



O  
**CONSEQUENCIALISMO  
DECISÓRIO COMO  
FATOR DE EROSÃO DO  
PRECEDENTE  
VINCULANTE**

**Vinícius Ferreira Dias**

**O CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO  
COMO FATOR DE EROSÃO DO  
PRECEDENTE VINCULANTE**

---

Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).

Esta publicação está licenciada sob [CC BY-NC-ND 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

## **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA  
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Raquel Silvano Almeida-Unespar

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Ilka Kassandra Pereira Belfort-Faculdade Laboro

Prof.<sup>a</sup>. Dr. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Elias Rocha Gonçalves-IFF

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Isabella Macário Ferro Cavalcanti-UFPE

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup>. Elane da Silva Barbosa-UERN

Prof. Dr. Piter Anderson Severino de Jesus-Université Aix Marseille

Nossa missão é a difusão do conhecimento gerado no âmbito acadêmico por meio da organização e da publicação de livros científicos de fácil acesso, de baixo custo financeiro e de alta qualidade!

Nossa inspiração é acreditar que a ampla divulgação do conhecimento científico pode mudar para melhor o mundo em que vivemos!

Equipe RFB Editora

Vinícius Ferreira Dias

# O CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO COMO FATOR DE EROSÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE

1ª Edição

Belém-PA  
RFB Editora  
2024

---

© 2024 Edição brasileira  
by RFB Editora  
© 2024 Texto  
by Autor  
Todos os direitos reservados

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
91985661194  
www.rfbeditora.com  
adm@rfbeditora.com  
Tv. Quintino Bocaiúva, 2301, Sala 713, Batista Campos,  
Belém - PA, CEP: 66045-315

**Editor-Chefe**

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

**Diagramação e capa**

Worges Editoração

**Revisão de texto**

Autor

**Bibliotecária**

Janaina Karina Alves Trigo Ramos-CRB

8/9166

**Produtor editorial**

Nazareno Da Luz

**Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)**



C755

O consequencialismo decisório como fator de erosão do precedente vinculante / Vinícius Ferreira Dias. – Belém: RFB, 2024.

Livro em PDF

34p.

ISBN 978-65-5889-755-2

DOI 10.46898/rfb.bbb5373c-ffc0-4b83-bcec-3582e9a21dd5

1. Consequencialismo decisório. I. Dias, Vinícius Ferreira. II. Título.

CDD 340

Índice para catálogo sistemático

I. Direito.

“O que fazemos não é assim tão importante quanto julgamos. Afinal, nossos êxitos e fracassos não têm tanto peso assim. Podemos sobreviver inclusive aos grandes sofrimentos; as aflições que, segundo uma visão distorcida, pareçam estar prestes a acabar com a felicidade para sempre, dissipam-se com a passagem do tempo, a tal ponto que às vezes é quase impossível recordar quanto tinham sido imensas. Mas, além dessas considerações egocêntricas, permanece o fato de que o ego de uma pessoa é uma parte insignificante do mundo. O homem capaz de concentrar seus pensamentos e esperanças em algo que o transcenda pode encontrar certa paz nos problemas normais da vida, algo que parece impossível para o egoísta empedernido.”

*A conquista da felicidade*  
Bertrand Russell

## LISTA DE SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

# AGRADECIMENTOS

Agradeço ao empenho da minha amada Isabella, por ser fonte inesgotável de apoio e a minha amada e iluminada Catarina, por me fornecer a inigualável fonte de amor, riqueza e inspiração do meu viver.



# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	9
CAPÍTULO 1	
INTRODUÇÃO .....	10
CAPÍTULO 2	
O PRECEDENTE ENQUANTO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO .....	13
CAPÍTULO 3	
A EVOLUÇÃO DOS PARÂMETROS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA AO LONGO DO ORDENAMENTO.....	18
CAPÍTULO 4	
OS DESAFIOS DE UMA ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE .....	24
CAPÍTULO 5	
ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS INCORPORADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	28
CONCLUSÕES.....	31
BIBLIOGRAFIA .....	32

# APRESENTAÇÃO

O objetivo deste livro é evidenciar nas bases teóricas do “consequencialismo” descrito por Neil Maccormik<sup>1</sup>, a erosão que esta espécie de argumentação jurídica pode causar aos valores almejados pelo Código de Processo Civil, ao buscar e valorizar o apreço à estabilidade, à integralidade e à coerência na formação dos precedentes elaborados pelas Cortes brasileiras, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça. Busca-se estabelecer uma correlação entre o uso indiscriminado ou indevido desta ferramenta argumentativa para justificar todo e qualquer caso concreto que está para além do arcabouço hermenêutico disposto na teoria do direito. Para tanto, se examinará a partir do histórico e do quadro normativo brasileiro, quais as extensões e os limites de uma argumentação jurídica destinada a justificar as consequências extrajurídicas ao se formar um precedente vinculatório no âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido é preciso avaliar quais os efeitos para a estabilidade, integridade e a coerência do sistema de precedentes forjados sob os auspícios do Código de Processo Civil de 2015, quando a *ratio decidendi* é fundamentada com o objetivo de evitar, ou provocar, determinadas consequências no campo econômico, político ou social da decisão, sem se importar com a coerência e coesão do sistema judicial.

---

<sup>1</sup> ACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38.

# CAPÍTULO 1

---

## INTRODUÇÃO

Muito se festeja no sistema jurídico brasileiro a institucionalização e o fortalecimento de mecanismos processuais que valorizem o respeito e a reprodução de precedentes, como fonte de racionalização e integração do ordenamento (MARINONI, 2016)<sup>1</sup>.

