XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo juridico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Rogerio Luiz Nery Da Silva. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-601-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça, do direito e da decisão. 2. Teorias da argumentação e do realismo jurídico. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) promove uma série de encontros anuais, de abrangência nacional, nos formatos virtual e presencial, visando à produção e disseminação de pesquisas na área jurídica.

Esses eventos, além de contemplar palestras de juristas de destaque, nos âmbitos nacional e internacional, enfocam precipuamente a apresentação de artigos científicos, defendidos perante grupos de trabalho especializados por área (os GTs). Nesses grupos, promove-se a discussão sobre o estado da arte da produção da ciência jurídica brasileira e internacional. Trata-se de momento de compartilhamento e debate das diversas pesquisas realizadas no contexto da pós-graduação em direito e, portanto, de oportunidade de formação de relevantes redes de diálogo entre estudiosos, professores e cientistas nacionais e estrangeiros (networking).

Especificamente o grupo de trabalho Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e Realismo Jurídico, ora em apresentação, enfoca os seguintes temas: concepções de justiça; matrizes fundantes da ideia de justiça; justiça e direito; a justiça e sua relação com a busca da verdade; justiça universal e justiça particular; justiça substantiva e justiça procedimental; justiça distributiva; teorias modernas da justiça; utilitarismo clássico e contemporâneo; liberalismo, igualitarismo e libertarianismo; comunitarismo, particularismo, perfeccionismo, republicanismo e multiculturalismo; democracia deliberativa e justiça social como reconhecimento; razão jurídica; semiótica; retórica; lógica; argumentação e argumentação jurídica; direito e ciência jurídica; teoria da norma jurídica; teoria da norma e teoria da decisão; teoria do ordenamento jurídico; direito e linguagem; positivismo(s) jurídico (s); realismo(s) jurídico(s), modelos norte-americanos, escandinavos; o paradigma da cientificidade; falseabilidade; pragmatismo filosófico e jurídico; relações entre direito, estado e sociedade: os modelos formalistas, sistêmicos-operacionais e realistas; o pensamento sistemático aberto a valores: a relevância dos princípios e sua constitucionalização; o direito como sistema de regras e princípios; a relação entre direito e moral; o discurso jurídico; judicialização; ativismo judicial; decisionismo; idealismo jurídico; neoconstitucionalismo; Teoria da norma x teoria da decisão; e, pragmatismo.

Na presente oportunidade, na agradável cidade de Balneário Camboriú (SC), entre os dias 7 e 8 de dezembro de 2022, foram apresentados artigos científicos que tratam, de forma abrangente e interdisciplinar, sobre os assuntos afetos ao presente GT, antes indicados. A qualidade e a relevância dos trabalhos apresentados são indicativos da relevância do Conpedi, notadamente no tocante ao debate sobre as questões mencionadas, as quais reclamam constante aperfeiçoamento no âmbito da pós-graduação em direito.

Em continuidade às apresentações, os trabalhos geraram importantes interações acadêmicas, contextualizando os temas trabalhados com o devir dos cenários político, econômico e social atuais, que representam um notável desafio para os juristas.

Com satisfação e respeito, os coordenadores do grupo de trabalho convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua e leve leitura.

Não se pode encerrar, contudo, sem o merecido agradecimento aos pesquisadores que produziram o conhecimento ora disponibilizado e, além disso, contribuíram para os importantes diálogos, conduzidos no presente grupo de trabalho.

Prof. Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior (UFRGS)

Prof. Dr. Orlando Luiz Zanon Junior (Univali)

Prof. Dr. Rogerio Luiz Nery Da Silva (UNOESC e UNIRV)

MODULAÇÃO DE EFEITOS E CONSEQUENCIALISMO EM JUÍZO: UM ESTUDO A PARTIR DOS CASOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NA FEDERAÇÃO

MODULATION OF EFFECTS AND CONSEQUENTIALISM IN COURT: A STUDY BASED ON CASES OF CONTROL OF THE CONSTITUTIONALITY OF TEMPORARY CONTRACT IN THE FEDERATION

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros [1]

Resumo

Este estudo aborda o tema do consequencialismo jurídico a partir de discussões envolvendo modulação de efeitos das decisões de controle de constitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal. O argumento consequencialista é uma autodescrição que permite considerar as possíveis consequências, sejam quais forem, de uma decisão jurídica como razão para decisão. Num primeiro momento, o estudo discute o enfoque teórico sobre consequencialismo, ponderando a importância empírica sobre o tema. Nos casos de modulação de efeitos da decisão, o assunto do consequencialismo é importante haja vista a aplicação de efeitos retroativos ou pro futuro, o que pode representar ou evitar uma grande quantidade de novas demandas no Judiciário. Na segunda etapa, por meio de um método de pesquisa jurisprudencial, o estudo examina alguns casos de controle de constitucionalidade envolvendo contratações públicas temporárias, que discutiram a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais e federais que ofenderam o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal. O exame dos casos revela que a aplicação da modulação ultrapassa a mera questão de mérito do controle de constitucionalidade e outros tipos de argumentos estão em jogo para além das razões de segurança jurídica ou de relevante interesse social, de modo a indicar a complexidade do exame do consequencialismo em juízo.

