

Transformações do direito público: uma leitura crítica do art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do consequencialismo jurídico no Brasil

Public law transformations: a critical reading of art. 20 of the Law of Introduction to the rules of Brazilian Law and the legal consequentialism in Brazil

Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves¹

Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) – Brasil

Sumário: 1. Introdução; 2. Consequencialismo jurídico: notas para uma (pré)compreensão do objeto de estudo; 3. Crítica teórica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: a questão da discricionariedade nas decisões consequencialistas; 4. Crítica metodológica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: problemas na aplicação da estrutura formal da decisão consequencialista; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: Este estudo insere-se nos campos da hermenêutica jurídica contemporânea e da teoria jurídica e visa identificar as fragilidades de uma aplicação irrefletida do consequencialismo jurídico no direito público brasileiro, a partir de uma leitura crítica da arte. 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Para atingir o objetivo proposto, partimos da definição do objeto de estudo para, em seguida, expor dois tipos de críticas opostas ao consequencialismo jurídico. A investigação foi realizada por meio de pesquisa bibliográfica, tendo chegado à conclusão de que o consequencialismo jurídico tem complicações e algumas questões podem ser levantadas para nortear estudos futuros sobre a referida temática no contexto de transformações do direito público no Brasil.

Palavras-chave: Hermenêutica jurídica contemporânea; Teoria do direito; Transformações do direito público; consequencialismo jurídico.

Abstract: This study is part of the fields of contemporary legal hermeneutics and legal theory and aims to identify the weaknesses of an unreflective application of legal consequentialism in Brazilian public law, based on a critical reading of art. 20, of the Law of Introduction to the norms of Brazilian Law. To achieve the proposed objective, we start from the definition of the object of study, and then we expose two types of criticisms opposed to legal consequentialism. The investigation was carried out through bibliographical research, and it was concluded that legal consequentialism brings complications and some questions can be raised to guide future studies on the theme of legal consequentialism in the context of public law transformations in Brazil.

Key-words: Contemporary legal hermeneutics; Legal Theory; Transformations of Public Law; Legal Consequentialism.

¹ Doutorando em Direito pelo IDP. Mestre em Direito da Regulação (FGV Direito Rio). Procurador do Estado na Procuradoria Geral do Estado do Piauí. Endereço para correspondência: Rua Honório Parente, 675, aptº 501, Teresina-PI, CEP 64.048-360. Telefone: 86 999813959. *Email:* lgribeirogoncalves@gmail.com

1. Introdução

Atualmente, há no direito público brasileiro uma tendência ao pragmatismo como alternativa para corrigir as patologias decorrentes dos excessos da constitucionalização e do uso de princípios jurídicos, promovendo mais segurança jurídica em processos decisórios nas esferas administrativa, controladora e judicial². O exemplo mais citado para ilustrar as inclinações pragmáticas do direito público no Brasil é o art. 20, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), também conhecida como LINDB.

O art. 20, da LINDB, dispõe 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. De acordo com Marques Neto e Veras (2019), como norma de aplicação reflexa, de interpretação, para ser utilizada pelo intérprete para bem aplicar outras normas, a razão do dispositivo é "interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder das instituições" (p. 21).

Todavia, a clareza do texto legal é paradoxalmente enganosa: o que, sob a perspectiva do direito, pode ser compreendido por "considerar as consequências práticas da decisão" em decisões jurídicas tomadas com base em valores jurídicos abstratos? Quais são os problemas que a aplicação desse tipo de "consideração" pode enfrentar no campo do Direito?

Por esse motivo, Gabardo e Souza (2020) parecem ter razão ao sustentarem que a nova redação da LINDB possui um elevado nível de imprecisão, destacando que, além da referência às consequências práticas no art. 20, há a menção às "consequências jurídicas e administrativas" no art. 21, sem o esclarecimento sobre o que se quer dizer com isso. Para eles, "aglutinada esta variável hermenêutica aos mais de vinte outros conceitos jurídicos indeterminados da lei, o resultado possível ganha um nível de abstração e indeterminação paradoxalmente oposto à ideia de concretude e segurança tão cara aos pragmatistas" (p. 117).

Nesse ponto de vista, portanto, o presente trabalho pode ser lido como um *exercício hermenêutico*, no qual, a partir da leitura crítica do art. 20, da LINDB, procura-se identificar as fragilidades da sua aplicação irrefletida, bem como do consequencialismo jurídico no direito público brasileiro.

O argumento desenvolvido ao longo do texto é o de que o recurso à justificação de decisões por suas consequências práticas apresenta desafios teórico-metodológicos que justificam a investigação para compreender o consequencialismo jurídico, a sua validade sob o prisma jurídico e os problemas para a sua aplicação como método na tomada de decisões no campo do direito. Nesta perspectiva, acredita-se que o consequencialismo jurídico apresenta potencial para incremento da insegurança jurídica ao invés de ser uma "solução" para o citado problema³.

Para realizar o objetivo proposto para o estudo, o presente texto é estruturado em cinco seções, sendo a primeira introdutória.

A segunda seção é dedicada à definição do objeto do estudo, a fim de se estabelecer uma (pré)compreensão do que pode ser entendido como consequencialismo jurídico. Na terceira seção serão expostos os problemas envolvendo o consequencialismo no direito na perspectiva crítica de Streck (2010), o que leva a uma objeção teórica à sua aplicação. Na quarta seção, serão apresentados os problemas metodológicos relacionados à decisão jurídica consequencialista a partir da compreensão e análise da sua estrutura.

Por fim, na última seção do artigo, serão realizadas as considerações finais.

² MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, Fórum, Belo Horizonte, 2019.

³ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

2. Consequencialismo jurídico: notas para uma (pré)compreensão do objeto de estudo

O uso de considerações consequencialistas no Direito parece ser inevitável⁴ e o recurso a este tipo de considerações é uma característica onipresente de argumentação judicial com o objetivo de afastar consequências inaceitáveis nas decisões tomadas no Direito⁵.

Teorias morais se dividem em dois tipos: consequencialistas/teleológicas e não-consequencialistas/não teleológicas. Para teorias consequencialistas, a relação entre valores e agentes é instrumental, com objetivo de promover um valor. Teorias não-consequencialistas não tem o objetivo de promover valor na aplicação da norma: a questão, para o decisor, é "manter as mãos limpas"⁶.

