

# Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 59 - Julho/Setembro de 2021

## Segurança jurídica e o Direito em tempos de pandemia



Escola Paulista da Magistratura  
São Paulo, 2021

# Segurança jurídica, legitimação e consequencialismo: a busca por racionalidade jurídica no contexto da pandemia

Fábio Henrique Falcone Garcia<sup>1</sup>  
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

## 1.

Este artigo procurará desenvolver reflexões teóricas e pragmáticas acerca da noção de segurança jurídica sob o ponto de vista da legitimação da esfera jurídica, com reflexos nas condições de manutenção de sua diferenciação funcional ou, em termos weberianos, de sua racionalidade peculiar. A análise abordará transformações políticas e econômicas que favoreceram a aproximação entre a *Common Law* e a *Civil Law*, evidenciada a partir da positivação do consequencialismo, para então discutir os reflexos das opções políticas adotadas em função da pandemia provocada pelo novo coronavírus acerca do tema.

O artigo será dividido em seis seções, inominadas. Após esta introdução, tratar-se-á do conteúdo semântico da expressão segurança jurídica, de sua importância para a legitimação e organização da esfera jurídica em torno de sua *legalidade própria* no Estado de Direito liberal<sup>2</sup>; em seguida, será desenvolvido um tópico acerca das condições evolucionárias do direito, com repercussão no fortalecimento de uma racionalidade exógena ante o advento do Estado-providência e o deslocamento de sentido da noção de segurança jurídica, com as transformações do final do século XX; na quarta seção, se discutirá a ideia de consequencialismo, sua emergência como elemento capaz de conferir racionalidade à prática decisória e sua afinidade circunstancial com a noção de segurança jurídica, no sentido descrito anteriormente; após, serão apresentadas as preocupações com as opções políticas de enfrentamento da pandemia provocada pelo novo coronavírus e sua repercussão sobre as condições de legitimação do direito, ou seja, sobre as condições de manutenção da sua funcionalidade em termos sistêmicos<sup>3</sup>. Finalmente, serão apresentadas considerações finais, não conclusivas, a sugerir um campo para análise e para reflexão ulterior.

## 2.

A expressão “segurança jurídica” conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. Isso significa que o sentido da expressão é produto de um processo complexo de seleção, identificação e condensação dos sentidos atualizados a partir

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>2</sup> *Eigengesetzlichkeit*. Sobre o conceito, ver Garcia (2020a, p. 336-361).

<sup>3</sup> Não se pretende identificar, simploriamente, legitimação com manutenção da diferenciação funcional do direito. Temos consciência da dificuldade teórica envolvendo um trabalho que procura dialogar com duas referências teóricas distintas. No entanto, por crer na complementariedade dessas posições teóricas e na importância epistemológica de preservação do espaço de cada uma, optei por realizar essa aproximação. Para evitar incompreensões, assumo que legitimação é condição para ordem, no sentido weberiano do termo, e, pois, para manutenção de uma *legalidade própria* que, em termos sistêmicos, pode ser compreendida como condição de diferenciação funcional do subsistema jurídico (BRUUN, 2008; GARCIA, 2018).

da recursividade comunicacional. Essa característica presente nos sistemas sociais de comunicação (LUHMANN, 2004, p. 211) deve ser compreendida como um pressuposto epistemológico para se abordar a atualidade do tema.

Segurança jurídica representa um conceito relacionado com a função moderna do direito. De acordo com Luhmann, a função das normas jurídicas constitui a de antecipar, ao menos no nível das expectativas, um futuro genuinamente incerto, conferindo garantias contra expectativas contrafáticas (LUHMAN, 2004, p. 147 *et seq.*). Segurança jurídica é corolário dessa função ao constituir princípio que reflete, na gramática jurídica, a função de assegurar calculabilidade às relações públicas e privadas.