Palavras-chave: Consequencialismo, Argumentação, Tribunal, Modulação de efeitos, Decisão

Abstract/Resumen/Résumé

This study addresses the issue of legal consequentialism based on discussions involving modulation of the effects of judicial review decisions by the Federal Superior Court. The consequentialist argument is a self-description that allows considering the possible consequences, whatever they may be, of a legal decision as a reason for decision. At first, the study discusses the theoretical focus on consequentialism, considering the empirical importance of the theme. In cases of modulation of the effects of the decision, the issue of consequentialism is important given the application of retroactive or future effects, which can represent or avoid a large number of new demands in the Judiciary. In the second stage,

[1] Professor doutor e pesquisador da Faculdade de Direito, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, campus Alphaville/SP. Líder do Grupo de Pesquisa Direito & Regulação da Sociedade, cadastrado no diretório do CNPq.

through a jurisprudential research method, the study examines some cases of constitutionality control involving temporary public contracts, which discussed the unconstitutionality of some state and federal laws that offended article 37, item IX, of the Federal Constitution. The examination of the cases reveals that the application of modulation goes beyond the mere question of the merits of judicial review and other types of arguments are at stake in addition to reasons of legal certainty or relevant social interest, in order to indicate the complexity of the examination of the consequentialism in court.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Consequentialism, Argumentation, Court, Modulation of effects, Decision

1. INTRODUÇÃO

O estudo da modulação temporal dos efeitos das decisões de controle de constitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal (STF) é um tema controverso, sobretudo quando relacionado com a análise da argumentação da Corte para aplicação do instrumento. Passados mais de dezesseis anos das promulgações das leis que preveem a modulação de efeitos no direito brasileiro (Lei 9868/99 e Lei 9882/99), ainda não se sabe como o STF utiliza este mecanismo.

No Brasil, segundo as previsões legais, a modulação dos efeitos das decisões do STF exige o cumprimento de dois critérios objetivos (relacionados ao direito processual), a princípio, somente pode ser determinado pelo pleno (observância do quórum de dois terços dos ministros) e a necessidade da declaração de inconstitucionalidade, além de cumprir um critério material (relacionado ao direito material) que determina a exigência de razões de "segurança jurídica" ou de "excepcional interesse social" para a modulação no caso concreto.

Muitas dúvidas pairam nos julgados da Corte acerca da aplicação destes critérios legais. Em diversas situações observa-se que mesmo sem a declaração de inconstitucionalidade a Corte já admitiu a aplicação da modulação[1] e em relação ao pedido da modulação não há uma definição quanto ao momento[2] ou ao quórum qualificado já que também se admite a modulação no controle difuso de constitucionalidade[3].

Outra controvérsia é saber como a Corte define as razões de "segurança jurídica" ou de "relevante interesse social", na ocasião da aplicação do critério material para as modulações nos casos concretos. Algumas pesquisas empíricas (MOROSOV, 2013; BRAZ, 2012; JACOB, 2011; OLIVEIRA, 2008) apontam que os ministros não esclarecem a definição destes termos, deixando de explicar os problemas envolvidos no caso concreto e qual seria a necessidade da

[1] Exemplos de aplicação da modulação não envolvendo declaração de inconstitucionalidade, encontram-se nos julgados dos RE 600.885/RS, RE 586.453/SE e MS 26.604/DF.

[2] Interessante constatar a conclusão da pesquisa de Morosov (2013): "(...) em esmagadora maioria dos julgados, o STF analisa a aplicação da modulação de efeitos ao mesmo tempo que julga a questão principal, sendo que em poucos julgados ocorre a divisão bifásica acerca da análise sobre a modulação de efeitos. " (p. 66).
A modulação segundo o modelo bifásico seguiria a seguinte forma: a questão da modulação é levantada por algum ministro, na forma de propostas encaminhadas ao plenário para deliberação após a decisão da Corte. Os ministros se manifestam sobre a modulação proposta, sendo que a discussão gira em torno de seu cabimento ou não e dos termos que ela se dará. Assim, a votação sobre o mérito não vincula os que votaram contra a inconstitucionalidade, de modo que todo o plenário volta a decidir especificamente sobre a modulação. Alguns exemplos são os julgados das ADI's 3.819/MG, 3.660/MS, 4.009/SC e 3.022/RS.

[3] Exemplos da não observação do requisito do quórum qualificado para a modulação nos julgados dos RE-ED 600.885/RS, ADI 4.029/AM, ADI-ED 2.797/DF e MS 26.604/DF.

modulação. Em grande medida a justificativa para este ônus argumentativo decorre do fato de que tais termos são compreendidos como conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, na ocasião de aplicação, dependem de um esforço argumentativo dos ministros para definirem o seu escopo e conteúdo a partir do caso concreto.

O estudo admite que essas incertezas da aplicação refletem no embate entorno da função deste instituto, que geralmente representa para Corte um conflito entre um propósito jurídico e outro relacionado à política judiciária. De maneira resumida, afirmam os partidários da perspectiva jurídica que, ao modular os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, os ministros estão atendendo imposições constitucionais para além da regra geral do princípio da nulidade das normas inconstitucionais, que opera efeitos retroativos.

Há um posicionamento dominante no STF em excepcionar a regra geral da nulidade em razão da separação dos planos da eficácia da lei declarada inconstitucional e do plano dos atos concretos já produzidos, exigindo uma ponderação de outros princípios. É ilustrativo o voto do ministro Gilmar Mendes, na ADI 3.819/MG, "[u]ma coisa é a lei inconstitucional cessa a sua outra atividade, não mais se aplica; outra coisa é a sua repercussão no plano do ato concreto" (p.444).

Embora o discurso da Corte sustente explicitamente o propósito jurídico, algumas pesquisas (JACOB, 2011; OLIVEIRA, 2008) indicam que o STF decide a modulação de maneira discricionária, relacionando-se mais com questões da agenda política judiciária da Corte. A ideia que subjaz este entendimento é que a modulação não seria resultado direto de uma rigorosa ponderação dos princípios em jogo no caso concreto, pois ao proceder à limitação dos efeitos, a Corte recorre às situações externas ao direito.