Inspirado na cultura jurídica dos países de tradição da *common law*, é cada vez mais assente na nossa tradição jurídica, a introdução de institutos processuais vocacionados a proporcionar segurança jurídica e previsibilidade aos casos submetidos ao Poder Judiciário (DAVID, 2002)<sup>2</sup>. Este modelo secular anglo-saxão, de valorização e respeito ao *stare decisis*, está cristalizado no atual Código de Processo Civil de 2015, ao propugnar um dever de uniformes, estabilidade, integridade e coerência do precedente<sup>3</sup> formado nas Cortes brasileiras (artigo 926, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015). Tais atributos almejados pela norma, compõem os fundamentos que orientam à valorização de uma cultura jurídica destinada à observância e ao respeito de seus precedentes, na medida em alguns julgamentos paradigmáticos possuem no direito positivo brasileiro, uma difusão que vinculam as demais estruturas do Poder judiciário, seja em um âmbito vertical, seja no âmbito horizontal (BUSTAMANTE, 2001)<sup>4</sup>.

O dever de uniformização dos pronunciamentos jurisdicionais que compõem o cabedal jurisprudencial de determinada Corte tem por objetivo fornecer à comunidade e ao Estado de Direito, uma previsibilidade (segurança jurídica) diante das expectativas normativas decorrentes do pronunciamento judicante acerca de um determinado caso concreto. Busca-se fornecer a todos que se insiram no mesmo contexto fático e normativo, uma idêntica solução jurídica, de modo a promover a tão almejada igualdade de tratamento diante do ordenamento posto (DUXBURY, 2008)<sup>5</sup>.

Para além, o precedente deve igualmente ser íntegro, proporcionando aos casos similares apresentados ao Poder Judiciário o mesmo tratamento esperado; ou para casos distintos, que eles sejam eles distinguidos na mesma medida. Por fim, é necessário que o precedente seja coerente com o sistema jurídico posto, não se admitindo a aplicabilidade de determinado precedente desconectado das normas e dos princípios que amparam o Estado de Direito. Estas expectativas elegidas pelo Código de Processo Civil brasileiro se orientam para fornecer aos jurisdicionados, uma segurança jurídica tanto em seu aspecto subjetivo

1 MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.46.

2 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 361.

3 O termo precedente empregado faz alusão a qualidade de decisão que revela e materializa o “direito comum”, conforme se pode extrair da conceituação realizada por Frederick Schauer. SCHAUER, Frederick. Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p.36-53.

4 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2001, p. 68.

5 DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 221.

(proteção à expectativa de direito), quanto em seu aspecto objetivo, de modo a fortalecer a previsibilidade da prestação jurisdicional – algo tão enfraquecido diante da jurisprudência, por vezes, randômica no Poder Judiciário (ÁVILA, 2011)<sup>6</sup>.

Contudo, existem inúmeros fatores sociais, econômicos, políticos, ou extrajurídicos que impedem ou corroem a aperfeiçoamento destes valores propugnados pelo Código de Processo Civil e pela Constituição Federal. Obviamente, não é a intenção enumerá-los um a um ou descrevê-los, de forma exauriente. Nos importa problematizar, especificamente, um fator disruptivo que gradualmente ameaça a validade do precedente formado nas Cortes de sobreposição do país: trata-se da argumentação jurídica “consequencialista” (MACCORMICK, 2006)<sup>7</sup> empregada na retórica que fundamenta a *ratio decidendi* dos precedentes vinculantes no cenário nacional.

O objetivo deste artigo é evidenciar nas bases teóricas do “consequencialismo”, a erosão que esta espécie de argumentação jurídica pode causar aos valores almejados pelo Código de Processo Civil, ao buscar e valorizar o apreço à estabilidade, à integralidade e à coerência na formação dos precedentes elaborados pelas Cortes brasileiras, especificamente, pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça. Busca-se estabelecer uma correlação entre o uso indiscriminado ou indevido desta ferramenta argumentativa para justificar todo e qualquer caso concreto que está para além do arcabouço hermenêutico disposto na teoria do direito.

Para tanto, se examinará a partir do histórico e do quadro normativo brasileiro, quais as extensões e os limites de uma argumentação jurídica destinada a justificar as consequências extrajurídicas ao se formar um precedente vinculatório no âmbito do Poder Judiciário. Em síntese, é preciso avaliar quais os efeitos para a estabilidade, integridade e a coerência do sistema de precedentes forjados sob os auspícios do Código de Processo Civil de 2015, quando a *ratio decidendi* é fundamentada com o objetivo de evitar, ou provocar, determinadas consequências no campo econômico, político ou social da decisão, sem se importar com a coerência e coesão do sistema judicial. Na experiência brasileira, existem inúmeros exemplos de precedentes formados a partir de uma leitura consequencialista (PISCITELLI, 2011)<sup>8</sup> do direito, que, por estas razões, causam desordem e insegurança jurídica ao serem replicados aos demais jurisdicionados em casos similares. Veremos alguns exemplos.

6 ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 109-183.

7 MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 94-128.

8 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Argumentando pelas consequências no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011, p.51.

# **CAPÍTULO 2**

---

## **O PRECEDENTE ENQUANTO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO**

Os países influenciados pela cultura romano-germânica, da *civil law*, têm na lei a principal fonte de racionalidade e operação do direito (PERELMAN, 2005)<sup>1</sup>. A partir dela decorre a noção de que as relações sociais e estatais devem ser reguladas pelo ordenamento posto. Esta tradição romana, retomada após o fim do feudalismo, se alastrou na cultura jurídica da Europa Continental, sobretudo no Século XVII, ante a doutrina da Escola do Direito Natural<sup>2</sup>.

Diferentemente do restante da Europa, nos países insulares, especialmente de cultura Anglo-saxã, a fonte do direito se estabeleceu pela consolidação paulatina dos costumes expressados nas comunidades locais, posteriormente, transmutados em precedentes decorrentes da reiteração da tradição acumulada, nos chamados *leading cases* (DAVID, 2002)<sup>3</sup>. Criou-se nestes países anglo-saxões, a cultura de se buscar na tradição consuetudinária, a solução para os conflitos sociais que se apresentavam, criando-se um sentimento coletivo de respeito ao conjunto histórico destas resoluções, as quais, passaram a vincular, enquanto precedentes, a população local. Portanto, é bem característico do sistema jurídico insular o apego aos precedentes, enquanto fonte primária do direito<sup>4</sup>.