Todavia, importa aqui distinguir o consequencialismo aplicado "às decisões legais, isto é, decisões judiciais"⁷ e o consequencialismo decorrentes teorias particulares de valor, como pragmatismo, utilitarismo ou análise econômica do direito⁸. O que interessa ao presente estudo é a discussão sobre o consequencialismo jurídico e não discussões morais que caracterizam um consequencialismo vulgar sob a perspectiva do direito⁹.

Para Schuartz¹⁰, consequencialismo jurídico pode ser compreendido como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar a adequação jurídica de uma *decisão judicante* à valoração das suas consequências. Assim, numa decisão judicial ou administrativa de natureza consequencialista, uma consequência (*c*) é o efeito prático de uma medida (*m*), que é comparada com uma consequência (*c'*) decorrente de uma medida (*m'*). A medida juridicamente adequada é aquela cuja consequência mais se adequa ao critério normativo utilizado para ordenação das consequências.

O consequencialismo jurídico pode ser compreendido numa maneira ampla: consequencialismo forte e consequencialismo fraco, conforme o nível de relevância de critérios extrajurídicos para a formulação do juízo consequencialista. Segundo a tipologia proposta por Schuartz, no consequencialismo forte a valoração entre consequências indica que não há alternativa preferível a uma medida considerada a juridicamente mais adequada. De outro lado, no consequencialismo fraco, a valoração das consequências é apenas um dos elementos constitutivos da fundamentação das decisões, inseridos e contemplados nos processos decisórios com peso no máximo igual ao peso dos argumentos não-consequencialistas.

Decisões consequencialistas abrem um dever de prestação de contas do decisor segundo critérios científicos (extrajurídicos) de adequação: trata-se de um dever existente na dimensão positiva/descritiva da decisão consequencialista possui. Isto ocorre porque na primeira dimensão decisória, em que o decisor estabelece um conjunto de medidas alternativas entre si e suas consequências prováveis, as prognoses são realizadas com fundamento em conhecimentos científicos.

Na segunda dimensão da decisão consequencialista, de natureza normativa, há a ordenação do conjunto de consequências de acordo com o critério valorativo definido, exigindo-se nesta etapa consistência interna dos critérios de ordenação de

⁴ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Idem*.

⁵ MACCORMICK, N. "On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, v. 58, p. 239-258, 1983.

⁶ PETTIT, P. *A Companion to Ethics*, Oxford, Cambridge, 1991, pp. 230-240.

⁷ MACCORMICK, N. *Ob. cit.*, pp. 246-254.

⁸ PETTIT, P. *Idem*.

⁹ STRECK, L.L. "Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus", *REI - Revista Estudos Institucionais*, v.6, n.3, pp. 924-934, dez. 2020, disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>, acesso em: 08 jan. 2022. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569>.

¹⁰SCHUARTZ, L.F. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem", *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, pp. 130-158, 2008.

consequências e respectivas medidas e compatibilização com normas aceitas por integrantes de uma comunidade jurídica particular.

3. Crítica teórica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: a questão da discricionariedade nas decisões consequencialistas

A discussão sobre o uso do consequencialismo jurídico como estratégia para superar as patologias decorrentes dos excessos da constitucionalização e do uso de princípios jurídicos pode ser compreendida a partir da crítica de Streck (2010) sobre como as teorias jurídicas (pos)positivistas foram recepcionadas no Brasil. Esse ponto de partida para o debate tem relação com o contexto e os motivos da positividade do art. 20, da LINDB, no ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 20, da LINDB, representa um esforço para corrigir problemas decorrentes da "tendência à proliferação de normas superiores dotadas de elevado grau de abstração e generalidade"¹¹, o que leva à ampliação da quantidade de soluções que podem inclusive ser contraditórias entre si. Dirige-se, portanto, à aplicação do Direito por autoridade competente e "não impede que a decisão seja fundada em valores abstratos, mas exige um processo de sua concretização em vista das circunstâncias verificadas no mundo dos fatos"¹².

Para Marques Neto e Freitas, a decisão fundamenta em valores jurídicos abstratos "não pode servir como uma cláusula mágica, transcendente". Pensar o contrário seria autorizar um "argumento de autoridade hermenêutica, sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos dessa decisão"¹³. Nessa perspectiva, os autores consideram que o dispositivo obriga que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas, de forma a tornar a aplicação do princípio controlável quando não for acompanhada da análise das suas consequências¹⁴.

Portanto, a aplicação do direito pela autoridade competente segundo o comando normativo do art. 20, da LINDB, pode ser relacionada com a recurso aos princípios e, por conseguinte, ao postulado da proporcionalidade, vez que eles exigem uma avaliação prévia quanto aos efeitos práticos da decisão nas três etapas do processo aplicativo do referido postulado: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁵. A exigência de consideração de consequências na aplicação de princípios e da proporcionalidade, nos termos do art. 20, da LINDB, pode ser considerada um obstáculo a decisões "intuitivas", produzidas de modo "espontâneo e aleatório", por meio de "expediente retórico", "fundada[s] em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo"¹⁶.

No entanto, numa outra perspectiva, a exigência de considerações sobre as consequências práticas da decisão jurídica fundada em valores abstratos, nos termos do art. 20, da LINDB, não seria suficiente para afastar o subjetivismo do decisor na aplicação de normas, adequando-se a referida decisão aos cânones do Estado Democrático de Direito. A razão para isso pode ser extraída do pensamento de Streck¹⁷ sobre o (pos)positivismo no Brasil e, nessa esteira, na objeção que o autor dirige à concepção de Alexy sobre os princípios e sua aplicação proporcional no Direito.

Streck considera que os (pos)positivistas, inclusive os brasileiros, não compreenderam a superação do velho positivismo exegético pelo positivismo normativo pós-kelseniano e as diferenças entre estes dois tipos de positivismo. Segundo ele, enquanto o velho positivismo exegético centra os esforços unicamente na interpretação

¹¹JUSTEN FILHO, M. "Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas", *Revista de Direito Administrativo* pp. 13-41, 2018, p. 17.