Em muitos casos de modulação, ministros argumentam que esta é uma maneira de evitar uma grande quantidade de novas demandas no STF, sobretudo quando aplicado efeitos retroativos. Nesse sentido, basta verificar outro voto do ministro Gilmar Mendes, no RE 559.943/RS, no qual se discute a constitucionalidade de prazos de prescrição, a decadência em matéria previdenciária; e é argumentado favoravelmente à modulação em razão das inúmeras ações de repetição de indébito que poderiam ser ajuizadas caso fosse aplicada a tese da nulidade: "[e]stou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição indébito de valores recolhidos (...) (p. 2229)".

Diante deste cenário, o estudo propõe outra forma de compreender o embate, pois o que está em evidência nos dois posicionamentos é uma questão da qualidade da argumentação da Corte. O importante é identificar como o STF justifica a modulação de efeitos nos casos concretos. Admite-se que *de fato* a aplicação da modulação ultrapassa a questão do controle de constitucionalidade e outros tipos de argumentos estão em jogo para além das razões de "segurança jurídica" ou de "relevante interesse social".

O que se observa é a presença de um cálculo político da Corte ao modular as decisões, há um agir estratégico. Aliás, está é uma conclusão nos estudos empíricos sobre o tema no STF, indicando que prevalece um descompasso entre a previsão normativa e a aplicação prática deste instituto pelos ministros. Em recente pesquisa, concluiu Morosov:

> (...) os Ministros acabam aplicando o instrumento em situações diversas da estabelecida na lei. Procuram desenvolver e alargar um instrumento constitucional como forma de solucionar problemas, jurídicos ou não, que envolvem mais do que apenas a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. (2013, p. 78)

Dentre os argumentos utilizados pelos ministros, frequentemente são levantadas razões de ordem consequencialista sobre quais são as prováveis consequências diante do vácuo jurídico e como avaliá-las[4]. O consequencialismo jurídico pode ser compreendido como uma maneira de argumentar levando em conta uma situação futura. Esse tipo de argumentação exige que o juiz identifique as possíveis consequências (*etapa descritiva*) e verifique a plausibilidade ou probabilidade de que as consequências indicadas à declaração viessem a se concretizar (*etapa avaliativa*). Destaca-se que estão em questão consequências fáticas, e não meramente normativas, relacionadas apenas aos efeitos da inconstitucionalidade no ordenamento. Afinal, por que e como uma Corte se preocupa com as consequências de suas decisões na modulação de efeitos?

Para desenvolver a questão o estudo analisa a utilização do argumento consequencialista nas ADI 3.237/DF, ADI 3.649/RJ e ADI 3.430/ES, nas quais a Corte se manifestou sobre a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais e federais que ofenderam o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal. Nos três casos, tratavam-se de leis que não especificavam de modo

[4] O argumento consequencialista se apresenta de diversas maneiras no direito brasileiro. Destaca-se alguns motivos que apontam para o aumento deste argumento nos tribunais: aumento da quantidade de legislações progressistas, entendidas como leis que buscam objetivos concretos estabelecidos na Constituição Federal de 1988; pressão social por mais transparência no processo de tomada de decisão; interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de clausulas gerais e, ainda, após a Constituição Federal 1988, o Poder Judiciário assumiu um papel de maior destaque, sobretudo o STF que passou a decidir alguns conflitos institucionais e políticos do país, desempenhando um papel relevante no controle das politicas públicas.

suficiente as hipóteses emergenciais que justificariam medidas de contratação excepcional, infringindo a norma constitucional. Para tanto, a Corte recorreu à modulação de efeitos para suprir as eventuais consequências indesejadas e provocadas pelo vácuo jurídico.

2. BASE TÉORICA E A GUINADA EMPÍRICA PARA O CONSEQUENCIALISMO NO DIREITO

O argumento consequencialista é uma autodescrição que permite considerar as possíveis consequências, sejam quais forem, de uma decisão jurídica como razão para decisão.

Diferentemente do consequencialismo, já se admite que as consequências sejam tratadas como razões para decidir mediadas pelo direito, ou melhor, por um processo argumentativo baseado em normas jurídicas preexistentes que respeite a função e a estrutura do direito – em termos sistêmicos, observando seus códigos e programas.

Tal distinção é importante, pois, se o sistema jurídico consegue operar somente com este tipo de argumento por meio de informação internamente produzida pelo direito, não há argumentos consequencialistas *fora* dele, mesmo que essas consequências refiram-se ao plano social. A consequência, portanto, está necessariamente relacionada à operação jurídica e, portanto, pressupõe alguma tradução e processamento pelo direito, que produz as informações.

Vale ressaltar que esses argumentos são formulados por razões hipotéticas, tratam de situações futuras e, no entender da literatura, dividem-se em dois tipos, a saber: *argumentos consequencialistas propriamente jurídicos* e *argumentos consequencialistas extrajurídicos,* ou *sociais*. No primeiro caso, referem-se às razões que concernem às implicações legais no interior do sistema jurídico. Não se confunde, porém, com a consequência normativa da norma jurídica, devendo-se observar as consequências que determinada decisão produz dentro do sistema em relação às decisões passadas ou à sua coerência e consistência diante de leis constitucionais ou inconstitucionais.