Pontua-se que o precedente no instituto da *common law* difere do simples julgamento do caso concreto, pois naquele se tem a formulação de um novo paradigma argumentativo (*holding*) que por *vis atractiva*, servirá como base argumentativa para a externalização dos fundamentos de casos similares vindouros. A sensação de igualdade ao se esperar o mesmo tratamento jurídico a casos idênticos (*like cases should be decided alike*), confere ao sistema jurídico da *common law*, um apego à previsibilidade e à segurança jurídica (STRECK, 2008)<sup>5</sup>.

Trago à baila este pequeno histórico, sem pretensão de aprofundá-lo, para introduzir as clássicas concepções da fonte do direito conhecidos pela cultura jurídica ocidental ao longo da história. Inicialmente, a realidade jurídica brasileira foi estruturada pela tradição *civil-law* trazida pela família real portuguesa (TARUFFO, 2003)<sup>6</sup>. Contudo, paulatinamente em nosso desenvolvimento histórico fomos incorporando institutos jurídicos de origem estrangeira, das mais variadas matizes, miscigenando o nosso direito interno, assim como ocorreu com a nossa população, ao incorporar institutos da experiência da *common law* (BUSTAMANTE, 2012)<sup>7</sup>. No atual estágio é fácil depreender de nosso arcabouço jurídico a congregação destes

1 PERELMAN, Chaim. Tratado da argumentação: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.26.

2 Ibid., p.38.

3 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 365.

4 Ibid., p. 332.

5 STRECK, Lenio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”? Direitos fundamentais e justiça, Salvador, nº 5, p. 162 a 185, out./dez. 2008.

6 TARUFFO, Michelé. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. Revista de Processo: RePro, São Paulo, n. 181, v. 28, abr/jun 2003. P. 141-158.

7 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

dois sistemas jurídicos comentados, seja no texto constitucional – apesar de não haver um consenso doutrinário –, seja nas normas infraconstitucionais.

Intuitivamente nos parece óbvio acolher a concepção que as leis vigentes em nosso ordenamento positivista são fontes primárias da racionalidade do direito. Contudo, esta mesma visão não nos é intuitiva quando nos referirmos aos fundamentos determinantes dos pronunciamentos jurisdicionais paradigmáticos exarados pelo Poder Judiciário. A doutrina sempre atribuiu a estas orientações jurisprudenciais, uma fonte subsidiária do direito, com uma natureza meramente persuasiva (TUCCI, 2015)<sup>8</sup>. Antes da Emenda Constitucional nº. 45/2004, soava irreal conceder aos precedentes, uma fonte primária do direito, sobretudo porque cabia tradicionalmente ao Poder Judiciário tão somente a aplicação da lei ao caso concreto, não a criação do direito.

Todavia, gradualmente o sistema jurídico brasileiro foi incorporando institutos de nítida feição consuetudinária, decorrentes da *common law*. Reformas constitucionais, legislativas criaram no ordenamento doméstico uma série de mecanismos processuais destinados a conferir uma força vinculatória aos fundamentos determinantes emanados por julgamentos paradigmáticos. Aquela antiga concepção positivista que depreendia das decisões judiciais uma mera fonte persuasiva ao julgador, cedeu espaço ao respeito institucional do precedente formado (TUCCI, 2015)<sup>9</sup>. Nesta missão foram criados entre outros, a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recurso, os procedimentos de julgamento por amostragem de recurso especial e extraordinário, o instituto da repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário, o incidente de resolução de demandas repetitivas, o incidente de assunção de competência, o fortalecimento da reclamação constitucional, a objetivação do controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008)<sup>10</sup>, dentre outros gatilhos processuais que induzem o julgador a respeitar o precedente formado nas Cortes de sobreposição (THEODORO JÚNIOR, 2009)<sup>11</sup>.

Neste contexto, se mostra necessário ressaltar que precedentes, sejam eles vinculantes, ou persuasivos, não se confundem com enunciados generalizantes que preconizam as razões essenciais de inúmeros de entendimentos já proferidos pelo órgão julgador em um mesmo sentido, tal como ocorre com as súmulas de modo geral.

Retomando, importa destacar neste histórico, que a sucessão destes institutos legislativos trouxe ao sistema jurídico brasileiro a positivação das regras inatas à cultura da

<sup>8</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. O Regime do Precedente Judicial no Novo CPC. Precedentes. Coordenador: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 341.

<sup>9</sup> Ibid., p. 367.

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 87.

<sup>11</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. Revista de Processo nº 117, São Paulo: RT, nov./2009, p.10



*common law*. Tanto a regra do “*stare decisis*”, como a regra do “*binding effect*” (MELLO, 2016)<sup>12</sup>, se incorporaram à moda tupiniquim, possibilitando no ordenamento doméstico a difusão prospectiva das razões determinantes de julgamentos paradigmáticos, para casos assemelhados<sup>13</sup>. E, se revelando mais ousado, o Código de Processo Civil positivou no artigo 927, *caput*, a observância obrigatória das razões determinantes proferidas no âmbito de alguns institutos. Pela disposição textual do comando normativo foram atribuídos efeitos vinculatórios da *ratio decidendi*: no controle concentrado de constitucionalidade (não obstante se admite parcialmente no controle difuso (BARROSO, 2008)<sup>14</sup>, nos enunciados de súmulas vinculantes exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, em veículos recursais que tragam repetição de controvérsia constitucional ou infraconstitucional delimitada, nos incidentes de assunção de competência e na resolução de demandas repetitivas e, por fim, nas orientações proferidas pelos plenários ou órgãos especiais das Cortes brasileiras.