¹² JUSTEN FILHO, M. *Ob. Cit.*, p. 25.

¹³ MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Ob. cit.*, p. 32.

¹⁴ MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.S.F. *Idem*.

¹⁵ JUSTEN FILHO, M. *Ob. cit.*, p. 30.

¹⁶ JUSTEN FILHO, M. *Ob. cit.*, p. 26-28.

¹⁷ STRECK, L.L.; CALEGARI, A. & ROCHA, L.S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Unisinos, São Leopoldo, 2010, pp. 163-185.

do texto da lei para sintaticamente descobrir o seu significado, não diferenciando texto e norma (e interpretação e aplicação), o positivismo normativo pós-kelseniano distingue texto legal e norma no nível semântico, separando também a interpretação como esforço epistêmico (interpretação-descrição) e interpretação como ato de vontade (interpretação-aplicação).

No positivismo kelseniano, a interpretação como esforço epistêmico cabe ao cientista do Direito, que trabalharia com "pureza metódica" e rigor lógico, enquanto a interpretação como ato de vontade é tarefa do aplicador do direito, que a cumpre sem a dita pureza e com uma fatal discricionariedade, que, por sua vez, deve ser controlada pelos critérios lógicos desenvolvidos pela teoria do direito.

Para Streck, a má compreensão que os (pos)positivistas tem entre os níveis epistêmico e aplicativo, conforme descoberto por Kelsen, os leva a identificar o positivismo pós-kelseniano com o velho exegetismo, considerando as ditas teorias neoconstitucionalistas como uma forma de superação de um exegetismo que já há muito havia sido superado pelo positivismo pós-kelseniano. O argumento é, então, trabalhado com a crítica dirigida especificamente à Alexy:

"No campo jurídico, "maior avanço" parece – e apenas parece – ter sido dado por Alexy, que de algum modo pretende conciliar o método analítico da jurisprudência dos conceitos com o axiologismo da jurisprudência dos valores. Com efeito, procurando racionalizar o uso da moral corretiva (p. ex., através da jurisprudência dos valores, que ele buscou "controlar" racionalmente), Alexy contenta-se em dizer, em um primeiro momento, que os casos simples se resolvem por subsunção, o que quer dizer que ele acredita na suficiência ôntica da lei naqueles casos em que haja clareza no enunciado legal e na rede conceitual que o compõem. Ou seja, Alexy, em parte, continua apostando no exegetismo, ao menos para a resolução dos casos no âmbito das regras. Para além dessa "suficiência ôntico-exegética", quando estiver em face de um caso difícil, apela para outro nível da semiótica: a pragmática. Mas a palavra final será do sujeito e sua subjetividade. A ponderação alexyana, feita para resolver o problema de colisão de princípios, dependerá, ao fim e ao cabo, da discricionariedade."¹⁸

Portanto, Streck sustenta que os (pos)positivistas, como Alexy, não o são verdadeiramente pós-positivistas, pois caem e até mesmo jogam as suas fichas na fatalidade kelseniana da discricionariedade do interprete-aplicador¹⁹, enquanto deveriam elegê-la como o verdadeiro adversário a ser combatido. Streck põe o seu argumento em evidência ao citar dois casos de decisão em que, segundo ele, o interprete-aplicador se mostra formalista ou consequencialista conforme a conveniência do caso concreto²⁰.

O primeiro exemplo é o caso de um juiz federal que autorizou um ainda candidato no exame da OAB exercer a profissão de advogado, mesmo sem ter finalizado o exame, que teve a segunda fase adiada em função da pandemia do novo coronavírus. Streck cogita que houve uma relativização de requisitos previstos em lei, baseado "talvez num consequencialismo jurídico". O segundo exemplo trata do caso de um juiz que indeferiu pedido para suspender cultos de Silas Malafaia em razão do coronavírus porque "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e não havia "decreto do Executivo ou lei do Legislativo afastando (...) o direito à participação em cultos religiosos"²¹.

Tais exemplos demonstrariam que o consequencialismo jurídico e o comando do art. 20, da LINDB, seriam teoricamente incompatíveis com os seus propósitos de melhorar a segurança jurídica de um Estado Democrático de Direito, pois a questão da discricionariedade do intérprete-aplicador não seria por eles resolvida. A exigência de fundamentação jurídica consequencialista não afastaria a raiz do problema, que é, na

¹⁸ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, 2010, p. 169.

¹⁹ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, 2010, p. 172.

²⁰ STRECK, L.L. *Idem*.

²¹ STRECK, L.L. *Ob. Cit.*, p. 931.

verdade, a ausência de uma “uma adequada compreensão ou mesmo recepção de uma adequada teoria dos princípios, que exigisse um ajuste institucional por parte do intérprete que invoca um padrão principiológico”²².

4. Crítica metodológica ao art. 20, da LINDB, e ao consequencialismo jurídico: problemas na aplicação da estrutura formal da decisão consequencialista

Outro tipo de crítica que pode ser realizada ao art. 20, da LINDB, e à adoção de decisões jurídicas consequencialistas não leva em conta as objeções formuladas por Streck em relação à recepção da teoria dos princípios e da proporcionalidade no Brasil. Caso seja superada a objeção à teoria dos princípios de matriz alexyana, as críticas ao uso do consequencialismo exigido no art. 20, da LINDB, podem ser endereçadas à aplicação da estrutura formal da decisão jurídica justificada por suas consequências que foi descrita na seção 1 do artigo.

A crítica ao uso do consequencialismo no direito dirigida à estrutura do raciocínio consequencialista aponta os problemas epistêmicos e normativos existentes na sua aplicação, com o objetivo de desenvolver metodologias de decisão orientadas pela valoração de efeitos capazes de aumentar os níveis de racionalidade dentro ou fora do direito²³. Os problemas epistêmicos da decisão consequencialista existentes na dimensão positiva envolvem o controle de prognoses realizadas e a determinação da extensão da cadeia de consequências da decisão. Por sua vez, na dimensão normativa, são apontados como problemas a definição de critérios de valoração para ordenar as consequências, a estabilização do sentido de critérios vagos de valoração e os conflitos entre critérios de valoração que podem apontar para resultados distintos.

a. Primeiro problema da dimensão positiva da decisão consequencialista: a limitada capacidade humana de predição dos efeitos futuros das decisões jurídicas

O primeiro problema da dimensão positiva refere-se à limitada capacidade humana de predição dos efeitos futuros das decisões jurídicas. Quanto mais distante é o horizonte temporal, menor é a probabilidade dos efeitos previstos se concretizarem e, por essa razão, menor é a pressão exercida por argumentos consequencialistas no processo decisório²⁴. Em outras palavras, a menor probabilidade e maior a incerteza da ocorrência futura de um efeito prático retira da decisão consequencialista a sua força argumentativa.

