequências do ato praticado se apresentam como determinantes tanto para o julgamento, quanto para sua correção, pois o consequencialismo visa fomentar que os efeitos práticos produzam os melhores resultados (QUINTIERE, 2020).

A argumentação jurídica pode ocorrer em três campos jurídicos. O da produção das normas jurídicas, aplicação das normas jurídicas e o da dogmática jurídica (ATIENZA, 2003). Para o presente estudo, caberá analisar o campo da aplicação das normas jurídicas.

Dessa maneira, a argumentação jurídica nas decisões judiciais visa não só a fundamentação da aplicabilidade do direito ao caso debatido. Serve também como meio de se evitar o autoritarismo judicial, pois, a argumentação jurídica tem como uma de suas características a ligação com a lei vigente (ALEXY, 2001). As conclusões obtidas devem seguir as premissas estabelecidas, não pode ser utilizada a força ou coação psicológica para se alcançar um objetivo, não pode haver contradição, estando o debate aberto para todos (BARROSO, 2017).

Humberto Ávila (2003) destaca diversas formas de argumentação, as quais podem ser divididas em dois grandes grupos. Argumentos institucionais, os quais terão como ponto de referência o ordenamento jurídico, possuindo maior capacidade de objetivação. E os argumentos não institucionais, esses decorrem do apelo por justiça proveniente da própria interpretação. Dessa forma, a argumentação nasce como uma maneira de criar reforço nas decisões judiciais, por meio de convencimento e persuasão, de maneira a demonstrar todos os fatos e fundamentos, institucionais ou não, que estão por traz da conclusão obtida pelo interprete.

A argumentação jurídica dominante se volta para a interpretação do Direito, principalmente as propostas nos órgãos superiores (ATIENZA, 2003). Isso porque, a interpretação jurídica pode ser dividida entre os casos fáceis, os quais serão decididos por meio da aplicação da norma ao caso concreto. E os casos difíceis, os quais necessitarão de elementos que não estão presentes nos enunciados normativos, podendo resultar na utilização de valores morais e políticos como forma de complementar as decisões (BARROSO, 2017).

Acerca das normas, Alexy (2017) defende que existem duas espécies, as regras e os princípios. As regras são normas que prescrevem determinada consequência jurídica, ou seja, caracterizado o pressuposto estabelecido na regra, à consequência nela estipulada deverá ser

cumprida. Por outro lado, os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na máxima medida possível no caso em análise, diferente das normas, os princípios não possuem uma hipótese fática concreta.

Acontece que, em algumas situações, podem acontecer conflitos entre as regras ou colisões entre os princípios. Segundo Robert Alexy (2017), em casos assim, para solucionar o conflito entre as regras deve-se adicionar uma cláusula de exceção em uma das regras. Caso essa solução não seja possível, deverá uma das regras ser considerada inválida, sendo extirpada do ordenamento jurídico.

Por outro lado, nos casos de colisão entre princípios, um dos princípios colidentes terá que ceder, ou seja, deixará de incidir no caso em conflito, contudo, não perderá sua força normativa, permanecendo válido no ordenamento jurídico (ALEXY, 2017). “Um dos critérios para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação” (ALEXY, 2017, p. 87). Isso porque a ponderação é o meio adequado para solucionar as colisões entre princípios.

Em pensamento diverso, Humberto Ávila (2016) defende que apesar da rigidez das regras, em havendo um conflito, poderá ser realizado uma ponderação interna entre as regras em conflito e que não necessariamente uma das regras deve ser superada. Em todos esses casos, é com a fundamentação que será visualizada a hipótese concreta, como também a legitimidade da decisão de acordo com o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1998 prevê em seu artigo 93, IX o dever de fundamentação das decisões judiciais. Trata-se de garantia que objetiva evitar arroubos nas decisões judiciais, obrigando os órgãos do Poder Judiciário a expor seus motivos e fundamentações. No entanto, até o advento do Código de Processo Civil de 2015, essa exigência constitucional somente era cumprida de maneira formal, “sem a observância do conteúdo material, que deveria revestir uma fundamentação democrática” (KONDER, 2016, p. 40).