Em muitos casos, o debate dos *argumentos consequencialistas jurídicos* aparece impulsionados por discursos sobre a formulação de precedentes, da integração de lacunas ou da preocupação dos juízes com a coerência das decisões diante de possíveis desdobramentos que aquela nova decisão provocará no interior do sistema jurídico. Assim, a questão dos argumentos consequencialistas jurídicos sempre se relaciona com a observação da recursividade das operações do direito, que está em constante mudança e estabilização. Note-se que essa dinâmica que envolve as consequências jurídicas das decisões não se limita apenas aos tribunais, mas é um símbolo que marca toda e qualquer relação interna do sistema.

Em contrapartida os *argumentos consequencialistas extrajurídicos* são as repercussões da decisão jurídica *fora* deste sistema, ambiente do direito. Trata-se, aqui, das repercussões em termos comportamentais (ambiente extrassocial do direito) e em termos comunicativos (ambiente intrassocial do direito) – que o direito não consegue controlar, mas sobre as quais é capaz de especular, produzir informação e gerar conhecimento. Este tipo de argumento relaciona-se a discussões sobre o impacto de determinada decisão em outro sistema social, como o econômico, o político, o da educação ou o da saúde; além disso, é um tipo de argumento mais controverso do que o primeiro, uma vez que não encontra tantos programas e apoios recursivos para sua operação a partir do sistema jurídico.

Diante desta observação, muitos teóricos da argumentação jurídica preocuparam-se em criar regras para orientar e aplicar esses argumentos no direito. É possível desdobrar dois caminhos: alguns buscaram apresentar as possíveis justificativas para defender ou rejeitar a aplicação de argumentos consequencialistas no direito; outros, talvez num processo mais difícil, elaboraram critérios claros para a aplicação destes argumentos, sobretudo em relação às consequências extrajurídicas, que dependem da tradução, processamento e produção de novos programas pelo direito. É possível concordar com o jurista espanhol Joxerramon Bengoetxea (1993), portanto, de que o problema, nestes casos, é que, em sendo as consequências hipotéticas, suas avaliações são sempre produzidas *a priori* e de maneira abstrata, o que impede o controle racional destas hipóteses a partir de dados empíricos.

Relembre-se o famoso argumento da batalha naval em Aristóteles, que discute a aplicação do princípio da bivalência para afirmações sobre futuros contingentes. Como o direito é capaz de observar uma situação no futuro? Não o é; a observação será sempre *presente do futuro*.

Os argumentos com base nas consequências implicam ao mesmo tempo a possibilidade de algo acontecer e também a de não acontecer *hoje*, além, obviamente, a de coisas inimagináveis acontecerem no *futuro*. Em uma visão realista – que admita a verdade por correspondência –, portanto, questiona-se como é possível afirmar hoje o valor de verdade/falsidade e de necessidade sobre algo que ainda acontecerá? Aristóteles já havia afastado a tese de que antífases não determinam o futuro; não basta indicar todas as alternativas de um evento futuro diante da contingência, pois essas consequências não são verdadeiras nem falsas ainda. Se "*hoje* há uma batalha naval", ela é verdadeira por correspondência *hoje*.

De toda sorte, as teorias da argumentação assumiram este difícil compromisso em relação ao problema dos futuros contingentes no interior do sistema jurídico no momento em

que pretenderam explicar como é possível atribuir valores e diferentes modos de avaliação na articulação dos argumentos consequencialistas quando da tomada de decisão jurídica que está temporalmente vinculada ao tempo presente da decisão.

Sugere-se que as respostas teóricas não resolvem a contento o problema, seja porque acarretam uma grande incerteza normativa – *e.g.*, regras jurídicas não fazem previsões -, seja porque dependem de uma visão substancialista da argumentação – *e.g.*, o que dizem outros campos do conhecimento sobre o futuro -, uma vez que, no limite, se vincularão à necessidade de mobilização de ferramentas empíricas para a avaliação das consequências. Além disso, essas correntes acabaram não renunciando a ideia de ver o problema da argumentação jurídica como uma questão de reconhecimento e de prevenção de erros – o que dificultou sobremaneira o tratamento das consequências pelo direito. Para este estudo uma importante alternativa é recorrer a perspectiva empírica e institucionalista, que permite focar na dimensão prática sobre como estes argumentos são construídos, operados e aplicados pelos tribunais e juízes

3. PROBLEMAS DO CONSEQUENCIALISMO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

Nas teorias da decisão condicionada ao exame das consequências duas principais questões são colocadas. Quais consequências considerar? Como avaliar as consequências?

3.1. DETERMINAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS

Considere que seja possível saber todas as consequências de duas ações A e B e, ainda, que A e B sejam as únicas ações possíveis. Ao decidir se deve seguir A ou B, o tomador de decisão utilitarista vai questionar se as consequências da ação A são melhores que as da ação B, ou vice-versa, ou se todas as consequências são iguais. Assim, ele optará por A se as consequências forem "melhores" que as de B. Todavia, ao sustentar que determinadas consequências são "melhores", o tomador de decisão já estabeleceu uma primeira avaliação sobre as consequências e depois as comparou.

No exemplo, o tomador de decisão tanto indicou as consequências desejadas – primeira avaliação – como comparou as ações considerando as consequências desejadas – segunda avaliação. O direito pode fixá-las, tal como os propósitos em normas programáticas, embora no caso concreto a constatação destas consequências e suas avaliações não sejam simples de se determinar. A principal questão é que se trata sempre de discordâncias práticas a partir das interpretações do texto legal em dada situação.