São vários os exemplos que podem ser citados para ilustrar como a limitação da capacidade preditiva dos efeitos concretos de decisões jurídicas implica na relativização da força destas, ainda que a tentativa de antecipação dos citados efeitos seja realizada com base em critérios científicos. Um tipo de decisão jurídica consequencialista comum nos dias atuais que pode ser utilizada para exemplificação é a prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004.

O art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004, dispõe que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em *estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada*.

O estudo técnico ao qual se refere o dispositivo acima é conhecido como *Public Sector Comparator* (PSC). Trata-se de instrumento utilizado para realização do cálculo de custo-benefício para fundamentar, no contexto das inclinações pragmáticas do direito

²² STRECK, L.L. *Ob. cit.*, p. 932.

²³ PINHEIRO, A.C.; PORTO, A.J.M.; & SAMPAIO, P.R.P. *Direito e economia: diálogos*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019, p. 94.

²⁴ MACCORMICK, N. *Idem*.

administrativo brasileiro, a escolha consequencialista entre a contratação de Parcerias Público-Privadas para a prestação de serviços públicos e obras públicas ou a realização destes por meio contratações administrativas no formato tradicional. O referido instrumento técnico é largamente utilizado para avaliação comparativa dos ganhos de eficiência de PPPs e Concessões em detrimento de formas tradicionais de contratação administrativa, seguindo prática internacional, por exemplo, Austrália, Canadá, Portugal, Irlanda, África do Sul, Holanda, Reino Unido e EUA.

Apesar da extensa utilização no Brasil e em abrangência internacional, o PSC é objeto de críticas²⁵. Uma dessas críticas pode ser resumida no argumento de que o PSC é um cálculo teórico, incluindo previsões de longo prazo e, portanto, altamente vulnerável a erros²⁶. Nesse quadro, o *Public Sector Comparator* possui problemas que impactam a confiabilidade da previsão das consequências fáticas na dimensão positiva da decisão jurídico-administrativa que opta pela contratação de uma concessão (parceria público-privada). Argumenta-se que normalmente há pouca informação disponível na própria administração sobre os resultados das formas tradicionais de contratação para a prestação de serviços públicos e, por outro lado, existe uma dificuldade de estimativa de possíveis e prováveis ganhos de eficiência nas parcerias público-privadas.

²⁵De acordo com Cohen, Santana e Rios: "para a formatação e execução das políticas públicas a que se pretendem, os gestores públicos dispõem, ao menos em tese, de algumas alternativas de execução de obras ou prestação de serviços: por exemplo, a execução direta pela Administração Pública, a contratação através de procedimento licitatório comum, regido pela Lei nº 8.666/1993, a celebração de contrato de concessão ou parceria público-privada ou, ainda, uma combinação entre dois ou mais modelos. O processo decisório da Administração quanto ao formato de viabilização dos projetos, assim, é complexo e demanda o sopesamento entre benefícios e desafios de cada alternativa para se encontrar aquela mais adequada para alcançar os fins a que se destina a atividade administrativa, além de assegurar a eficiência na aplicação dos recursos públicos. O referido processo decisório da Administração Pública foi contemplado expressamente pelo legislador no art. 10 da Lei nº 11.079/2004, demandando do gestor que, antes da constituição de parcerias público-privadas, elabore estudo técnico que demonstre "a conveniência e a oportunidade da contratação". De forma semelhante, o art. 5º da Lei nº 8.987/1995 prescreve que deverá o Concedente publicar ato, previamente ao edital de licitação, "justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão". (...) Sobre esse tema, contudo, pairam mais dúvidas que certezas, uma vez que não há elementos objetivos de comparação que possam ser previamente definidos para que a Administração Pública sopesar ganhos e perdas entre modelos contratuais tão distintos e, sobretudo, para que os Tribunais de Contas avaliem, no âmbito de sua competência, se a escolha tomada pelo gestor público atendeu aos parâmetros de legalidade e economicidade que norteiam a atividade de controle. É excelente que a Administração Pública se valha de processo fundamentado de escolha para a viabilização de um projeto ou a disponibilização de determinado serviço público à população. Mas como concretizar este procedimento, estabelecendo critérios para embasar a decisão do gestor público? A primeira problemática decorrente da imposição legal de análise de Value for Money prévia à celebração de parcerias público-privadas deriva da inexistência de metodologias capazes de conferir clareza e previsibilidade ao mecanismo de escolha. Esta abordagem a ser realizada deve guardar caráter quantitativo, precificando gastos e benefícios em cada modelagem contratual, ou caráter qualitativo, valorando de forma mais subjetiva as perdas e ganhos de cada estrutura? E mais: se não há critérios bem delimitados para que o gestor público decida, como pode pretender o controlador aferir a licitude ou ilicitude da conduta, considerando que a atividade de controle encerra juízo de conformidade em face de regras previamente estatuídas? Os conceitos de "conveniência e oportunidade", no direito brasileiro, são intrinsecamente associados ao mérito administrativo, ao juízo discricionário do gestor e que, como tal, não pode ser simplesmente substituído pelo juízo do controlador. São problemáticas que, infelizmente, a prática nacional ainda não foi capaz de superar". In: COHEN, I; SANTANA, L.D. & RIOS, J.L.C. "A análise de value for money em projetos de parceria: qual o melhor momento?", *JOTA Info*, São Paulo, publicado em: 18 dez. 2020, Coluna Infra, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/a-analise-de-value-for-money-em-projetos-de-parceria-qual-o-melhor-momento-18122020>, acesso em: 10 jun. 2021.

²⁶ CRUZ, C.O. & MARQUES R.C. *Public Sector Comparator*, Springer, Berlin, disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-642-36910-0_2, acesso em: 03 mar. 2022.