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, passou a prevê de maneira mais incisiva, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade, como explica Konder (2016, p. 41):

Afirma-se a nulidade da decisão que se socorrer dessas estruturas normativas “sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, que “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, ou que lidar com um conflito entre princípios sem “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Trata-se de dispositivo que objetiva a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais, para que essas não sejam fundamentadas em normas abertas, as quais podem ser adaptáveis a diversas situações. Constitui um grande avanço, uma vez que impõe regras rígidas na busca por decisões bem fundamentadas (ABBOUD, 2019).

Nessa perspectiva, importa destacar que quando o magistrado prolatar uma decisão terá que, por meio da argumentação e fundamentação, justificar suas razões de maneira explícita. Pontuando cada preceito à sua devida conclusão. “Nunca um juiz pode decidir arbitrariamente, sem suporte em fundamentos legais, ainda que se apoie em consideráveis razões de justiça” (PIRES, 2019, P.111). Dessa forma estipula o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, o qual determina que o juiz, em caso de colisão de normas, deve justificar os objetos e critérios da ponderação efetuada. Ou seja, ao magistrado resta o dever de fundamentar sua decisão de maneira clara e objetiva, demonstrando os objetos e critérios utilizados na análise do caso concreto.

Pode, ainda, acontecer desses conflitos, principalmente quando versarem sobre direitos fundamentais, refletir em grande parcela da sociedade, fazendo com que o magistrado, além de considerar os elementos jurídicos do caso, considere ainda os reflexos que sua decisão terá. Nessas situações o magistrado não irá apreciar os fatos e prolatar uma decisão fora dos ditames legais, somente passará a considerar determinadas peculiaridades do caso e os efeitos sociais e econômicos que sua sentença terá. Tudo dentro da abertura que a legislação oferece (PIROZI, 2008).

Em relação ao tema, a Lei 13.655/2018, alterou o Decreto-Lei 4.657/1942, acrescentou o art. 20, passando a estabelecer que nas esferas administrativas, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos sem considerar as consequências práticas da decisão.

Merece destaque o fato de que a redação do art. 20 da LINDB faz referência a valores jurídicos abstratos. Acerca do tema, Didier e Oliveira (2019, p. 146) destacam que “no sistema brasileiro, o juiz não decide com base em valores, mas com base em normas”.

Assim sendo, a expressão “valores abstratos” deverá ser utilizada para designar princípios abertos, amplos (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 145). Trata-se de dispositivo que objetiva a segurança jurídica e previsibilidade nas decisões. Dificultando o uso de princípios vagos como fundamento das decisões (DIDIER; OLIVEIRA, 2019, p. 145), fortalecendo a segurança jurídica do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse ambiente de colisões e ponderações, muitas vezes não será possível encontrar uma resposta unívoca para os impasses jurídicos. “A legitimação da decisão virá de sua capacidade de convencimento, da demonstração lógica de que ela é a que mais adequadamente realiza a vontade constitucional *in concreto*” (BAROSO, 2017, p. 389).

Os magistrados, como agentes não eleitos democraticamente pelo voto, devem utilizar a fundamentação nas suas decisões como forma de legitimá-las (ABBOUD, 2019). Para isso, muitas vezes o julgador se socorre de áreas extrajurídicas como forma de auxiliar suas fundamentações. Entretanto, as fundamentações extrajurídicas devem servir como instrumento de fortalecimento dos argumentos jurídicos, não superando ou deixando de observar os limites da legislação.

## **LIMITE A ANÁLISE CONSEQUENCIALISTA NAS DECISÕES JUDICIAIS**

O ativismo consequencialista é uma forma de alteração do marco positivo-normativo como alicerce da decisão judicial. Sendo feita a substituição por um discurso acerca da eficiência e busca pelo maior benefício (ABBOUD, 2019).

Importante distinção realizada por Pirozi (2008) quando defende que o ativismo consequencialista não pode ser caracterizado como uma forma de autoritarismo, uma vez que o juiz consequencialista “visa adequar as normas aos fins sociais e às exigências do bem comum, buscando uma sociedade mais livre, justa e solidária” (PIROZI, 2008, p. 23).

Em igual importância, merece destaque que o consequencialismo, que aqui será analisado, não tem relação com a visão utilitarista de Jeremy Bentham, a qual defende que dentre as opções em análise, deverá ser optada pela que contribua ao bem-estar da maioria (GARGARELLA, 2008), independente dos reflexos negativos que essa seleção possa ter perante terceiros.