A ideia de segurança jurídica resulta, portanto, do complexo processo de diferenciação do direito como sistema social de comunicação ou, noutros termos, por um processo evolucionário de desencantamento do mundo (*Entzauberung der Welt*) que acompanha a formação dos Estados modernos liberais.

Resumidamente, esse processo de diferenciação agrega uma constelação de fatores a favorecer linhas evolucionárias relativamente interdependentes (autônomas, mas reciprocamente influenciadas por processos de afinidade eletiva) entre esferas interacionais distintas que, na modernidade, apontam para espaços de interação organizados em torno de valores peculiares, de uma lógica própria e que afetam, de modo macrosociológico, o agir humano. Assim, a política tem suas regras próprias, suas condições de funcionamento específicas e seus valores mais relevantes a influenciar o jogo dos atores que dentro dessa esfera se aventuram.

Com o direito não é diferente. A linha evolucionária do direito moderno acompanha, de forma relativamente autônoma, o surgimento da era de ouro dos Códigos Civis e a consolidação de uma esfera interacional marcada pela prevalência, no âmbito privado, dos valores relacionados à liberdade de contratar e à preservação da noção moderna de propriedade privada (WEBER, 2009, p. 14-67; 135 *et seq.*). No âmbito do direito público, essa linha conduz às liberdades negativas em face do Estado moderno e às noções de sociedade de indivíduos, descrita por Ladeur (2010).

O processo de diferenciação da esfera jurídica em torno de uma racionalidade que pode ser reconhecida como peculiar (sua *legalidade própria*, no sentido weberiano do termo) passou pelo desenvolvimento de contratos funcionais e de características formais que, de um lado, permitiram o desenvolvimento de um direito privado entremeado por uma racionalidade formal, abstrata, capaz de aceitar a complementação pela ação casuística dos contratantes e das mais diversas formas de contratar, enquanto, de outro lado, asseguravam meios para execução desses contratos à vista de recalctrância. Este era precipuamente o sentido da segurança jurídica na modernidade racionalista do século XIX: a certeza de cumprimento dos contratos e de não interferência do Estado na vida privada. Esses valores, eminentemente relacionados à filosofia política e moral liberal iluminista<sup>4</sup>, permitiram a construção de uma esfera jurídica autorreferente e adaptável às transformações políticas e econômicas da realidade.

<sup>4</sup> Como observa Weber, a base das qualidades formais do direito moderno tem lastro em uma doutrina do direito natural em tudo relacionada com os postulados do Iluminismo racionalista dos séculos XVII e XVIII: “Os ‘direitos de liberdade’ são o componente substancial desse tipo de direito natural: sobretudo a *liberdade de contrato*. O contrato racional voluntário, seja como fundamento histórico real de todas as relações associativas, inclusive o Estado, seja pelo menos como critério regulador da avaliação, veio a ser um dos princípios universais das construções do direito natural. Como todo direito natural formal, encontra-se também este, em princípio, sobre a base do sistema dos direitos legitimamente adquiridos em virtude

Esse tipo de construção, que acompanha a noção de Estado de Direito, favoreceu aquilo que Weber identificou como modo de dominação racional legal, em que a legitimidade da política é extraída da crença na legitimidade das ordens estabelecidas e do direito a mando daqueles que estão nomeados para exercer a dominação (WEBER, 2009, v. 1, p. 141). A noção de segurança jurídica aqui é definida a partir de um critério cartesiano de isonomia formal perante a lei.

Em resumo, nesse processo histórico uma determinada noção de segurança jurídica como princípio ganha corpo, afinando-se com a função de legitimar um direito que se apresentava como um cosmos normativo fechado, capaz de solucionar, à sua razão específica, todos os conflitos concretos, “subsumindo” fatos à noção de um universo ideal normativamente concebido à luz do racionalismo iluminista prevalente.