Isto implica reconhecer a determinados institutos processuais, uma força normativa às razões decisórias estabelecidas em certos veículos processuais. Ou melhor, confere aos julgados inseridos naqueles institutos processuais descritos, uma força normativa que integra o ordenamento em condição paritária à lei, enquanto fonte principal do direito. Ora, se há a observância das orientações firmadas naqueles institutos pelos demais integrantes do Poder Judiciário, nada mais consentâneo à lógica racional do direito, conferir a eles tratamento igualitário à lei positivada, cuja obediência igualmente vincula a todos. Portanto, um precedente vinculante propugna sua observância independentemente de seu poder de convencimento aos operadores do direito. A aceitabilidade da argumentação jurídica incorporada ao precedente se torna despicienda. Enquanto autoridade de obediência, os precedentes vinculantes apresentam razões (SCHAUER, 2008)<sup>15</sup> para ação e não razões de persuasão ou convencimento. Esta dissociação entre dever e poder de difusão do precedente, o ressignifica enquanto fonte do direito. Pode-se até não concordar com as razões determinantes do precedente, mas ainda assim remanesce o dever de segui-lo, a não ser que se faça a distinção ou a sua separação.

Contudo, não se quer aqui desconsiderar que o julgador tem plena autonomia e liberdade para interpretar o caso que lhe é apresentado, oferecendo aquilo que reputa justo, dentro da perspectiva positivista e hermenêutica que o cerca (HART, 2012)<sup>16</sup>. Contudo, em favor da segurança jurídica e da isonomia, dever-se-ia este mesmo julgador evitar a profusão de decisões distintas para casos assemelhados, cujo tema jurídico já foi dirimido

12 MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado. RDI, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016.

13 Ibid., p. 274.

14 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 132.

15 SCHAUER, Frederick. "Authority and Authorities." Virginia Law Review, vol. 94, no. 8, 2008, pp. 1931-61.

16 HART, Hebert Lionel Adolphus. The concept of law. Oxford University Press, USA; 3ª edição, 2012, p. 121.

pelo Tribunal que lhe abriga. Há no código um claro dever de uniformização e obediência aos precedentes por ele formados, servindo de precursor para o deslinde dos demais casos similares a serem analisados. Não por outra razão, para aferir este controle de obediência aos precedentes vinculantes, houve a ampliação e o recrudescimento da Reclamação Constitucional, bem como, neste íterim, cabe ao Tribunal respeitar internamente os precedentes internos por ele proferidos, bem como obedecer aos precedentes proferidos pelas Cortes de sobreposição, ante a indispensável segurança jurídica. A propósito, pelo teor do artigo 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil de 2015, considera “*não fundamentada qualquer decisão judicial que deixe de seguir jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso de julgamento ou a superação do entendimento*”.

Em suma, todos estes mecanismos constitucionais e processuais disponíveis ao aparato normativo brasileiro, possibilita conceber a determinados precedentes, uma força vinculatória obrigatória (*binding effect*), alçando-os a uma condição de fonte primária do ordenamento, notadamente ao se considerar que a potencialidade difusora de seus fundamentos às demais instâncias judiciais e extrajudiciais, é dever infraconstitucional, em face da primazia da previsibilidade e da segurança jurídica.

# **CAPÍTULO 3**

---

## **A EVOLUÇÃO DOS PARÂMETROS DE ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA AO LONGO DO ORDENAMENTO**

A formação dos argumentos jurídicos em uma decisão judicial inserida em um contexto positivista de feição *civil-law*, como se iniciou o arcabouço jurídico brasileiro, comporta inúmeras formas metodológicas de justificação argumentativa dos fundamentos decisórios. Em que pese os inúmeros métodos hermenêuticos existentes em um cenário jurídico ocidental, percebe-se nas decisões judiciais arrimadas sob um Estado de Direito de modelo positivista, a prevalência de um método argumentativo lógico que prioriza a subsunção dos fatos à norma vigente (BILLIER & MARYOLI, 2005)<sup>1</sup>. Este modelo liberal clássico, erigido após a revolução francesa, comprometido com a supremacia do direito posto (princípio da legalidade) na regulação das relações sociais subjacentes<sup>2</sup>, determinou por séculos a forma de se validar e legitimar a intervenção do Estado na sociedade.

Registra-se que este, ainda, é o cenário jurídico predominante em países de tradição *civil law*. Amparado neste modelo, o processo argumentativo teórico de validação e legitimador da interferência do Poder Judiciário na resolução dos conflitos sociais permanece sendo mediado pelo método hermenêutico lógico-formal dedutivo, a partir da subsunção entre o fato e a norma posta. O referido modelo deontológico, proposto por Hans Kelsen<sup>3</sup>, propugnou que a norma jurídica traz consigo uma correlação entre uma condição fática examinada no mundo fenomênico e uma consequência normativa que disto se depreende, ou seja, a descrição pela linguagem de um fato social (“ser”), seguido de uma proposição condicional (“dever-ser”). Este padrão expressado neste silogismo, sedimentou o principal método jurídico argumentativo no campo positivista, antagonizando com o modelo de justiça defendida pelos jusnaturalistas, de base valorativa universal<sup>4</sup>.

Embora este modelo tenha atendido a todo um anseio de autonomia científica do direito frente à ciência social, nota-se neste método linguístico uma simplificação demasiada da realidade (DWORKIN, 2010)<sup>5</sup>, com uma pretensão exagerada de condicioná-la a um dever-ser, que não acompanha a evolução social.