Assim, o consequencialismo se diferencia do utilitarismo, pois o primeiro se preocupa em avaliar as consequências sem estabelecer, de maneira definitiva, quais serão essas consequências. Por outro lado, o utilitarismo concebe os resultados desejados como previamente conhecidos, de maneira que o resultado a ser alcançado e visto como correto seja aquele que trará maior satisfação ao maior número de pessoas (QUINTIERE, 2020).

O consequencialismo, nas decisões judiciais, é uma forma de argumentação. Trata-se do método o qual o magistrado, na interpretação do direito positivo, irá levar em consideração as consequências sociais e econômicas que poderão resultar da sua decisão (PIROZI, 2008).

Segundo Christopoulos (2015) o consequencialismo possui uma conceituação ampla, a qual está relacionada a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de determinada conduta, podendo a ação ser boa, ruim, justa, injusta, válida ou não a depender dos resultados que produz. Noutro lado está a conceituação estrita, essa relacionada exclusivamente as consequências que serão importantes no julgamento de determinada ação, trata-se de um consequencialismo específico.

Trata-se da utilização do que Humberto Ávila (2001) chama de argumentos não institucionais. Constituindo esses os argumentos que fazem apelos a elementos fora do ordenamento jurídico, sendo exclusivamente práticos e que dependerão de uma análise pelo juiz, sob pontos econômicos, políticos e/ou éticos (ÁVILA, 2001). O juiz consequencialista deve buscar adequar à norma jurídica aos fins sociais, buscando uma sociedade livre, justa e solidária (PIROZI, 2008).

No entanto, o ativismo consequencialista pode aparecer como forma de artifício argumentativo, de maneira a preterir os argumentos do direito positivo em função da valorização da argumentação extrajurídica, como explica Abboud (2019, p. 4):

A resposta privilegiada na atuação ativista-consequencialista não é a jurídica, aquela dada pelo direito vigente, mas sim aquela pretensamente apta a produzir as melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, sociais ou políticas. O ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete.

Se utilizado dessa maneira, o ativismo consequencialista se mostra como uma falha argumentativa. Uma vez que passa a ser utilizado como subterfúgio para fundamentar decisões que possam afrontar a legislação vigente ou beneficiar determinada parcela da sociedade em detrimento da Lei. Trata-se de uma consequência normativa contrária ao direito, pois ao ser realizada a interpretação do dispositivo normativo, o juiz tenderia a negar vigência ao dispositivo interpretado (ABBOUD, 2019).

Independentemente da existência de regras legais que apresentem solução concreta ao caso em análise, a não fundamentação jurídica se mostra como uma agressão ao artigo 93, IX da Constituição Federal (PIROZI, 2008), uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabelece a obrigatoriedade da fundamentação em todas as decisões judiciais.

Somado a isso, a fundamentação exclusivamente consequencialista, pode resultar em imprevisibilidade das decisões judiciais, trazendo insegurança jurídica (SILVA, 2020), já que a análise exclusivamente prática poderá variar de acordo com os critérios subjetivos considerados no momento da decisão ou também da evolução da sociedade, fazendo com que as interpretações judiciais necessitem serem revistas de tempos em tempos.

No mesmo sentido Ávila (2009, p. 120) pondera que pela “falta de referência a pontos de vistas objetivos ou objetiváveis, os argumentos não institucionais nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo”, se apresentando de maneira contraproducente, uma vez que poderá resultar em instabilidade jurídica.

Um exemplo dessa influência extrajurídica nas decisões judiciais pode ser vista na Análise Econômica do Direito, a qual defende que as avaliações das bases negociais podem ser analisadas pelo aspecto econômico e que as escolhas dos sujeitos econômicos são formalizadas a partir de um utilitarismo social global (PERLINGIERI, 2007). Sobre o tema, Paciornik, Netto e Fogaça (2021, p. 56) esclarecem:

A Análise Econômica do Direito (AED) é o ramo do conhecimento que emprega ferramentas teóricas e empíricas da economia, e de outras ciências com ela relacionadas, no campo do direito, a fim de auxiliar o operador do direito na interpretação e aplicação das normas jurídicas, tendo as consequências como alvo.

À vista disso, a análise econômica do Direito utiliza de ferramentas da Economia como forma de analisar os possíveis resultados das normas, desde a criação até a aplicação judicial (CAVALCANTI; CATÃO, 2017).