No Reino Unido, são identificadas críticas que podem ser relacionadas ao problema tratado neste tópico, isto é, em relação à limitada capacidade de predição dos efeitos futuros da decisão que autoriza a contratação de uma parceria público-privada ou tornam a previsão falha. A limitação da capacidade preditiva de efeitos no PSC é representada pela imprecisão, por riscos omitidos no estudo, pela falta de consenso em relação à taxa de desconto aplicada e pela manipulação de dados²⁷.

De acordo com Leigland, mesmo em países industrializados, há poucos dados para estimar uma base de custos, de modo que é quase impossível calcular com alguma precisão quanto um projeto irá custar ao longo de 20-30 anos. Além disso, os riscos previsíveis para um projeto com o referido horizonte temporal, especialmente em países em desenvolvimento são difíceis de estimar, como renegociações contratuais ou mesmo rescisão do contrato. Por fim, há uma falta de consenso em relação à taxa de desconto de valores futuros para comparação de alternativas contratuais em valor presente, o que pode levar à manipulação de dados e, por conseguinte, a julgamentos subjetivos em decisões que autorizam a contratação de parcerias público-privadas em detrimento de outras formas de organização do serviço prestado pelo poder público²⁸.

Diante disso, parece ser correto o argumento de Pargendler e Salama, no qual sustentam que "a cientificização da produção jurídica (sobretudo no que tange ao exame dos efeitos concretos das regras jurídicas) encontra limites muito claros, por conta [da] (...) incerteza radical sobre o funcionamento do mundo (no que se incluem as consequências concretas de diferentes normas jurídicas)"²⁹. Assim, os autores observam que é ilegítima a "utilização do cientificismo e consequencialismo extremados como forma de organização jurídica e social"³⁰, de modo que sempre haverá a necessidade de uma ponderação não científica no direito, do mesmo modo como ocorre também na doutrina econômica.

b. Segundo problema da dimensão positiva da decisão consequencialista: a determinação de um limite à cadeia de consequências

O segundo obstáculo epistêmico à consistência de decisões consequencialistas é o problema da determinação de um limite à cadeia de consequências práticas de decisões jurídicas. Decisões jurídicas geram consequências práticas que, por sua vez, geram novas consequências e assim sucessivamente. Nesse sentido, até quando as consequências poderiam ser consideradas pelo decisor para sustentar a medida jurídica objeto da sua decisão?

O argumento do primeiro problema da dimensão positiva também vale aqui, porque, quanto mais distante do tempo presente for a consequência (isto é, quanto menos imediata ela for), mais difícil será predizê-la e relacioná-la causalmente à decisão jurídica, até mesmo porque é geometricamente regressiva a probabilidade da ocorrência de cursos de ação alternativos em eventos sequenciais³¹. Dito de outro modo, uma medida (m) pode ter múltiplas consequências (c), as quais, por sua vez, podem gerar múltiplas consequências (c^n), sucessivamente. Quanto mais distante de (m), mais

²⁷ LEIGLAND, J. "Is the Public Sector Comparator Right for Developing Countries?", *Appraising Public-Private Projects in Infrastructure*, Gridlines, nº 4, World Bank, Washington DC, 2006, disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10743>, acesso em: 03 mar. 2022.

²⁸ LEIGLAND, J. *Ob. Cit.*, pp. 02-03.

²⁹ PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método", *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, jan-abr, 2013, Rio de Janeiro, p. 100.

³⁰ PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. *Ob. Cit.*, p. 100.

³¹ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Idem*.

difícil será determinar, com alguma precisão, a probabilidade de ocorrência das consequências, chegando-se à condição de incerteza genuína^{32 33}.

Exemplo de falha na justificação de decisões por consequências em razão do problema tratado neste tópico pode ser observado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça proferido no julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Recurso Especial nº 363.943-MG, do qual foi relator o Ministro Humberto Gomes de Barros. No referido acórdão, discutiu-se se o corte no fornecimento de energia elétrica seria ou não justificável e o relator da decisão trouxe a sua reflexão extraída a partir de casos anteriores que trataram do mesmo tema no STJ.

O ministro inicia o seu voto questionando: “É lícito ao vendedor de energia elétrica cortar o fornecimento deste bem, quando o consumidor deixa de pagar o respectivo preço?” O ministro lembra que rejeitava a viabilidade do corte do fornecimento, mas mudou de opinião ao meditar e ver com outros olhos a legislação. Segundo o relator, o corte do fornecimento “por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido”. Para chegar a esta conclusão, o ministro fez o seguinte raciocínio consequencialista:

“Cheguei a essa conclusão, após receber um pedido de medida cautelar, formulado por um pequeno município do Estado do Rio de Janeiro, no propósito de proibir a empresa de eletricidade local, de cortar o fornecimento de energia elétrica a qualquer residência localizada no território do Município, cujo morador deixasse de pagar a conta de luz. A teor da petição, o corte, em tal circunstância, traduziria atentado à dignidade humana.

Neguei a liminar, com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo a que se denomina “efeito dominó”. Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz.

Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência.

Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública. ”

Embora o corte do fornecimento de energia elétrica possa ser considerado juridicamente válido, a utilização de consequências do tipo “efeito dominó” para justificar a decisão que autoriza o corte, além de desnecessária, ante a existência de regras impondo deveres *prima facie*, enfraquece a correção do argumento judicial, pois a cadeia de consequências práticas descrita (vedação ao corte do fornecimento → inadimplência generalizada diante da percepção de que o vizinho não paga a conta de energia → ausência de renda da concessionária → impossibilidade de aquisição de

³²A diferença entre os significados de risco e incerteza foi explicada por Knigh. De acordo com o autor, no risco há a possibilidade de quantificação da ocorrência do evento futuro em termos probabilísticos, enquanto na incerteza tal quantificação é inviável. *In*: KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin Co., Boston, 1921.