Não obstante o modelo tenha contribuído enormemente ao desenvolvimento do Estado de Direito, o mundo jurídico inserido na concepção da *civil-law*, positivista, experimentou questionamentos, enquanto modelo de justiça, que lhe fizeram desenvolver outras formas de hermenêutica após a segunda guerra mundial (BARROSO, 2003)<sup>6</sup>, especialmente, situados em modelos políticos ocidentais estruturados sob a roupagem de um Estado Constitucional de Direito (BOBBIO, 1997)<sup>7</sup>, cuja delimitação do Poder Estatal passou a ser circuns-

1 BILLIER, Jean-Cassien & MARYOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Barueri: Manole, 2005, p. 405.

2 Ibid., p. 306.

3 Ibid., p. 288.

4 Ibid., p. 288.

5 DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35-36.

6 BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.42.

7 BOBBIO, Norberto. A teoria das formas de governo. Brasília: Editora Unb, 1997, p.68.

crita a dogmas humanitários voltados à dignidade da pessoa humana e a princípios básicos de valorização e respeito à vida, à liberdade e a igualdade, bem como, posteriormente, com a inserção de garantias sociais, como a saúde, o trabalho e o meio-ambiente equilibrado. Neste patamar de transição de fundamentos filosóficos do Estado de Direito para o Estado Constitucional, o foco exegético exposto na teoria da argumentação desloca-se daquele modelo eminentemente deontológico, para uma hermenêutica moral de cunho jusnaturalista, inaugurando-se uma concepção pós-positivista (DANTAS, 2004)<sup>8</sup>, que incorporou na exegese do Direito, uma valoração moral expressada na dignidade da pessoa humana e reverberada por princípios jurídicos fundamentados neste sobreprincípio<sup>9</sup>.

Estes novos parâmetros teóricos de validação do exercício do poder soberano, trouxeram à teoria da argumentação novos horizontes teóricos de cunho pós-positivista, centrados sobretudo na harmonização de princípios e na valoração moral do direito, incentivando no âmago do Poder Judiciário uma abertura hermenêutica para além da norma, estimulando uma discricionariedade argumentativa de nítida inspiração jusnaturalista. A ampliação deste espectro jurídico de validade, centrado na força normativa da Constituição<sup>10</sup>, trouxe ao ambiente jurisdicional uma extensão das opções argumentativas para além do silogismo dedutivo proposto na clássica interpretação do direito positivista, permitindo ao julgador não só interpretar o direito posto, como criar “novos direitos” (MACCORMICK, 2006)<sup>11</sup>, sempre que os casos concretos não pudessem ser solucionados pelo ordenamento vigente. Inicia-se nesta nova abertura teórica, uma profusão de decisões judiciais das mais variadas concepções e idiosincrasias sobre diversos temas que estão catalogados na Constituição Federal. A ampliação destes parâmetros de validade e de legitimação no Estado Constitucional de Direito, trouxeram avanços na defesa dos postulados da dignidade da pessoa humana, contudo, possibilitaram uma excessiva interferência do Poder Judiciário em temas que antes eram ocupados e dominados pelos Poderes Executivo e Legislativo – basta lembrar a intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. A propósito, este fenômeno é abordado pela doutrina, ao detalhar as raízes do “ativismo judicial” (BARROSO, 2008)<sup>12</sup>.

Não foram os juízes, tampouco as Cortes que assumiram um protagonismo ativo e intrometido em temas sensíveis à República. Ao revés, é preciso dizer que o Poder Judiciário foi convocado pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a se manifestar sobre estas questões, em decorrência da inoperância dos demais poderes na resolução das

8 DANTAS, David Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*. São Paulo: Positivismo Madras, 2004, p. 373.

9 *Ibid.*, p. 103.

10 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 12.

11 MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 38.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57.

questões sociais e republicanas, que ainda hoje assolam o país. Este protagonismo na tutela dos direitos fundamentais e de outros anseios normativos da Carta Magna, redundaram no inchaço do Poder Judiciário (SIFUENTES, 2005)<sup>13</sup>, além de provocar um totalitarismo constitucional (NOWAK, 2004)<sup>14</sup> – expressão designada para evidenciar o exagero de se pensar que a solução de todos os problemas políticos, sociais e econômicos estão no bojo do texto constitucional.

A abertura do espectro interpretativo fomentado pela Constituição Federal de 1988, demandou do Poder Judiciário um novo aporte hermenêutico que suprimisse por vezes os hiatos e as lacunas legislativas criadas pelos demais poderes ao não subsidiar diversos direitos fundamentais e sociais (BARROSO, 2003)<sup>15</sup>. Sob este cenário, e vinculado ao princípio da inafastabilidade de apreciação jurisdicional, coube ao Poder Judiciário a tarefa de encontrar em outros sistemas jurídicos (HABERMAS, 1997)<sup>16</sup>, uma forma de combater o aumento qualitativo e quantitativo das demandas judiciais que almejavam justiça. Estes fatores associados suscitaram do Poder Judiciário, cada vez mais, outros métodos de argumentação (PERELMAN, 2000)<sup>17</sup> que pudessem agregar campos teóricos que ultrapassassem o mero silogismo dedutivo decorrente da subsunção do fato à norma. Ante a necessidade de criar mecanismos sofisticados de argumentação neste cenário pós-positivista, o constituinte derivado reformador introduziu no seio constitucional, a chamada “reforma do judiciário”, com a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004, cujo conteúdo incorporou à Constituição Federal, em síntese, mecanismos destinados a institucionalizar métodos argumentativos atrelados à cultura jurídica de países afeiçoados à experiência da *common law*. Criou-se nesta ocasião, portanto, procedimentos de valorização e respeito aos precedentes paradigmáticos exarados tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto Cortes de sobreposição direcionadas à interpretar, respectivamente, as normas constitucionais e as normas federais infraconstitucionais.

Nesta ocasião, foram desenvolvidos dois institutos processuais de vinculação da *ratio decidendi* proferidas no âmbito dos recursos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a repercussão geral reconhecida no bojo do recurso extraordinário e a possibilidade de consolidação de enunciados sumulares com conteúdo vinculatório, tanto para a Administração Pública, quanto para as demais estruturas do Poder Judiciário, mediante as chamadas “Súmulas Vinculantes” (ABBOUD, 2015)<sup>18</sup>. Concomitantemente, o Código de

13 SIFUENTES, Mônica. Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 32.

14 NOWAK, Jonh E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional Law*. 7. Ed. Saint Paul: Thomson West, 2004, p. 78.