Sendo assim, passa-se a realizar uma análise pragmática da incidência da norma em análise com a realidade e contexto social (CAVALCANTI; CATÃO, 2017). Essa análise pragmática pretende avaliar a interpretação do texto normativo com a aplicação no caso específico de maneira a avaliar as consequenciais práticas ou resultados previsíveis (QUINTIERE, 2020).

Na busca pela eficiência, a Análise Econômica do Direito se mostra como fundamental na análise consequencialista no sentido de possibilitar a fundamentação das decisões judiciais (CAVALCANTI; CATÃO, 2017).

A análise econômica do direito serve como mecanismo à auxiliar os operadores do direito, de maneira que esses conseguiram analisar os riscos extrajurídicos presentes na criação ou utilização de determinada norma jurídica, criando a possibilidade de analisar o melhor

caminho para se chegar a determinada conclusão a partir da ideia de maiores benefícios com menores gastos e riscos (PACIORNIK; NETTO; FOGAÇA, 2021).

Todavia, em pensamento oposto Paulo Lobo (2014) defende que o Direito deve dialogar com outras fontes do saber. Contudo, não pode abrir mão da sua autonomia. Como forma de exemplificar essa situação, Lobo (2014, p. 26 - 27) critica a análise econômica do direito:

[...] em que princípios econômicos suplantam e submetem os princípios jurídicos, principalmente através do princípio que deu origem a essa corrente, que diz respeito à Teoria dos Custos Sociais, desenvolvida pelo economista anglo-americano Ronald Coase, sobre as “externalidades negativas”, inclusive das leis e decisões judiciais. Se há custos sociais na decisão que faz valer o princípio da dignidade humana, tem que prevalecer tal princípio jurídico, independentemente dos custos sociais.

Corroborando com esse pensamento, Aquino Jr (2017, P. 98) defende que a análise econômica do direito “apresenta uma visão limitadora do papel do direito, como se fosse mero acessório da resolução de conflitos contratuais econômicos entre particulares”.

O direito não pode abrir mão de sua autonomia, a análise a partir do ponto de vista de outras áreas do conhecimento pode agregar as decisões judiciais, entretanto, não podem ser utilizadas de maneira exclusiva, como leciona Aquino Jr. (2017, P. 99) “questões jurídicas devem ser resolvidas na perspectiva do direito, e não da economia, pois privilegiar a ótica do mercado pode levar a posições e decisões manifestamente contrárias aos princípios constitucionais”.

Por um lado, não se deve negar a utilidade da utilização de esquemas e critérios microeconômicos na análise das consequências de determinado ato. Por outro, devemos ter consciência de que na busca pela eficiência, a análise custo-benefício, sozinha, não consegue abarcar as complexidades jurídicas (PERLINGIERI, 2007).

Ao tratar sobre o tema Pinheiro e Saddi (2005, P. 108) esclarecem que a “teoria do Direito & Economia não advoga que essa deva ser o único, ou mesmo o principal, critério a ser aplicado, ainda que ele ajude a entender o custo econômico de se adotar outro critério”.

Dessa forma, no caso da análise econômica do direito, a sua utilização deve ser feita em conjunto aos argumentos jurídicos, somando a esses, fundamentações práticas como forma de fortalecer a argumentação jurídica e não de substituir essa. Se apresentando de maneira benéfica, pois, ao analisar os possíveis reflexos da decisão judicial, o magistrado ganha mais um instrumento de análise (CABRAL; MASCARENHAS, 2018).

Acerca da análise das consequências pelo juiz, Abboud (2019) defende que o magistrado deve realizar a análise dos casos práticos até como uma forma de manter a coerência e

integridade da jurisprudência. “Ainda que, por óbvio, o compromisso do juiz seja sempre com a decisão em maior conformidade com a Constituição, uma quebra na cadeia de sentidos impõe a ele um ônus argumentativo ainda maior” (ABBOUD, 2019, p. 2). Ou seja, a análise consequencialista não pode ser enxergada apenas como uma forma de transpassar a norma jurídica, pode também ser enxergada como uma análise a favor da estabilidade do sistema jurídico.

Por conseguinte, seria contraproducente eliminar o consequencialismo do ordenamento jurídico. As decisões judiciais têm consequências práticas, principalmente as que tratam acerca dos direitos fundamentais. Mesmo nos casos onde não se faça possível ou indiferente a mensuração das consequências das decisões judiciais, essa terá reflexos jurídicos e extrajurídicos, tornando inapropriada a exclusão total da análise consequencialista do processo de interpretação e aplicação normativa (SILVA, 2020).