### 3.

A noção de aplicação da lei, sem margem discricionária para criação do direito, em voga até o início do século XX, combinava uma estrutura do sistema legal que se imaginava geral, abstrato e impessoal – e, nesse sentido, previsível – para uma sociedade de indivíduos supostamente iguais, porque formalmente equiparados à imagem da construção do tipo de cidadão, titular de direitos políticos em face do Estado. Como observa Neumann (1969), já no início do século, tanto a ideia sobre a atividade jurisdicional como a dimensão a respeito das funções éticas do direito sofrem um deslocamento: se a generalidade do comando normativo permitia uma calculabilidade para determinados grupos econômicos, a ideia da revisão judicial das leis trouxe a necessidade de equilíbrio entre valores materiais e formais, a partir da constatação, culturalmente aceita, de que o direito teria de tutelar grupos organizados menos favorecidos, como os trabalhadores.

As críticas ao modelo capitalista liberal, difundidas após a Revolução Russa, favoreceram o surgimento de Constituições que perseguiam combinar elementos de racionalidade material e formal. Entendia-se, criticamente, que “o postulado de que o Estado só deve governar com leis gerais se torna absurdo na esfera econômica se o legislador estiver lidando não com competidores igualmente fortes, mas com monopólios que invertam o princípio do livre mercado” (NEUMANN, 1969, p. 62-63).

Vários fatores históricos contribuíram para a transformação do direito no século XX e, com isso, de sua função legitimadora.

A crise de 1929, o advento da Segunda Guerra Mundial e a construção de uma ordem econômica pautada pela polarização ideológica do mundo em dois grandes blocos favoreceu a integração, no universo jurídico, de valores entremeados por conteúdos materiais de solidariedade. O Estado providência, signo do pós-guerra, possuía algumas características típicas bem definidas: modo fordista de produção; Estado intervencionista, responsável pelo controle de políticas fiscais e monetárias; e gestão de gastos públicos como forma de estimular a demanda econômica (FARIA, 1999, p. 118-119; FARIA, 2017, p. 18-23). Contra o monopólio de que se referiu Neumann, houve a intervenção pontual

---

de contratos funcionais e, portanto, na medida em que se trata de bens econômicos, sobre a base da comunidade consensual econômica adquirida em criada pelo desenvolvimento pleno da propriedade. A propriedade legitimamente adquirida em virtude de um livre contrato com todos (contrato original) ou com terceiros individuais e a liberdade de disposição sobre esta propriedade – isso é, em princípio, a livre concorrência – fazem parte de seus componentes óbvios” (WEBER, 2009, v. 2, p. 136).

estatal, lastreada em uma produção legislativa quase industrial. Há uma modificação da infraestrutura cultural, para mencionar a expressão de Ladeur (2010), permeada por valores desenvolvimentistas que vinham acompanhados de um discurso de melhoria das condições de vida. A solidariedade passa a ser valor preponderante, ao lado de uma igualdade materialmente equilibrada pelo direito.

O direito assumiu, nessa época, uma função planificadora. Essa nova “estratégia jurídica”, que acompanha a adoção, em cartas de princípios e constituições, dos chamados direitos de segunda e terceira geração, indica um deslocamento de uma perspectiva orientada por regras para uma perspectiva orientada pela formulação de planos (LADEUR, 2010, p. 28-29), com a adoção de normas programáticas de textura aberta e capazes de propor programas ao Estado e de oferecer orientação para a vida privada a partir dos direitos consagrados em cartas constitucionais.