Neste sentido, coloca-se uma segunda questão ao modelo utilitarista baseado na tomada de decisão pelas consequências que se refere ao problema do futuro: até onde é preciso calcular as consequências? Para utilitaristas como Mill e Bentham não há problema em afirmar que toda a humanidade pretende maximizar o bem-estar geral. No entanto, como prever a situação total do futuro, que pode estender-se ao infinito? A resposta utilitarista afirma que as consequências remotas podem ser desconsideradas na prática em razão da impossibilidade de uma avaliação precisa sobre um futuro distante. A questão também se relaciona com a dificuldade de atribuição de probabilidades aos eventos e, inclusive, a todas as situações consideradas em conjunto – o que revela a fragilidade de admitir que o simplesmente direito estipula níveis de probabilidade para cada disciplina.

3.2. AVALIAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS

O tema da avaliação das consequências se relaciona com o desenvolvimento de técnicas necessárias e suficientes capazes produzir métricas de comparação. No final da década de oitenta, observou-se a expansão de centros técnico-administrativos decisórios pautados na atuação dos experts a fim de melhor avaliar as consequências. A principal justificativa para esta atuação reside na narrativa que as comunicações dos experts estão situadas no campo do sistema científico, o que permite uma decisão politicamente neutra e coerente.

No direito isto se relaciona também ao tratamento dos argumentos consequencialistas e de formas de avaliação de questões fáticas – e.g., distribuição do ônus da prova e da produção da prova, utilização de prognósticos, dados empíricos e como atestar a confiabilidade deles, fixação de regras de valoração etc. De modo geral, trata-se de uma exigência para a valorização e o aprofundamento da dogmática, que serve como forma de operacionalizar e controlar as consequências, como forma para a busca e aplicação de critérios e avaliação de diferentes valores que autoridades decisórias enfrentam no processo decisório.

4. METODOLOGIA

A seleção de casos que formou a amostra da pesquisa ocorreu por meio da análise de acórdãos disponíveis no sítio do STF. Os acórdãos foram selecionados por meio da ferramenta de busca na parte “Jurisprudência”, sendo adotados os critérios data, órgão julgador e palavras-chave.

No campo referente à data, o marco temporal indicado foi de 10/11/1999, data de promulgação da Lei nº 9.868/99, até a data de atualização da pesquisa em 01/06/2015. No campo referente ao órgão julgador e às ações, foram selecionadas apenas decisões realizadas pelo plenário em ações de controle concentrado de constitucionalidade e com modulação, uma vez que a preocupação foi entender a argumentação enquanto Corte Constitucional, discussão com ofensa direta ao texto constitucional. Por fim, foram empregadas as seguintes palavras-chave: "contratação adj temporária".

O recorte temático de contratação temporária dos Estados na Federação se justifica por dois motivos. Primeiro, trata-se de um tema recorrente no pleno do STF onde a discussão da modulação de efeitos já foi levantada algumas vezes. Segundo, discutir a inconstitucionalidade das contratações temporárias no âmbito da Administração Pública implica entender como o STF vem se relacionando com o Poder Público, sobretudo em relação ao planejamento político, já que em razão do controle judicial das contratações, a Corte pode criar incentivos e desincentivos para toda sorte de atividades no país. Nestes dois motivos (modulação de efeitos e planejamento) é possível verificar a mobilização de argumentos consequencialistas, pois os ministros consideram *em tese* as circunstâncias futuras e os riscos envolvidos na anulação de contratos do Poder Público para a tomada de decisão.

Obteve-se 37 acórdãos. Após, descartadas as decisões tomadas em sede de recurso extraordinário, reclamação constitucional, medidas cautelares e ações de controle de inconstitucionalidade julgadas improcedentes pelo pleno, chegou-se ao número de 10 julgados que foram agrupados conforme a aplicação ou não da modulação de efeitos.

Modulação de efeitos	**Acórdãos**
Aplicada	ADI 3.649/RJ; ADI 3.237/DF; ADI 3.430/ES
Não aplicada	ADI 5.163/GO; ADI 3.247/MA; ADI 3.210/PR; ADI 3.700/RN; ADI 2.229/SC; ADI 2.987/SC; ADI 1.500/ES

Como se pode verificar, nos casos julgados procedentes em ações de controle de constitucionalidade das contratações temporárias nos Estados da Federação, o STF em geral não aplica a modulação de efeitos. Embora nos acórdãos mais recentes (ADI 3.649/RJ; ADI

3.237/DF; ADI 3.430/ES ADI 5.163/GO; ADI 3.247/MA), julgados em 2015, 2014 e 2009, a modulação de efeitos foi colocada em questão pelo plenário.

Na sequência são indicadas as razões das modulações de efeitos nos casos identificados.

5. ANÁLISES DE CASOS DAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS NOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO

No STF o tema das contratações temporárias nos Estados da Federação encontra respaldo na argumentação consequencialista. Nas ADI 3.649/RJ, ADI 3.237/DF e ADI 3.430/ES, a Corte se manifestou sobre a inconstitucionalidade de algumas leis estaduais e federais que ofenderam o artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal.

Deve-se lembrar que a contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção na Administração Pública, sendo imprescindível possuir previsão legal por parte do ente federativo. Além disso, para que se efetue a contratação temporária é necessário que seja estipulado o prazo de contratação em lei, bem como que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade e de excepcionalidade.