³³Mais recentemente, outro autor norte-americano tratou do problema da incerteza para justificação pragmática de decisões judiciais e/ou regulatórias. De acordo com Vermeule, “tribunais com alguma frequência interpretam mal o seu papel em tais casos [de incerteza], em parte porque cometem erros conceituais sobre o que significa tomar decisões racionais sob incerteza. Processualmente, os tribunais às vezes exigem razões que não podem ser dadas. Sob condições de incerteza genuína, as razões se esgotam e uma demanda implacável por mais raciocínio torna-se patológica. Há uma categoria de decisões de agências que são racionalmente arbitrárias, no sentido de que nenhuma razão de primeira ordem pode ser dada para a escolha da agência dentro de um determinado domínio, mas uma escolha ou outra é inevitável, legalmente obrigatória, ou ambas. Em alguns casos, até o lançamento de moedas pode ser uma estratégia perfeitamente racional de tomada de decisão para as agências”. *In*: VERMEULE, A. “Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law”, *Journal of legal studies*, v. 44, n. 52, 2015, disponível em: <https://doi.org/10.1086/676332>, acesso em: 04 mar. 2022.

insumos → insolvência → falência → interrupção do fornecimento a todo o município, inclusive para a iluminação pública) não é facilmente verificável. Dessa maneira, a consideração do “efeito dominó”, antes de reforçar juridicamente o argumento jurídico, abre flancos para críticas à decisão tomada pelo tribunal.

c. Primeiro problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: a definição do critério para valoração das consequências

Do ponto de vista normativo, o primeiro problema em relação às decisões consequencialistas trata da definição do critério para valoração das consequências. Dissensos relacionados a valores, isto é, aos critérios de valoração, não são problemáticos e são estruturalmente inseparáveis dos processos de formação de vontade política e produção de normas do direito positivo na sociedade moderna³⁴. No entanto, é preciso que se identifique um objetivo socialmente compartilhável para possibilitar valorações não partidárias de consequências associadas a decisões e alternativas disponíveis³⁵.

Voltando ao exemplo da decisão prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004, a valoração partidária se relaciona com a definição do critério jurídico de avaliação e ordenação de consequências práticas. No citado caso, geralmente se adota a eficiência como critério de ranqueamento das consequências para que se autorize a abertura de uma licitação para contratação de uma concessão administrativa (parceria público-privada), sendo preferível, entre as decisões disponíveis, a que produza os resultados mais eficientes. Mas, será que a eficiência é único critério a orientar as decisões administrativas? Critérios normativos relacionados à redistribuição e colidentes com a eficiência também não seriam bons candidatos a vincular a decisão do administrador ou, pelo menos, para tornar a sua decisão mais racional?

Nesse ponto, é interessante a observação de Schuartz³⁶ sobre o papel que a dogmática pode exercer para auxiliar a operacionalização de juízos consequencialistas no direito. De acordo com o autor, a dogmática jurídica tem uma função social, que é a de controlar a dupla contingência verificada na relação entre as normas jurídicas e os casos concretos postos para decisão. Nesses casos, a dogmática exerce esse papel ao prover flexibilidade nas cadeias de argumentação até o ponto de uma insegurança suportável, sendo um critério a governar o ir e vir entre normas e fatos, impondo limites ao capricho do intérprete-aplicador. Sem uma dogmática que exerça essa função e a sua substituição por um discurso pouco diferenciado e sincrético (miscelânea de textos normativos, precedentes judiciais, doutrinas estrangeiras, fragmentos de teorias, filosofia moral, etc.), qualquer coisa serve para fundamentar bancar uma decisão judicial ou administrativa, tendo por consequência um descontrole na “liberdade” hermenêutica e um estado patológico de exceção e insegurança jurídica.

Nesse sentido, a dogmática administrativista acerca dos contratos administrativos seria útil para esclarecer, no exemplo citado, qual o critério deveria orientar o administrador ao decidir pela contratação de uma parceria público-privada, reduzindo a complexidade e as contingências inerentes ao conjunto normativo e sua relação com o contexto social. Nessa linha de raciocínio, a dogmática jurídica ajudaria a afastar a possibilidade, ainda que involuntária, de afiliação da decisão a uma específica e inflexível orientação normativa utilizada para avaliar e ordenar consequências de decisões jurídicas, muitas vezes com base em critérios normativos extrajurídicos que estariam mais próximos de avaliações econômicas e de certos sentidos político-ideológicos, representativos de visões particulares não coincidentes com a vontade da maioria democraticamente eleita segundo critérios constitucionalmente legítimos.

d. Segundo problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: definição do sentido jurídico do critério utilizado para valoração das consequências

³⁴ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 132-133.

³⁵ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 144.

³⁶ SCHUARTZ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 145.

O segundo problema apontado para a dimensão normativa da estrutura das decisões consequencialistas relaciona-se à vagueza dos “valores abstratos” aos quais se refere o art. 20, da LINDB³⁷. Nessa perspectiva, mesmo que seja identificado um objetivo socialmente compartilhável para possibilitar valorações não partidárias de consequências associadas a decisões (v.g., um determinado princípio jurídico), a definição do seu sentido ou conteúdo jurídico exige um grande esforço hermenêutico e baixa probabilidade de formação de consensos numa comunidade jurídica pluralista.

Tomando como exemplo o caso da decisão prevista no art. 10, inc. I, a, da Lei nº 11.079/2004: pode ser problemática a definição do sentido jurídico a ser atribuído ao dever de eficiência para viabilizar o ranqueamento das consequências da contratação de uma parceria público-privada e da prestação do serviço por meio de contratações tradicionais.

Desse modo, questiona-se: o dever jurídico de eficiência na aplicação da citada regra significa o dever de definir o modo prestação do serviço público que gere o menor custo financeiro? Ou esse dever representa a obrigação do administrador público de decidir pela forma que maximize o bem-estar social em termos absolutos? Ou, ainda, representa um dever de otimização, o que deve ser atingido não somente pela forma que diminua custos financeiros da administração ou maximize a soma da riqueza social, mas pelo instrumento que compatibilize os diversos interesses envolvidos na prestação do serviço público (dos servidores públicos por melhor remuneração e condições de trabalho, dos usuários dos serviços por serviços adequados, dos fornecedores de insumos pela justa remuneração do capital, etc)?