Segurança jurídica, aqui, deixa de ser a calculabilidade contratualmente estabelecida entre contratantes formalmente iguais para se convolar na expectativa normativa de consagração e prevalência dos valores constitucionais. Essa perspectiva encerra uma contradição, capaz de afetar as condições de legitimação do direito, porque, ao contrário do Direito liberal em que a preservação dos contratos era valor máximo, o funcionamento do direito deixa de ser preponderantemente autorreferente. Seja por meio de autorização legislativa expressa (como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor) seja pela transformação cultural sobre o conteúdo semântico de determinados conceitos jurídicos (como é o caso da boa-fé objetiva nos contratos), passa-se a aceitar a revisão de contratos em favor de valores legal ou constitucionalmente assegurados, sem que isso importe, necessariamente, ofensa à ideia de segurança jurídica. Unger, a respeito, já vislumbrava o problema, sob o ponto de vista da legitimação do Estado de Direito, eis que esse processo acarretaria um “deperecimento da generalidade e da autonomia [do direito] como ideais vitais”. Em consequência, “todo o conceito de legalidade tipicamente associado à moderna história europeia vem a ser abalado e talvez mortalmente atingido” (UNGER, 1979, p. 229). O resultado é que a esfera política e a esfera jurídica passam a se legitimar por uma noção de ordem jurídica que tem compromisso com valores políticos consagrados e, pois, com uma racionalidade substancialmente orientada, heterorreferente (GARCIA, 2020a, p. 336-341).

A queda do bloco soviético, com a consagração da vitória cultural do bloco ocidental e a prevalência de uma ideologia neoliberal, combinada com as transformações tecnológicas que impulsionaram a globalização econômica e com a transformação das formas de comércio eletrônico afetaram as condições de funcionamento da política e do direito contemporâneos. No capitalismo financeiro do início do século XXI, a necessidade de atração de recursos especulativos transnacionais favoreceu um processo de desestatização (RODRIGUES; JURGENFELD, 2019) que, por seu turno, impulsionou um processo de dependência das economias nacionais à manutenção das condições de investimento, tal como revelado a partir da crise grega em 2008.

No âmbito do direito, observou-se, tanto no direito público como no direito privado, a retomada de um discurso de defesa da *Rule of law*, particularmente comprometido com projetos de reforma do Estado em favor de um processo de desestatização, travestido com o nome de “modernização”. Noções clássicas do direito administrativo, como o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, passaram a ser questionadas em favor da prevalência da noção de liberdade de iniciativa como favor fundamental de um

Estado liberal. Esse discurso, em parte alimentado por agências de fomento internacional, acompanhou um processo de reforma dos sistemas de justiça de toda a América Latina (ESQUIROL, 2011; SCHAPIRO, 2010) e reflete uma concepção que se pode rotular de Estado Schumpeteriano de Competição (JESSOP, 2003). Nesse contexto, estimula-se uma noção de segurança jurídica que retoma as bases de defesa do contrato livremente pactuado, livre da interferência estatal, com a diferença de que há normas programáticas em cartas constitucionais que conflitam com esse valor, em uma acepção puramente liberal.

Como mostra Schapiro, essa estratégia de fomento parte de uma ideia de *Rule of law* bem específica, em que o direito é visto como um

*veículo promotor de garantia, previsibilidade e calculabilidade para as transações privadas. A existência de regras claras, a proteção adequada da propriedade privada, a certeza do cumprimento dos ajustes contratuais e a confiança no funcionamento célere e independente do poder Judiciário passaram a ser consideradas como os itens necessários a serem atendidos pelos atributos jurídico-institucionais (2010, p. 219).*

Esse parece ser o conteúdo semântico prevalente da expressão segurança jurídica atualmente: a ideia de que o direito deve fornecer uma garantia de expectativa acerca da validade dos ajustes privados. Observa-se a reaproximação do núcleo do conceito de segurança jurídica à noção de não interferência estatal, a despeito das inúmeras normas que reclamam a intervenção do Estado na execução de contratos para tornar concretos programas positivados (normas programáticas legais ou constitucionais em defesa do consumidor ou do meio ambiente, por exemplo).

O “retorno” à *Rule of Law* liberal, contudo, não pode ser realizado sem violar condições jurídicas consolidadas no curso da evolução do constitucionalismo do século XX, que estabeleceu bases prospectivas para um direito dirigente e interventor. Esse conflito agudiza a tensão entre formas de racionalidade diversas (racionalidade material ou substancial, em favor de valores constitucionais *versus* racionalidade formal, em favor da validade de contratos que não podem ser alterados por força de disposições presentes no ordenamento, ainda que de ordem pública).