Assim, imputar aos magistrados a abstenção da análise dos efeitos das suas decisões seria conceder exclusividade aos Poderes Executivo e Legislativo e limitar o Poder Judiciário a mero aplicador de “programas condicionais (regras) de conteúdo semântico prefixado no que se refere às opções interpretativas” (SCHUARTZ, 2008).

Nesse diapasão, a argumentação consequencialista, fundamentada na utilização de argumentos externos, deve ser utilizada de maneira cumulativa com os argumentos jurídicos, como uma forma de reforço (ÁVILA, 2009).

Isso porque, em uma democracia constitucional, a fundamentação com elementos externos não deve se sobrepor a norma jurídica. Sendo necessária às decisões judiciais a demonstração de que essa não fere as regras válidas e que é fundamentada nos princípios positivados (CHRISTOPOULOS, 2015).

Ao tratar sobre o tema Cabral e Mascarenhas (2018, P. 81) afirmam que “uma decisão jurídica deve se guiar fundamentalmente pelo direito. Uma racionalidade extrajurídica (como a racionalidade econômica) somente pode ser incorporada se não conflitar com o que prescreve o direito”.

O Judiciário deve dialogar com os demais Poderes e com a sociedade acerca das consequências práticas das decisões. Não pode o Judiciário se utilizar dessa forma argumentativa para decidir de maneira conveniente ou oportuna. Segundo Maceno Silva (2020, p.7):

Desse modo, percebe-se que não é vedado ao magistrado utilizar argumentos consequencialista para fundamentar a aplicação da modulação de efeitos, mas esses argumentos apenas podem ser utilizados de modo cumulativo ou como reforço dos princípios constitucionais envolvidos, de modo a maximizar os valores em questão.

Todavia, deve ser objetivo quanto à norma jurídica como principal parâmetro de julgamento (SILVA, 2020). Sendo assim, juízes e tribunais não devem se valer de argumentações exclusivamente consequencialista em suas decisões.

A análise das consequências práticas a partir da influência de outros ramos da ciência se apresenta como uma possibilidade viável e engrandecedora na fundamentação das decisões judiciais. Entretanto a utilização dessa técnica argumentativa necessita observar em primeiro plano as normas jurídicas, e somente utilizar, quando viável, a argumentação consequencialista como uma forma de fortalecer os fundamentos da decisão.

## **CONCLUSÃO**

A argumentação jurídica se mostra indispensável a todos os envolvidos no processo judicial. Servindo tanto como forma de demonstração dos fatos e argumentos que iniciaram determinado litígio, como também para exposição dos motivos e fundamentos que serviram como alicerce de determinada decisão judicial.

A fundamentação, como requisito constitucional de uma decisão judicial, tem o papel de legitimar as decisões judiciais, principalmente nos casos difíceis, os quais sua resolução não está presente nos enunciados normativos, passando a necessitar da utilização de princípios jurídicos, aspectos econômicos e sociais como forma de verificar as possibilidades do caso em análise e fundamentar as decisões.

Assim, quando os magistrados se deparam com casos difíceis, principalmente os casos que envolvem direitos fundamentais, abre-se a possibilidade da utilização de argumentos extrajurídicos, uma vez que a norma jurídica não prevê a possibilidade de resolução daquele caso concreto.

No entanto a utilização de argumentos extrajurídicos como forma de fundamentação das decisões judiciais pode se mostrar um artifício perigoso em um Estado Democrático Constitucional.

Isso porque a imprevisibilidade e facilidade em manipulação desse tipo de argumento pode fazer com que o processo judicial se torne inesperado e inseguro para toda sociedade.

Isso porque as consequências subjetivas utilizadas como fundamentos das decisões somadas a célere evolução da sociedade, a qual abre o caminho para as consequências práticas variarem de maneira muito célere, torna necessária a reavaliação constante de determinadas decisões.

Também se apresenta o risco de insegurança jurídica no sentido de manipulação de decisões para atender determinada parcela da sociedade, sob o argumento de que os benefícios econômicos serão maiores do que determinada restrição a direito fundamental.

Por outro lado, desconsiderar a fundamentação consequencialista também não se mostra a melhor opção. Pois a análise conjunta, jurídica e extrajurídica, do caso prático poderá se apresentar como benéfica, uma vez que o interprete terá uma visão ampla das consequenciais, sejam grandes ou pequenas, práticas que a decisão judicial terá.