15 BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.116.

16 HABERMAS, Jurgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume I/ Jurgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, p. 146

17 PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 43.

18 ABBOUD, George. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 16.

Processo Civil 1973, caminhou no mesmo trilhar constitucional, inaugurando no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial repetitivo, cujo efeito possibilitou a Corte, emprestar alta carga vinculatória aos precedentes exarados sob a sua sistemática, ao se interpretar a legislação federal infraconstitucional.

Avançando neste cenário, o legislador, no Código de Processo Civil de 2015, consolidou decididamente um ambiente processual afeto à cultura da *common law*. Em seu bojo foram incorporados inúmeros institutos que prezam pelo apego ao fenômeno do *stare decisis*, estimulando, juntamente com as disposições constitucionais, a força vinculatória horizontal e vertical prospectiva dos precedentes paradigmáticos. O código admite a determinados precedentes, um efeito *erga omnes* do direito interpretado<sup>19</sup>, ou melhor, reconhece-lhes uma fonte normativa primária do ordenamento, cabendo ao órgão prolator deste direito interpretado, zelar pela uniformidade, estabilidade, integridade e coerência de seus precedentes – apesar da atecnia do comando do artigo 926 do CPC/2015, ao se referir ao termo jurisprudência, enquanto gênero.

Portanto, ao que fora exposto, nota-se o surgimento de outro plano de argumentação jurídica disposto aos operadores do direito, no qual se permite conferir às razões determinantes decorrentes da interpretação da lei, um viés normativo de obediência, observância e integração do ordenamento, de modo a provocar um ambiente de respeito à autoridade da *ratio decidenci*, em busca de uma previsibilidade e de uma segurança jurídica implicitamente (ÁVILA, 2011)<sup>20</sup> reveladas pela Constituição Federal. Em prol destes valores, há uma clara ampliação da racionalidade do sistema jurídico ao proporcionar novas formas de argumentação epistemológica na ciência do direito (PERELMAN, 2000)<sup>21</sup>, para além dos métodos argumentativos da nossa cultura da *civil law*.

Todavia, é ilusório crer que os precedentes são formados tão somente sob o crivo de argumentos jurídicos inatos na interpretação do ordenamento. Para além dos argumentos decorrentes da racionalidade do direito positivo, por vezes, é exigido dos precedentes outras formas de racionalização do direito que implicam, inclusive, uma argumentação jurídica direcionada às consequências econômicas, sociais ou políticas que decorrem da tomada de decisão. Nesta constatação, quer-se denunciar que um precedente formado visando amparar ou projetar as consequências decorrentes da interpretação da decisão tomada, é capaz de corroer as expectativas normativas de pacificação social do direito, pois a resposta deste encargo foi direcionada à argumentos extrajurídicos que, por vezes, são desprovidos

<sup>19</sup> Ibid., p. 35.

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56.

<sup>21</sup> PERELMAN, Chaim. Lógica jurídica: nova retórica. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 79.



de coerência com o ordenamento posto<sup>22</sup>. A convivência de precedentes incoerentes com o conjunto das normas vigentes pode criar argumentos extrajurídicos concorrentes com a interpretação normativa do ordenamento, podendo causar na comunidade um sentimento de insegurança jurídica, na medida em que haverá decisões em que se socorre ao ordenamento estabelecido e, outras, que ao replicarem o precedente consequencial, diante do dever de obediência próprio do *stare decisis*, contaminará o sistema do direito com outros sistemas, que não estão afetos ao senso de justiça (ATIENZA, 2006)<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Ibid., p. 85.

<sup>23</sup> ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 241.



# **CAPÍTULO 4**

---

## **OS DESAFIOS DE UMA ARGUMENTAÇÃO CONSEQUENCIALISTA NA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE**

O consequencialismo (SCHEFFLER, 2014)<sup>1</sup>, enquanto doutrina que apura e analisa os fatores determinantes para a tomada de decisões, a partir de suas consequências, tem como dilema central na tradição da filosofia moral do século XVIII, a justificação argumentativa dos critérios decisórios disponíveis, diante da ponderação de uma ação frente às suas consequências globais.

No âmbito da filosofia do direito, o “consequencialismo” pode ser compreendida como uma extensão da teoria utilitarista defendido por Bentham e Stuart Mill (DIMOULIS, 2006)<sup>2</sup>, cuja clássica compreensão defende a validação das ações se tais gerarem consequências úteis e benéficas ou, ainda, com um enfoque econômico (*Law and Economics*), no qual o lema proposto afirma que uma determinada decisão é válida se o resultado decorrente trazer uma maximização do bem estar-social, com o menor sacrifício, (POSNER, 20003)<sup>3</sup>.

O termo aqui empregado de consequencialismo (HURLEY, 2011)<sup>4</sup> centra-se na depuração das razões fornecidas por argumentos direcionados a avaliar os possíveis efeitos na realidade, ante as opções disponíveis para a tomada de decisão. Em um juízo consequencialista, as ações e os cursos de argumentação estão condicionados às alternativas de realidade projetadas ou amparadas pelo decisor. Não se está a abordar as implicações jurídicas previstas ao se operar a racionalidade do direito (ATIENZA, 2006)<sup>5</sup>. As consequências jurídicas advindas da representação normativa enquanto linguagem que expressa o dever-ser, bem como as manifestações racionais deste processo dedutivo, não constituem argumentos consequencialistas, pois estão na esfera de expectativa normativa disponíveis ao operador do direito. Neste sentido, por exemplo, não será uma decisão consequencialista a nulidade decretada de determinado negócio jurídico simulado pelas partes, mormente por que este efeito jurídico já está previsto no ordenamento (artigo 167 do Código Civil). Não há margem para a consideração de outros efeitos que não este. Pode-se discutir eventualmente, se os efeitos da nulidade poderão prejudicar terceiros de boa-fé, contudo isto não impede o desfazimento do negócio jurídico em si.