O neoliberalismo prevalente nas políticas públicas do século XXI sugere a impossibilidade de interferência em contratos, ainda que fundada em valores positivados no ordenamento. Contrariamente, contudo, admite-se incremento de políticas de vigilância contra os riscos da sociedade contemporânea (terrorismo, crime organizado, pandemia), ainda que ao custo da violação de princípios constitucionais da tutela da intimidade<sup>5</sup>. Parece haver, pois, uma defesa de não interferência estatal seletiva a favor da liberdade de contratar e não a favor da liberdade individual como um todo.

<sup>5</sup> Sobre o assunto, ver Garcia (2020b).

## 4.

Consequencialismo, para Schuartz (2008, p. 130-131), é qualquer programa teórico que se proponha a condicionar a adequação jurídica de uma decisão judicial à valoração das consequências sociais correlatas.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reformada em 2018, adotou expressamente uma premissa de justificação das decisões, em seara judicial e administrativa, com base na análise das consequências práticas correlatas. O artigo 20 prescreve que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Já o artigo 21 determina que sejam expostos, nas decisões, as consequências jurídicas e administrativas de atos anulatórios de contratos ou atos administrativos.

Faltam, todavia, indicações acerca de *quais consequências devem importar*, o que torna o argumento consequencialista perigoso, justamente porque reduz a previsibilidade da atuação decisória ao criar margem para uma discricionariedade sobremaneira aberta. Ávila defende, nessa linha de raciocínio, que esses argumentos sejam aplicados de forma subsidiária, porque não são institucionais, não remetem ao ordenamento jurídico em si e, pois, dificultam, de alguma forma, uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos consequencialistas, nesse sentido, situam o debate em um âmbito externo ao domínio daquilo que, por força da separação de poderes e da construção constitucional, foi concebido para ser um cosmos capaz de resolver conflitos de forma objetivamente apreciável (ÁVILA, 2001, p. 169-170; 174-177).

Arguelhes (2005, p. 9), por outro lado, defende a possibilidade de utilizar argumentos consequencialistas de forma institucional, como uma “maneira específica de cumprir o dever de fidelidade às normas jurídicas envolvidas”. Partindo da distinção entre *honrar um valor* e *promovê-lo*, Arguelhes defende que há interpretações consequencialistas que, especialmente no âmbito do conflito entre princípios constitucionais, podem representar uma forma específica de promoção do valor contido na norma, ainda que não represente o cumprimento literal daquela norma. Logo, não haveria razão para a hierarquização promovida por Ávila (2005).

Poder-se-ia objetar à tese de Arguelhes que a perquirição sobre o escopo da norma não constitui, necessariamente, uma forma nova de hermenêutica, pois esteve presente no debate teórico jurídico desde a jurisprudência dos interesses.

Na realidade, essa discussão expõe uma tensão inerente à constituição da esfera jurídica. Weber, no início do século XX, já observara movimentos de valorização da racionalidade formal contrapostos a movimentos de valorização da racionalidade material. Para ele, a tensão entre *racionalidade formal* e *racionalidade material* é inerente à constituição da *legalidade própria* do direito e está relacionada à função do direito na legitimação da estrutura de dominação política.

Dessa forma, a explicação para a compatibilização entre consequencialismo e segurança jurídica pode ser desenvolvida a partir da perspectiva funcional do direito. O que o direito oferece para o funcionamento da sociedade contemporânea?

O direito pode ser considerado um espaço interacional diferenciado ou, em termos sistêmicos, um subsistema social dotado de organização própria em torno de uma condição operacional específica. Sua existência, nesse sentido, gira em torno de uma função

específica. Para Luhmann, essa função constitui fornecer garantia acerca de expectativas contrafáticas. Noutros termos, o direito oferece à política, à economia e a outros sistemas sociais *segurança jurídica*.