Assim, a observação das consequências práticas dos possíveis reflexos, presentes ou futuros, de determinada decisão se apresenta como importante instrumento de fundamentação das decisões judiciais, uma vez que apresenta o aspecto social, presente e futuro, como também analisa as possíveis influências que a decisão terá na sociedade.

Nesse sentido, apresenta-se como melhor opção a escolha do meio termo, ou seja, a utilização dos argumentos consequencialistas como forma de fundamentar e auxiliar os argumentos institucionais.

Dessa forma, o intérprete deve sempre se utilizar dos argumentos jurídicos como principal expoente da sua decisão, sem deixar de lado as utilidades e benefícios trazidos pelos argumentos consequencialistas.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Consequencialismo Jurídico: O lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista.** v. 1009. Revista dos Tribunais, 2019.

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

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ªed. 5ª Triagem. São Paulo. Editora Malheiros, 2017.

AQUINO JR, Geraldo Frazão de. **Insuficiência da Teoria Econômica do Contrato Como Instrumento Para Delimitação do Conteúdo da Boa-Fé Objetiva.** In: LOBO, Fabíola Albuquerque; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Boa-fé e sua aplicação no Direito brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da argumentação jurídica.** Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3 ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A Modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: Ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (LGL/1999/168).** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico.** Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 19, Março/2001. p. 169. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/71526>>. Acesso em: 01 Jul. 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 17ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 6.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Mário André Machado; MASCARENHAS, Fábio Sampaio. **Meio Ambiente, Constituição e Direito Econômico: Argumentos econômicos versus proteção animal.** Revista Brasileira de Direito Animal. v. 13. n. 03. Salvador, 2018.

CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo; CATÃO, Adualdo de Lima. **(Auto) Regulação do Mercado, Direito Concorrencial e Análise Econômica do Direito: É possível uma concorrência Perfeita?** Direito e Desenvolvimento. v. 8. n. 1. João Pessoa, 2017.

CHRISTOPOULOS, Basile Georges Campos. **Argumento Consequencialista no Direito.** Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. v. 6. n. 3. Constitucionalização dos direitos no Brasil. 2015.

DIDIER, Fredie Souza. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Dever Judicial de Considerar as Consequências práticas da Decisão:** Interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça Depois de Rawls:** Um breve manual de filosofia política. Trad. Alonsu Reis Freire. Revisão da Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

KONDER, Carlos Nelson. **O Impacto do Novo CPC no Direito Contratual:** A exigência de fundamentação das decisões e a aplicação do princípio da boa-fé. In: EHRHARDT JR., Marcos (Coord.). *Impactos do novo CPC e do EDP no Direito Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LOBO, Paulo. **Metodologia do Direito Civil Constitucional.** In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; EHRHARDT JUNIOR, Marcos. *Direito Civil Constitucional – A ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

PACIORNIK, Joel Ilan; NETTO, José Laurindo de Souza; FOGAÇA, Anderson Ricardo. **Desjudicialização do Direito à Saúde à Luz da Análise Econômica do Direito.** In: FUX, Luiz; Ávila, Henrique; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro. Renovar, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PIRES, Teresinha Inês Teles. **Teorias da Argumentação Jurídica e a Prática Discursiva do Supremo Tribunal Federal:** Metodologias analíticas e estudos de caso. *Revista direitos fundamentais e democracia*. v. 24. n. 2. Curitiba, 2019.

PIROZI, Maurício José Machado. **Consequencialismo Judicial** – Uma realidade ante o impacto socioeconômico das sentenças. Nº 187. Belo Horizonte: Revista Jurisprudência Mineira, 2008.

QUINTIERE, Víctor Minervino. **Ativismo Jurídico Puramente Consequencialista na Jurisdição Constitucional Penal Brasileira a Partir de Estudos de Casos na Jurisprudência do STF.** *Dom Helder Revista de Direito*. v. 3. n. 6. 2020.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Maladragem.** *Revista de Direito Administrativo*. v. 248. Rio de Janeiro: Atlas, 2008. p. 141. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881> >. Acesso em: 15 Jul. 2021.

SILVA, Maceno Lisboa da. **O Pragmatismo ou Consequencialismo Econômico e a Modulação Temporal de Efeitos das Decisões Judiciais do STF em Matéria Tributária.** v. 24. Revista dos Tribunais, 2020.