Essas dúvidas em torno da vagueza do conteúdo jurídico do dever de eficiência administrativa no Brasil foram identificadas por Gabriel Cozendey Pereira Silva em pesquisa sobre o tema realizada a partir da análise da literatura jurídica brasileira e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁸. O autor verificou, na literatura jurídica brasileira, diversas definições para a eficiência, como no caso de conceitos puramente econômicos (como custo-benefício, relacionado com a economicidade, ótimo paretiano e maximização de riqueza em termos absolutos ou eficiência kaldor-hicks³⁹). Na

³⁷ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Ob. Cit.*, p. 96.

³⁸ SILVA, G.C.P. *Eficiência Administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual*, 1º ed., Vermelho Marinho, Rio de Janeiro, 2018.

³⁹ “Há pesquisas jurídicas que empregam métodos não jurídicos. A história do direito, a sociologia jurídica e a análise econômica do direito, por exemplo, empregam métodos históricos, sociológicos e econômicos, todos não jurídicos. (...) Jules Coleman explica que os economistas e os proponentes da análise econômica do direito empregam ao menos quatro noções para aferição de eficiência: a eficiência produtiva, o ótimo paretiano, a superioridade paretiana e a eficiência de Kaldor-Hicks. A eficiência produtiva consiste em critério para determinar a alocação de insumos para a produção de bens. Segundo esse critério, uma alocação é mais eficiente que uma alocação alternativa quando seja possível aumentar a produção de um bem sem que os insumos empregados nesse aumento impliquem redução na produção de outro bem. Segundo o critério de Pareto, considera-se que os bens estejam alocados de maneira ótima – daí a expressão “ótimo paretiano” – se, advindo realocação, o bem-estar de uma pessoa puder ser melhorado apenas em detrimento do bem-estar de outra pessoa. (...) A eficiência de Pareto também é denominada eficiência alocativa, podendo uma economia ser entendida como eficiente segundo esse critério quando a quantidade produzida de cada bem não pode ser alterada sem que se prejudique o bem-estar de um consumidor ao menos. Nesses termos, o critério de Pareto se refere à coordenação eficiente de produção e de consumo em uma economia. (...) Um outro conceito de eficiência, menos austero segundo Richard Posner, seria o conceito de Kaldor-Hicks. Esse conceito teria sido concebido como uma resposta à pouca aplicabilidade prática do critério de Pareto. Sendo assim, a eficiência de Kaldor-Hicks não exige que aqueles que ganharam com a mudança indenizem aqueles que perderam; exige-se, apenas, que, caso essa compensação acontecesse, a alocação de Kaldor-Hicks equivaleria a uma alocação Pareto-superior. Por isso, também se denomina o conceito de Kaldor-Hicks de superioridade paretiana potencial. (...) De todo modo, mesmo para a análise econômica do direito, verifica-se que não há univocidade na definição do conceito de eficiência”. *In: SILVA, G.C.P. Ob. Cit.*, p. 64-71.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi verificada variedade de sentidos para eficiência, indicando que pode ser que o STF não tenha um posicionamento claro em relação à concepção do dever constitucional de eficiência, de forma que há a necessidade de elaboração casuística de critérios pelo tribunal para considerar que determinada conduta ou medida cumpre ou viola o referido dever constitucional.

Desse modo, como visto neste tópico, a vagueza dos “valores abstratos”, aos quais se refere o art. 20, da LINDB, e a dificuldade de definição de um conteúdo jurídico para os mesmos podem, em certas situações, com no exemplo trazido, implicar em dificuldades para a operacionalização racional de decisões consequencialistas.

e. Terceiro problema da dimensão normativa da decisão consequencialista: conflito de critérios normativos para valoração das consequências em situações concretas

Por fim, ainda que se resolva a questão da vagueza significativa dos “valores abstratos” que servem para valorar as consequências das decisões jurídicas, não é improvável que o valor aplicável entre em conflito com outro valor abstrato em situações concretas, existindo aí um desafio hermenêutico para superação deste “conflito pontencial”⁴⁰. Tem-se aqui, de certo modo, um retorno à crítica teórica realizada na seção 3 do artigo: ou afasta-se o consequencialismo e o uso da proporcionalidade por razões que os tornam, em si, inaceitáveis sob o prisma jurídico ou, encontrando-se razões que justifiquem teoricamente a sua aplicação, que se invista na discussão e crítica sobre o modelo.

Em relação ao uso proporcionalidade como *método* aplicativo no direito, como via de compreensão e superação do conflito pontencial entre princípios, é válida a leitura que Leal⁴¹ (2014) faz sobre o tema, enfatizando a maior relevância a ser conferida às perguntas a serem feitas no processo de aplicação de princípios em detrimento das respostas que a ponderação pode oferecer. Segundo o autor,

“(...) a racionalidade da ponderação decorre substancialmente da identificação dos caminhos pelos quais participantes de processos de tomada de decisão jurídica devem passar. E a observância de um roteiro de justificação previamente fixado pode contribuir para a racionalidade dos resultados da ponderação, como visto, em dois sentidos. Por um lado, os métodos podem tornar a ponderação mais organizada, transparente, compreensível e clara; por outro, eles podem limitar, mesmo que de maneira fraca, a discricionariedade do tomador de decisão, na medida em que podem reduzir o conjunto de alternativas decisórias disponíveis. A meu ver, os riscos reais de excesso de racionalidade aumentam quanto mais se crê na possibilidade de uma ponderação bem estruturada contribuir efetivamente para ganhos de racionalidade no segundo sentido. Se o argumento é plausível, como o primeiro sentido de racionalidade não leva necessariamente ao segundo, colocar a racionalidade da ponderação em seu devido lugar talvez dependa de uma ênfase no que o instrumental metodológico desenvolvido pela teoria dos princípios para guiar a ponderação pode oferecer de melhor. *O foco do desenvolvimento dos métodos de decisão não deveria estar, nesse sentido, diretamente centrado nos resultados da ponderação, mas nas perguntas que devem ser feitas e em torno das quais deve girar o processo decisório para que os resultados possam ser considerados admissíveis. Assim, a proporcionalidade e a fórmula do peso são convites ao desenvolvimento das melhores respostas possíveis, entendidas aqui como o produto da satisfação de um dever de justificação, para questões previamente definidas. Estas, e não aquelas, deveriam ser vistas como as protagonistas do modelo procedimental de justificação de decisões sugerido por Alexy.*”⁴² (grifou-se)

⁴⁰ LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Ob. Cit.*, p. 96.