Para Weber, contudo, a oferta do direito é outra, porque ela interage com a formação de outras esferas culturais interacionais igualmente relevantes. O direito fornece à política *legitimidade*, enquanto favorece uma específica forma de economia capitalista ao assegurar segurança jurídica. Graças ao direito e à noção de que é possível conter o arbítrio a partir de um governo impessoal de regras gerais, o Estado moderno teve êxito em conquistar o monopólio do uso legítimo da força física. A esse contexto de legitimação da dominação, no sentido sociológico do termo<sup>6</sup>, Weber denominou *modo de dominação racional-legal*.

Todavia, direito e política se transformaram profundamente no século XX. A aposta weberiana, de incremento da racionalidade formal do direito, pereceu com a Segunda Guerra e o reconhecimento do risco de um positivismo irrefletivo sustentar, juridicamente, a construção de uma forma jurídica capaz de levar adiante políticas nazifascistas. O pós-Guerra trouxe, além do acirramento da tensão ocidente-orientes, simbolizada por lideranças ideológicas díspares (EUA e URSS), a necessidade de reorganização do discurso jurídico em torno de valores políticos supranacionais. O direito teve de se modificar, porque o tipo de prestação do direito liberal clássico era insuficiente para legitimar um Estado de bem-estar social, em que políticas públicas passam a integrar a ordem jurídica, assim como princípios e normas que tornam jurídicos valores antes exógenos ao direito. O direito passa a oferecer, nesse sentido, uma legitimação axiologicamente orientada em favor de valores que, rigorosamente, remetem à racionalidade material *heterorreferente*.

As transformações tecnológicas já mencionadas retomaram a necessidade de defesa da validade de uma peculiar visão da *Rule of law* que, todavia, agora contende com o próprio ordenamento jurídico e seus valores consolidados anteriormente. Podemos sintetizar esse conflito nos argumentos a favor do contrato, que contrariam as revisões judiciais lastreadas no Código de Defesa do Consumidor.

O movimento consequencialista, nesse sentido, acompanha o crescimento das correntes que procuram aproximar direito e economia e tende a sugerir a possibilidade de uma orientação do direito a partir dos resultados econômicos da decisão. Como pudemos defender alhures, atualmente, em função das transformações do Estado, o direito e a política se legitimam preponderantemente por meio dos resultados econômicos das decisões adotadas (GARCIA, 2020a, p. 343-361).

Esse deslocamento traz dificuldades de compatibilização dos valores já positivados. O consequencialismo procura tratar da questão apelando a um juízo prudencial (que, de resto, já estava presente nas ideias de razoabilidade e proporcionalidade). A ideia de prudência, naturalmente presente nos sistemas da *Common Law*, é, então, incorporada aos sistemas jurídicos de tradição continental, por meio da positivação de leis, como é o caso da LINDB, ou pela assimilação desses argumentos como razão de decidir, notadamente em julgados das Cortes Superiores.

<sup>6</sup> Dominação (*Herrschaft*) é a “possibilidade de encontrar obediência para ordens específicas [...] dentro de um determinado grupo de pessoas” (WEBER, 2009, v. 1, p. 139) e pressupõe uma “heterocefalia, baseada numa relação associativa, do poder de mando e do aparato coativo” (*Idem*, 2009, v. 2, p. 191).

Essa modificação reflete um movimento mais amplo de aproximação dos grandes sistemas jurídicos ocidentais (*Civil Law e Common Law*), a denotar a introdução, nos ordenamentos positivos de países de tradição continental, como é o caso do Brasil, de elementos de prudência, própria da consolidação da comunicação jurídica nos sistemas da *Common Law*.

Vários autores sugerem que as raízes do consequencialismo partem de *hard cases*, encontrados em precedentes de Cortes Constitucionais, que ponderam razões apartadas da norma escrita (ainda que destinadas a atingir seu escopo prático, como defende Arguelhes, 2011) para definir a validade de determinado provimento jurisdicional (ARGUELHES, 2005; CARBONELL, 2011; PARGENDLER; SALAMA, 2013; SCHUARTZ, 2008).