Nos três casos, tratavam-se de leis que não especificavam de modo suficiente as hipóteses emergenciais que justificariam medidas de contratação excepcional, infringindo a norma constitucional. A ausência de definição em lei das hipóteses de contratação temporária acabaria transferindo inconstitucionalmente essa incumbência ao chefe do Poder Executivo. Aliás, segundo o voto do ministro Joaquim Barbosa, na ADI 3.649/RJ, este poderia ser um indicativo da precarização na prestação de alguns tipos de serviços básicos no país, como educação e saúde pública, e da falta de prioridade, pelos governos, nessas áreas, possibilitando contratações de natureza política em detrimento da regra fundamental do concurso público. Percebe-se que o controle judicial das contratações certamente interfere no planejamento das atividades públicas, desde questões orçamentárias até reforçando determinadas práticas contratuais invés de outras.

Interessante para pesquisa é verificar que nesses casos o STF recorreu à argumentação consequencialista para decidir sobre a modulação dos efeitos da decisão. Isto porque os efeitos retroativos das declarações de inconstitucionalidade provocariam um vácuo jurídico imediato no ordenamento de cada Estado, inviabilizando, ainda que temporariamente, qualquer tipo de contratação temporária. Tal situação provocaria um *periculum in mora* inverso já que se

tratavam de leis preventivas, destinadas às situações excepcionais (tragédias abruptas da natureza e às epidemias que procuravam minimizar).

Na ADI 3.237/DF, que versava sobre a lei de contratação temporária no âmbito do hospital das Forças Armadas e atividades desenvolvidas no escopo do Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM) e do Sistema de Proteção da Amazônia (SIPAM), argumentou-se que, considerando que a lei estava em vigor há mais de 10 anos, a imediata eliminação da lei erigiria um obstáculo intransponível a qualquer tipo de contratação temporária pelo Hospital das Forças Armadas e, ainda, no âmbito do SIVAM e do SIPAM até que uma nova lei surgisse, violando o princípio da proporcionalidade.

No voto-vista o ministro Luiz Fux alega genericamente que a impugnação na lei poderia ocasionar prejuízos a pessoas, bens e serviços em razão do exercício de funções governamentais essenciais. No entanto, sem indicar critérios para avaliar a situação, limita os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para que só incidissem em um ano após a publicação da decisão de uma parte da lei (quanto à alínea "d") e outra (quanto à alínea "g"), após quatro anos.

Na ADI 3.649/RJ, o tribunal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data da sessão, fixando o limite de até doze meses de duração dos contratos, também por meio de uma argumentação consequencialista. A suscitação da modulação de efeitos decorreu do questionamento do ministro Gilmar Mendes que afirmou a necessidade de discussão deste tema em razão das consequências prejudiciais aos contratos em vigência no Estado do Rio de Janeiro decorrentes da lacuna na legislação estadual, ou mesmo a falta de um instrumento de contratação temporária para situações excepcionais.

Para tanto, ao fazer as avaliações, o ministro se remeteu aos dados indicados pelo ministro-relator Luiz Fux e pelo esclarecimento do advogado da parte que informou a corte das dificuldades de contratação na área de educação e da saúde no Estado. Todavia, novamente, não se vislumbrou os critérios estabelecidos pela corte para a modulação dos efeitos, se limitando apenas a reproduzir o prazo de duração estabelecidos na lei impugnada.

Na ADI 3.430/ES, que discutia a inconstitucionalidade de lei estadual do Espírito Santo que havia instituído a contratação temporária na Secretaria da Saúde, o STF reforçou a sua jurisprudência no sentido de não permitir a contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos, haja vista a ausência de relevância e interesse social. Diferente dos casos anteriores, ocorreu um debate acerca da modulação dos efeitos em relação ao seu tempo e seu objeto já que na época o país estava sofrendo com a pandemia da

"gripe suína" e a lei previa, além da contratação de profissionais da área da saúde, outros servidores para áreas administrativas[5].

Segundo a ministra Ellen Gracie a situação da pandemia justificaria a modulação dos efeitos por um período maior, restringindo os efeitos somente para os profissionais da área da saúde. Todavia, em relação ao tempo da modulação, o ministro Eros Grau argumentou de maneira contrária no sentido de que a pandemia não deveria ser pretexto para justificar a manutenção da lei por um longo período – inclusive, à luz da excepcionalidade, alegou-se que em outros Estados da Federação, em que não existe esta lei, encontra-se alguma solução via contratação de emergência de pessoa jurídica. O ministro concluiu afirmando que o Estado tem o dever de socorrer a população em defesa da saúde pública e que isto não poderia ser confundido com a manutenção de uma lei inconstitucional. Nesse sentido, a corte modulou, por maioria, os efeitos da decisão para que tivesse eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, sem explicitar o critério para tanto – meramente alegando que se tratava do tempo razoável para o Estado do Espírito Santo se adaptar ao vácuo jurídico.

Os casos revelam que a técnica da modulação dos efeitos da decisão pelo STF pode se basear na argumentação consequencialista. Embora o que se observa nos acórdãos é a falta de consistência da argumentação utilizada pelos ministros, relacionada às avaliações das consequências e decorrentes da falta de critério para estabelecer o limite temporal *pro futuro*. O único critério implicitamente identificado foi na ADI 3.430/ES, na qual os ministros indiretamente estabeleceram uma reflexão entre a modulação e o tempo do processo legislativo. No caso, foi discutido se 60 dias seriam suficientes para a edição da nova lei. Cada ministro alegava aleatoriamente um tempo que achava razoável para a edição, sendo que a maioria entendeu que 60 dias eram suficientes[6].

Os debates indicam que os ministros não procuraram conhecer dados empíricos ou probabilísticos para embasar suas posições ou sequer discutir metodologias de análises e critérios para a tomada de decisão com base nas consequências. Tal fato identifica a problemática da argumentação consequencialista em juízo, por vezes mal compreendida e distorcida com um uso retórico.