⁴¹ LEAL, F. “Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 14, nº 58, pp. 177-209, out./dez, Belo Horizonte, 2014.

⁴² LEAL, F. *Ob. Cit.*, pp. 205-206.

A visão crítica do autor sobre a proporcionalidade, aplicável como método para solução do terceiro problema da dimensão normativa das decisões consequencialistas tomadas com base no art. 20, da LINDB, ou seja, como método para superação de conflito entre critérios normativos aplicados para valoração das consequências em situações concretas, nos indica uma perspectiva menos ambiciosa e mais realista sobre o instrumento, evidenciando que o mesmo, assim como o próprio tomador de decisão, não é perfeito. Antes de ser um meio para se chegar a uma decisão jurídica "correta", a proporcionalidade pode ser encarada como um *iter* argumentativo, uma fórmula que indica não a resposta certa, mas as questões relevantes que devem ser respondidas pelo decisor de "carne e osso", estabelecendo-se um ônus argumentativo de modo a reduzir o seu campo da discricionariedade na tomada de decisão.

5. Considerações finais

Como foi possível perceber ao longo do artigo, a aplicação do art. 20, da LINDB e o consequencialismo jurídico não são isentos de complicações. Como caminho para melhorar a qualidade decisória e para tratar a insegurança patológica provocada pela constitucionalização do direito e pela aplicação de princípios jurídicos, a aposta na justificação de decisões jurídicas em suas consequências práticas deve ser precedida do aprofundamento do seu estudo e da adequada compreensão dos problemas a ele relacionados.

Viu-se que dois tipos de críticas podem ser endereçados à aplicação do art. 20, da LINDB, e à adoção do consequencialismo como forma de decidir no âmbito do direito público brasileiro.

O primeiro tipo de crítica é representado pela objeção teórica à teoria dos princípios e à proporcionalidade alexyana, nos termos alinhados por Streck. Isto decorre do fato de que, apesar de o art. 20, da LINDB, trazer a necessidade de consideração de consequências práticas em decisões jurídicas, tal necessidade existe na presença de valores jurídicos abstratos na fundamentação de decisões judiciais, administrativas e de controle. Desse modo, o consequencialismo jurídico objeto deste estudo não é desconectado da aplicação de princípios e da proporcionalidade, razão pela qual a objeção teórica à teoria dos princípios e à proporcionalidade alexyana é um argumento que deve ser considerado.

O outro tipo de crítica, por sua vez, parte do pressuposto da superação da rejeição teórica ao modo consequencialista de decisão e direciona os esforços para analisar a estrutura da decisão desta natureza com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento de metodologias que aumentem o nível de racionalidade decisória e, conseqüentemente, reduzam a discricionariedade do decisor e do controlador. Viu-se que existem uma série de obstáculos metodológicos que não devem ser desprezados no caso do recurso às decisões consequencialistas no direito: há vulnerabilidades do referido modo de decidir tanto na sua dimensão positiva, como na sua dimensão normativa.

Desse modo, algumas questões podem ser colocadas para orientar estudos futuros sobre o tema do consequencialismo jurídico no contexto das transformações do direito público no Brasil. Como exemplo, poderia ser aprofundada a investigação sobre se é possível compreender o consequencialismo como uma forma válida de justificação de decisões judiciais e administrativas e, caso seja considerada juridicamente válida, quais seriam as condições e limites para a sua operacionalização no contexto das transformações do direito público brasileiro.

6. Referências bibliográficas

COHEN, I; SANTANA, L.D. & RIOS, J.L.C. "A análise de value for money em projetos de parceria: qual o melhor momento?", *JOTA Info*, São Paulo, publicado em: 18 dez. 2020, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/a->

- analise-de-value-for-money-em-projetos-de-parceria-qual-o-melhor-momento-18122020, acesso em: 10 jun. 2021
- CRUZ, C.O. & MARQUES R.C. "Public Sector Comparator", *Springer*, Berlin, disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-642-36910-0_2, acesso em: 03 mar. 2022.
- GABARDO, E. SOUZA, P.A.D. "O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, pp. 97-124, jul./set., 2020.
- JUSTEN FILHO, M. "Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas", *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-41, 2018.
- KNIGHT, F. *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin Co, Boston, 1921.
- LEAL, F. "Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo", *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez., Belo Horizonte, 2014.
- LEAL, F. & SANTOS DE MENDONÇA, J.V. *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.
- PINHEIRO, A.C; PORTO, A.J.M. & SAMPAIO, P.R.P. *Direito e economia: diálogos*, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.
- LEIGLAND, J. "Is the Public Sector Comparator Right for Developing Countries?" *Gridlines*, nº 4, Washington DC, 2006, disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/10743>, acesso em: 03 mar. 2022.
- MACCORMICK, N. "On Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin", *New York University Law Review*, v. 58, pp. 239-258, 1983.
- MARQUES NETO, F.D.A. & VERAS, R.D.F. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*, Fórum, Belo Horizonte, 2019.
- PARGENDLER, M. & SALAMA, B.M. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método", *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, Rio de Janeiro, jan.-abr., 2013.
- SINGER, P. *A Companion to Ethics*, Oxford, Cambridge, 1991.
- SCHUARTZ, L.F. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem", *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, pp. 130-158, 2008.
- SILVA, G.C.P. *Eficiência Administrativa na Jurisprudência do STF: análise crítica e proposta conceitual*, 1º ed., Vermelho Marinho, Rio de Janeiro, 2018.
- STRECK, L.L; CALEGARI, L. & ROCHA, L.S. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Unisinos, Leopoldo, 2010.
- STRECK, L.L. "Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas Trolley ao coronavírus", *REI - Revista Estudos Institucionais*, v. 6, nº 3, pp. 924-934, dez. 2020, doi: [doi:https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569](https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.569), disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>, acesso em: 08 jan. 2022.
- VERMEULE, A. "Rationally Arbitrary Decisions in Administrative Law", *Journal of legal studies*, v. 44, n. 52, 2015, disponível em: <https://doi.org/10.1086/676332>, acesso em 03 mar. 2022.