Pois bem, não obstante as inúmeras variações teóricas que este termo possa representar, nos interessa analisar em que medida as consequências extrajurídicas (SCHUARTZ, 2011)<sup>6</sup>, justificada nos argumentos que fundamentam as decisões vinculantes

1 SCHEFFLER, Samuel. From the Rejection of Consequentialism, in DARWALL, Stephen (org.). Consequentialism. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 109.

2 DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p.147.

3 POSNER, Richard. Law, Pragmatism, and Democracy. Cambridge/London: Harvard University Press, 2003, p. 82.

4 HURLEY, Paul. Beyond Consequentialism. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 10.

5 ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 119.

6 SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. Direito e Interpretação: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

proferidas pelo Supremo Tribunal Federal podem acarretar ao sistema de precedente instituído pelo Código de Processo Civil de 2015.

No âmbito do sistema da *common law* (MACCORMICK, 2008)<sup>7</sup>, uma argumentação jurídica baseada em suas consequências poderá oferecer dois riscos extremos que desqualificam a coerência e coesão do precedente. O primeiro, ao alertar o perigo de uma fundamentação estritamente consequencialista que, a pretexto de possuir algum grau de justificação racional dentro do universo do direito, projeta-se tão somente para conter ou estimular determinadas situações extrajurídicas como possíveis. O segundo, diametralmente oposto, centra-se no risco de haver uma argumentação puramente dogmática, descolada da realidade, sem se preocupar com as consequências para além da decisão. Em suma, o campo ideal de justificação argumentativa de um precedente transita entre o universo destes polos. A estabilidade, a integridade e a coerência tão almejadas enquanto fator de previsibilidade e segurança jurídica na incorporação do *stare decisis*, claramente repousa neste interregno, não nos parecendo íntegra uma argumentação teórica calcada unicamente em uma hermenêutica racional, sem se ponderar sobre as possíveis consequências sociais, políticas ou econômicas desta decisão; bem como soaria incoerente ao sistema jurídico uma decisão judicante direcionada unicamente a amparar as consequências extrajurídicas que dela poderão advir, sem se preocupar com a sua adequação e com a coerência do ordenamento como um todo. Em síntese, a racionalidade de uma justificação argumentativa aceitável, uniforme, estável, íntegra e coerente perpassam a confluência destes fatores. Eis o desafio do operador do direito.

Neste cenário, será consequencialista os precedentes formados no âmbito do Supremo Tribunal Federal que, por se pautarem em retóricas supostamente jurídicas - ou com o apelo de -, estão em verdade, justificando as consequências desejadas e projetadas no campo político, econômico ou social. Nestas hipóteses, notar-se-á que a estruturação e o desenvolvimento dos argumentos jurídicos da *ratio decidendi*, em grande medida, são forjados de maneira a proporcionar um álibi teórico, sob uma guarida jurídica racional, capaz de legitimar a aceitabilidade das consequências desejadas pelo julgador, sem a intenção de proporcionar uma efetiva difusão e generalização do precedente. Este modelo argumentativo carrega consigo um alto risco de incoerência, quando os efeitos esperados de uma decisão sedimentada à luz da ordem estabelecida, são sublimadas pelas consequências metajurídicas emuladas a partir de uma linguagem epistemológica da ciência do direito (MACCORMICK, 2008)<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 87.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 103.

Não se fará neste momento – e esta não é a proposta – uma distinção entre casos fáceis e difíceis (DWORKIN, 1999)<sup>9</sup>, ao exemplificar, cada qual, os aspectos teóricos de uma doutrina destinada à argumentação jurídica. De modo mais generalista adotaremos a concepção consequencialista exposta anteriormente, para a partir dela, revelar como as razões jurídicas expostas no campo do direito tributário, são projetadas para amparar as consequências imaginadas ou para aquelas que se quer evitar. Antecipando-me, o deslocamento epistemológico argumentativo entre a causa e os efeitos jurídicos possíveis do caso concreto, dentro de uma ordem coerente e integradora preestabelecida pelo direito posto incorpora indevidamente ao espectro hermenêutico, as consequências metajurídicas que não estão preestabelecidas à ordem legal, tampouco na racionalidade argumentativa do direito e, muito menos, o campo de difusão universal próprio do precedente, seja porque o órgão judicante não tem a expertise para conhecer todas as consequências desejadas, seja porque as consequências avaliadas são altamente manipuláveis de um contexto para o outro, ou, ainda, porque não compete ao Poder Judiciário ponderar e avaliar quais os argumentos consequencialistas que legitimam a tomada de decisão.

---

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de eito Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 513.

# **CAPÍTULO 5**

---

**ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS  
INCORPORADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

No campo do Direito Tributário temos dentro de seu sistema – leia-se: Código Tributário Nacional -, a concepção normativa que tributos declarados inexigíveis, seja por ilegalidade ou por inconstitucionalidade, acarretam a favor do contribuinte, a repetição do indébito tributário (ÁVILA, 2012)<sup>1</sup>. Esta interpretação está sedimentada no princípio que veda o enriquecimento sem causa ou ilícito. Isto é um postulado de justiça.

Em inúmeras oportunidades, tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, nos mais diversos precedentes, reconheceram ao contribuinte, o direito à repetição do indébito tributário à luz da interpretação constitucional ou infraconstitucional<sup>2</sup>. Todavia, por vezes, este direito é restringido por pressões fazendárias (PISCITELLI, 2011)<sup>3</sup>, ante as possíveis consequências econômicas, políticas ou sociais, que o julgado pode proporcionar ao erário. Estes fatores extrajurídicos são simbolizados por expressões, entre as quais: a “possibilidade de rombo nos cofres públicos”, a “queda da arrecadação estatal”, a “inexistência de contrapartida do contribuinte”, a “não comprovação da repercussão econômica na cadeia produtiva”, etc.