---

[5] Trecho do voto da ministra Ellen Gracie: "Se é declara inconstitucional esta Lei Complementar nº 300, portanto, não pode haver contratação no Estado Espírito Santo em regime temporário para necessidade excepcional de interesse público. Qual é minha preocupação? Eles não vão poder contratar, porque não tem outra norma, e é preciso que haja. Segundo, neste momento, nós temos a configuração de um quadro que, eventualmente, vai se precisar, sim, para fazer face a essa demanda excepcional nos postos de saúde, nos hospitais" (ADI. 3.430, p. 281).

[6] Trecho dos debates no acórdão, ministro Carlos Brito: "Acho sessenta um prazo curto, mas, como é a maioria, vou acompanhar". Ministra Ellen Gracie: "Eu também, Presidente, preferia um prazo maior, mas acompanho a maioria". (ADI 3.430, p. 304)

6. CONSEQUENCIALISMO EM JUÍZO

Em linhas gerais é possível perceber que a Corte decide de maneira consequencialista nos casos de modulação já que esta descrevendo e avaliando situações futuras, discute-se possíveis efeitos da decisão. É por isso que a modulação envolve uma atuação estratégica, como maneira de definir os efeitos desejados pelo STF para o caso concreto.

É inegável que tais avaliações indicam uma atuação política do tribunal. O que se evidência são as preferências da Corte quando se propõe a levar adiante ou não pautas, sinalizar a preocupação com determinadas repercussões sociais e econômicas, além é claro de desafiar outras instituições.

Na ADI 3.237/DF, por exemplo, o ministro relator Joaquim Barbosa ataca diretamente o legislador, "(...) deve-se reconhecer que nesses casos de indeterminação do texto constitucional, exige-se maior esforço da atividade legiferante na demonstração da proporcionalidade de certas restrições a determinado preceito constitucional (que no caso é a regra do concurso público)" (p. 6). Ao modular os efeitos, a Corte acaba também pressionando o legislador para adequação, como na ADI 3.430/ES quando a ministra Carmen Lúcia alega que "(...) parece que neste caso, durante esse período, o Poder Público estadual pode providenciar a substituição dessa legislação de emergência com a fixação e definição de um quadro. Nós estamos dando o tempo necessário para que ele, em regime de urgência, faça isso, sem embargo das contratações feitas" (p. 291).

Embora se constate esta atuação política, ela é por vezes negada sob o pretexto de uma atuação técnica da Corte, como no voto do ministro Gilmar Mendes, na ADI 3.819/MG, que diz, ao discutir a modulação: "(...) não se trata de qualquer juízo de conveniência ou de adoção de qualquer opção política, mas tão somente, de adoção de uma mera técnica jurídica que hoje é universal na jurisdição constitucional" (p.445). Para além da discussão *per se* da atuação política do STF, o que se percebeu nos três casos foi que esta atuação aconteceu num ambiente de instabilidade e obscuridade argumentativa.

Em que pese os ministros possuírem posições divergentes, fato é que os custos argumentativos são elevados quando se propõem a considerar as consequências fáticas para decidir. Alguns dos motivos que colocam em risco essa argumentação em juízo decorrem do déficit informacional envolvido na tomada de decisão, seja em razão da fraca capacidade da

Corte de coleta de informações, de provas ou da complexidade do problema desafiado que escapa do conhecimento do juiz, mesmo com o auxílio dos peritos[7].

O que se revela aqui não é a discussão propriamente do argumento consequencialista, mas de uma etapa preliminar, da própria possibilidade de conhecimento e de deliberação do tribunal em um ambiente de instabilidade e obscuridade argumentativa[8].

É nesse sentido, por exemplo, que Luiz Fernando Schuartz (2011) apresenta uma tipologia valiosa acerca do fenômeno do consequencialismo jurídico no país, que permite compreender melhor os riscos envolvidos quando acontece uma descaracterização da argumentação consequencialista levada a sério.

O autor se refere a três tipos ideais de consequencialismo: festivo, militante e malandro[9]. O tipo que mais se destaca é o *consequencialismo malandro*. Diz o autor que este tipo se pauta em "truques retóricos que não [são] tornados explícitos a algum dos participantes da situação de decisão" (2011, p.409). A estratégia argumentativa da malandragem se implementa por meio da dogmática e a partir da destreza de alguns *experts* que conseguem operar com fluidez a argumentação, possibilitando uma reordenação intelectual quando consegue persuadir as autoridades para que a solução seja aquela desejada.

O consequencialismo malandro cria e redesenha a dogmática do país para colocar a seus serviços, quando o direito positivo não permite e, sobretudo, quando as discussões desafiadas encontram entraves institucionais do Judiciário, como no caso da modulação que exige a consideração de outras metodologias estranhas ao direito. Em outras palavras, o

[7] É sabido que muitos juízes não possuem formação em economia, ou sequer dominam a metodologia econômica – basta verificar que a disciplina econômica não é exigida nos editais de concurso para a carreira da magistratura. Mesmo assim, já é considerável o número de juristas especializados na área econômica, como os profissionais do antitruste, ou do crescimento da análise econômica do direito, porém acredita-se que não nos quadros do Judiciário.

[8] Não é à toa que os tribunais se tornaram um caminho tortuoso e cheio de riscos para alguns agentes econômicos discutirem seus problemas em detrimento das câmaras arbitrais ou dos processos administrativos específicos, sobretudo porque as possibilidades de fuga das decisões judiciais são elevadas a pretexto de um consequencialismo "torto" que se concretiza no país. Nesse sentido ver Schuartz & Joaquim Falcão (2006).