Sem ingressar na discussão teórica sobre as condições de validade das premissas consequencialistas – se devem ser uma justificação de segunda ordem, ou se envolvem argumentos institucionais, quando destinados a promover de forma mais eficiente o estado de coisas almejado pela norma –, o fato é que o consequencialismo tem assumido papel primordial na justificação das decisões judiciais. Como adverte Schuartz, esse tipo de assimilação teórica em solo nacional se sujeita a adaptações típicas desviantes (consequencialismo festivo; consequencialismo militante e consequencialismo malandro), com relativo risco à consolidação de uma dogmática sólida que, por seu turno, é importante para se assegurar segurança jurídica e, pois, legitimação e funcionalidade ao sistema jurídico.

A positivação do consequencialismo parece procurar conferir dignidade normativa primária a uma prática reiterada, mas falha ao não estabelecer, normativamente, as condições para exercício dessa abertura hermenêutica que, de forma pouco rigorosa, pode conduzir ao casuísmo e à deslegitimação sistêmica.

Como explicar a conexão entre uma demanda por segurança jurídica contratual estrita, de um lado, e a abertura sistêmica a argumentos que envolvem razões extrajurídicas, de outro?

Essa aparente contradição pode ser explicada pela necessidade de preservar valores que não se integram na esfera jurídica a partir de uma racionalidade formal, sistêmica e abstrata, lastreada na fórmula de ouro do Estado de direito liberal (defesa da propriedade privada em sua acepção moderna e preservação dos contratos funcionais), mas que demanda um equilíbrio capaz de manter a diferenciação funcional do sistema jurídico.

Noutros termos, para que o direito seja reconhecido como instância interacional diferenciada, dotada de uma racionalidade própria, é preciso que se reconheça sistematização no processo decisório, condição que restou abalada pelo aluvião legislativo vivenciado no século XX. Do contrário, as decisões correm o risco de serem consideradas arbitrárias.

## 5.

Nas seções precedentes, sustentamos que a expressão segurança jurídica conforma um conteúdo semântico historicamente contextualizado. As transformações políticas contemporâneas promoveram um deslocamento das condições legitimadoras e funcionais do direito. No contexto da modernidade tardia, essas transformações apontam para uma aproximação dos tradicionais sistemas de organização da ordem jurídica (*Common law e Civil law*), com repercussão na reorganização da razão jurídica. A perseguição de uma razão consequencialista se insere no âmbito dessas transformações, trazendo elementos de prudência na análise das questões contratuais.

A pandemia provocada pelo novo coronavírus, por seu turno, trouxe à tona a necessidade de adoção de medidas drásticas, com restrição da liberdade individual e repercussão na execução de contratos, incrementando o nível de incerteza jurídica. Para combater a disseminação do vírus, países de diferentes tradições jurídicas adotaram, em comum, medidas como: a) restrição das condições de ir e vir à população; b) uso de dados, inclusive sensíveis, para fomentar políticas públicas de contenção ao contágio; c) imposição de horários e condições de funcionamento para exercício de atividade econômica, com forte repercussão na atividade empresarial de pequenas e médias empresas, especialmente, e necessidade de revisão de contratos em cadeia; e d) fechamento de espaços públicos e privados, compulsoriamente.

Debates interessantes sobre privacidade, uso de tecnologia e liberdades civis foram suscitados a partir de um modelo de monitoramento global do uso de dados pessoais como ferramenta para análise e deliberação sobre os passos a serem adotados durante a pandemia. Na China e na Coreia do Sul, foram desenvolvidos aplicativos que, partindo do uso de *Big data* e do cruzamento de informações sobre localização, indicavam se a pessoa poderia ter risco de contrair a Covid ou não. Na China, *QR Codes* eram utilizados para definir se a pessoa poderia transitar livremente ou não<sup>7</sup>. Em Israel, foi autorizado uso de banco de dados coletados pelo serviço secreto israelense, com base em legislação de combate ao terrorismo, para detectar relações entre indivíduos e portadores da moléstia<sup>8</sup>. A Europa realizou protocolo conjunto com operadoras de telefonia celular para uso de dados nesse sentido. No Brasil, o Estado de São Paulo criou o SIMI-SP, também com uso de dados de telefonia celular anonimizados.