Por vezes, estes motivos extrajurídicos não declarados – ou declarados de maneira lateral (*obter dictum*) – se revestem de argumentos jurídicos que se apropriam da linguagem epistemológica do direito, com o propósito de legitimar uma situação fática, cuja nítida mensagem é outra, qual seja: é possível validar a cobrança de tributos inconstitucionais, desde que a arrecadação seja suficientemente relevante para o Estado, a ponto de não poder ser repetido.

Ora, a validação destes argumentos no cenário do direito, especialmente, como razão determinante de um precedente com potencial de difusão, passa a ser interpretado como uma fonte primária do direito, na medida em que os eventuais efeitos “*erga omnes*” decorrentes do efeito vertical do precedente (*binding effect*) possibilita uma propagação deste raciocínio consequencialista aos demais operadores do direito. Inaugura-se neste sentido, uma pulverização deste argumento extrajurídico incorporado ao precedente formado, sem se possibilitar àqueles que o replicam, um pronunciamento crítico, caso algum ente federado implicado nesta decisão, por exemplo, não esteja em uma situação de penúria fiscal.

Todavia existe quem, ao contrário, defende uma abordagem consequencialista ao avaliar os impactos decisórios emanados pelo Poder Judiciário. Aduzem que a análise de prognose é essencial para conferir legitimidade ou ilegitimidade social ao se interpretar uma dada norma. Em que pese a defesa dos autores, não é dado ao Poder Judiciário ingressar

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>3</sup> PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Argumentando pelas consequências no direito tributário. São Paulo: Noeses, 2011, p.86.

em prognósticos metajurídicos, a fim de dar suporte político, econômico ou social a uma determinada decisão. Não obstante se entenda as razões contramajoritárias do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, penso que à Corte não cabe a aferição de legitimidade democrática dos efeitos extrajurídicos da norma constitucional interpretada. Em um ambiente de validação e de evolução da ordem estabelecida e, diante do arcabouço hermenêutico de que se dispõe, nos parece nada republicano a criação de exceções através de exames de prognose com um fim em si mesmo, sem se contemplar que a arena constitucional adequada para tal mister está situado no Poder Legislativo, ou no Poder Executivo ou ainda no setor econômico (STRECK, 2013)<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 708.

## CONCLUSÕES

A proposição deste artigo visa suscitar um debate acerca dos efeitos da inserção de elementos consequencialistas, ou extrajurídicos, enquanto balizas justificadoras de um pretense argumento jurídico que delimitam as razões determinantes de precedentes paradigmáticos. Esta postura corrói o poder de difusão e generalização do precedente e, por vezes, impede uma estabilidade, integridade e coerência deste, enquanto fonte primária do direito, porquanto os operadores do direito, responsáveis pela replicação do precedente, não possuem o mesmo contexto fático de prognose auferido pelo prolator – que igualmente, alíás, não tem a capacidade para avaliar as consequências metajurídicas, notadamente porque o Poder Judiciário não é um palco adequado para esta análise.



## BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, George. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teoria da argumentação jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_, Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_, O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILLIER, Jean-Cassien & MARYOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Noberto. A teoria das formas de governo. Brasília: Editora Unb, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O Regime do Precedente Judicial no Novo CPC. Precedentes. Coordenador: DIDIER JR., Fredie. Salvador: Juspodivm, 2015.

DANTAS, David Diniz. Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo. São Paulo. Positivismo Madras, 2004.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_, O império do Direito. Tradução de eito Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS. Jurgen, Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I/ Jurgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HART, Hebert Lionel Adolphus. The concept of law. Oxford University Press, USA; 3ª edição, 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto

Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HURLEY, Paul. *Beyond Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_, *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 87.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes Vinculantes nos Estados Unidos da América e no Brasil: um Estudo Comparado*. RDI, Brasília, v. 13, n. 3, p. 264-286, 2016.

PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

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

SCHAUER, Frederick. "Authority and Authorities." *Virginia Law Review*, vol. 94, no. 8, 2008.

SCHEFFLER, Samuel. *From the Rejection of Consequentialism*, in DARWALL, Stephen (org.). *Consequentialism*. Oxford: Blackwell Publishing, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, in MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. *Cortada. Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante. Um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"?* *Direitos fundamentais e justiça*, Salvador, nº 5, p. 162 a 185, out./dez. 2008.

\_\_\_\_\_, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade*. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, n. 181, v. 28, abr/jun 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário*. *Revista de Processo nº 117*, São Paulo: RT, nov./2009.

# O CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO COMO FATOR DE EROSÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE

O objetivo deste livro é evidenciar nas bases teóricas do “consequencialismo” descrito por Neil Maccormik, a erosão que esta espécie de argumentação jurídica pode causar aos valores almejados pelo Código de Processo Civil, ao buscar e valorizar o apreço à estabilidade, à integralidade e à coerência na formação dos precedentes elaborados pelas Cortes brasileiras. Busca-se estabelecer uma correlação entre o uso indiscriminado ou indevido desta ferramenta argumentativa para justificar todo e qualquer caso concreto que está para além do arcabouço hermenêutico disposto na teoria do direito. É preciso avaliar quais os efeitos para a estabilidade, integridade e a coerência do sistema de precedentes forjados sob os auspícios do Código de Processo Civil de 2015, quando a ratio decidendi é fundamentada com o objetivo de evitar, ou provocar, determinadas consequências no campo econômico, político ou social da decisão, sem se importar com a coerência e coesão do sistema judicial.

RFB Editora  
CNPJ: 39.242.488/0001-07  
91985661194

[www.rfbeditora.com](http://www.rfbeditora.com)  
[adm@rfbeditora.com](mailto:adm@rfbeditora.com)

Tv. Quintino Bocaiúva, 2301, Sala 713, Batista Campos,  
Belém - PA, CEP: 66045-315