[9] O *consequencialismo festivo* é caracterizado como uma apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito em detrimento da discussão dogmática, serve como uma mera importação elitista para uso ornamental. O *consequencialismo militante* se refere à ideia de "simpatia por uma determinada causa" (SCHUARTZ, 2011, p. 412), sem qualquer referencial teórico que o habilite (em comparação com o festivo, que ainda recorre superficialmente a análise econômica do direito). O autor ilustra esse caso demonstrando o encantamento com a aplicação direta de princípios constitucionais em detrimento da produção da dogmática jurídica. "Não só florescem descontroladamente as decisões baseadas diretamente em princípios constitucionais e em atribuições opacas de pesos a valores e interesses supostamente em conflito. Além disso, não é visível uma reação proporcional dos juristas no sentido da contenção, pela dogmática jurídica, desse movimento expansionista (...). O juiz que faz uso do poder que lhe confere o direito para ponderar interesses na defesa de uma determinada causa da qual se apresenta como simpatizante, desatento aos mecanismos de autocontrole que só a dogmática jurídica poderia disponibilizar, lança-se longe demais e põe seriamente em risco justamente o único valor que lhe cabia defender intransigentemente no Estado Democrático de Direito". (SCHUARTZ, 2011, p. 413-414).

consequencialismo malandro de Schuartz funciona legalizando um estado de exceção à ordem estabelecida, seja para o bem ou para o mal.

Estas tipologias reforçam a discussão da qualidade do argumento consequencialista no direito, visto que rompem com as exigências de utilização criteriosa de metodologia, em situações previstas em lei ou nas argumentações observadas nos tribunais. No limite, funcionam graças a certo esgarçamento da dogmática jurídica brasileira.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Argumentar com base nas consequências pode ser uma maneira específica de aplicar e concretizar normas jurídicas, questão é saber como isto ocorre. O risco efetivo da Corte não assumir as exigências que argumentos consequencialistas impõem é elevado, provocando desde o aumento da desconfiança do Poder Judiciário até o questionamento da produção de segurança jurídica no país.

O que se observa nos três casos analisados é uma fraca prestação de contas no sentido da Corte indicar as razões das suas decisões, empregando uma argumentação obscura – o que justifica a divergência da modulação como um resultado da imposição constitucional ou da política judiciária. É dizer, sem metodologias claras, a descrição e avaliação das consequências podem se transformar em uma aplicação aleatória de opiniões de cada ministro.

É certo que a Corte está cada vez mais preocupada com as consequências de suas decisões – sendo que a modulação é um instrumento por excelência que permite a sua concretização[10]. É por isso que não há problema em reconhecer o cálculo político envolvido na modulação. Aliás, seria importante que se admitisse abertamente essa atuação estratégica, pois são muitas as exigências para se recorrer ao argumento consequencialista, que dependem inclusive de uma deliberação para além daquela que deveria acontecer de maneira colegiada no tribunal.

Por fim, deve-se ressaltar que não há nada de reprovável em utilizar argumentos consequencialistas para embasar decisões, mas há que se fazer um alerta: é necessário que o tribunal esteja preparado para lidar com estas situações na tomada de decisão – sobretudo se aproveitando da prova e de metodologias para reduzir complexidade –, pois certamente

[10] Uma conclusão interessante é a pesquisa de Jacob (2011) que indica que a Corte está cada vez mais buscando alternativas menos formalistas quando o interesse é lidar com a repercussão social das suas decisões e, assim, os ministros acabam admitindo a aplicação da modulação em recurso extraordinário ou nos casos de omissão em embargos de declaração, diz o autor: "é possível aduzir que não há limites claros para a modulação dos efeitos. Sob roupagem de interpretação do que é esperado pelo sus pressupostos, há desvinculação do instrumento com sua aplicação originária, para uma aplicação mais abrangente em diversos instrumentos, até porque os pressupostos são subjetivos. É, portanto, uma trajetória que ainda não se vislumbra ter fim" (p. 95).

repercutirão efeitos de cunho econômico, político ou social. As constatações aqui apresentadas sobre o consequencialismo em juízo abrem caminho para uma agenda de pesquisa, ainda pouco explorada pelos estudos sociológicos do direito e não debatidas pela dogmática.

BIBLIOGRAFIA

BENGOETXEA, Joxerramon. Una defensa del consecuencialismo en el Derecho. **Telos**, vol. II, n.º 2. SIEU, 1993.

BRAZ, Mariane Cereja. **O STF e a modulação dos efeitos no controle de constitucionalidade abstrato e concentrado**. Monografia da Escola de Formação de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2012.

JACOB, Ricardo de Melo. **O STF e a modulação dos efeitos**: construções jurisprudenciais sobre a aplicação deste instituto. Monografia da Escola de Formação de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2011.

MOROSOV, Matheus Henrique Marques. **Modulação de efeitos no STF**: Construção, desenvolvimento e aplicação do instrumento. Monografia da Escola de Formação de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2013.

OLIVEIRA, Flávio Barbosa Beicker de. **O Supremo Tribunal Federal e a dimensão temporal de suas decisões**: a modulação de efeitos em vista do princípio da nulidade dos atos normativos inconstitucionais. Monografia da Escola de Formação de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. **"Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem"**. *In* MACEDO JUNIOR, R. P. (org). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 383- 418.

SCHUARTZ, Luiz Fernando; FALCÃO FILHO, Joaquim de Arruda. **"Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito"**. In Revista de Direito Administrativo, v. 1, p. 79-112, 2006.