Embora a discussão constitucional sobre a liberdade individual e o uso de dados comporte repercussão para a ideia de segurança jurídica, em sua acepção filosófica, relacionada à defesa de uma peculiar liberdade individual em face do Estado, do ponto de vista pragmático, é no âmbito das revisões contratuais que se concentram os pontos de análise mais evidentes para a discussão sobre a relação entre consequencialismo e segurança jurídica em razão da pandemia.

Com o fechamento compulsório de inúmeros contratos, não tardaram a surgir ações visando à revisão contratual de locações, especialmente não residenciais, em que o escopo do contrato havia se inviabilizado, pela impossibilidade do exercício, ainda que temporário, da atividade empresarial relacionada ao objeto do contrato. O mesmo ocorreu com as mensalidades escolares, em que se discutia a possibilidade de cobrança, diante da oferta do serviço por meio de aulas *on-line* ao invés da oferta presencial.

Discute-se se a pandemia poderia significar, em todos esses contratos, causa bastante de força maior<sup>9</sup>. Entendemos que a pandemia, nas hipóteses de locações não residenciais em que houve impedimento ao exercício da empresa, constitui força maior, capaz de romper a base contratual do negócio, justificando-se rescisão sem culpa das partes (desde que não houvesse mora pretérita)<sup>10</sup>. Mas essa solução não é aplicável automaticamente a

<sup>7</sup> KAVANAG, Matthew. Authoritarianism, outbreaks and information politics. *The Lancet Public Health*, London, v. 5, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pHWvD>. Acesso em: 29 abr.2020.

<sup>8</sup> HALBFINGER, David; KERSHNER, Isabel; BERGMAN, Ronen. To track Coronavirus, Israel moves to tap secret trove of cellphone data. *The New York Times*, New York, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/358ubgp>. Acesso em: 4 maio 2020.

<sup>9</sup> Ainda que haja discussão doutrinária a respeito. Nesse sentido, cf. os artigos de Aline Terra e Fernando Simão, disponíveis no portal *Migalhas*. Disponível em: <https://bit.ly/2RICyMB>. Acesso em: 31 ago. 2020.

<sup>10</sup> Nesse sentido, sentença proferida nos autos nº 1006088-27.2020.5.26.0005, j. 31/8/2020.

todas as relações. Nas locações residenciais, por exemplo, o objeto do contrato – entrega da posse – é cumprido integralmente pelo locador, sendo discutível a possibilidade de inexecução porque a pandemia não altera as condições de execução do contrato.

No caso das mensalidades escolares, também é possível argumentar que as condições de custo de prestação do serviço se alteraram. Todavia, esse argumento carece de prova e não há base para se estabelecer, de antemão, condições objetivas para estipulação de descontos em favor dos consumidores.

Por isso, a despeito da miríade de ações envolvendo revisões contratuais, é possível observar uma autocontenção do Judiciário na promoção revisões liminares. Em pesquisa realizada no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo em 5 de janeiro de 2021, foram encontrados 175 resultados para os termos: Covid – Revisão contratual – Mensalidades escolares. Em perfuntória análise, foi possível constatar que a maioria dos julgados de agravo de instrumento indicava tendência desfavorável à concessão de liminares antes do exercício do contraditório. Até essa data, houve poucos julgamentos de apelações. Nos quatro acórdãos localizados, dois mantiveram descontos e dois sustentaram a manutenção do contrato.

Os argumentos, de modo geral, tocavam em questões de prova, tais como: comprovação da redução de custos ou não; comprovação da redução da capacidade financeira da parte, ou não. Mas também foram usados argumentos que podem ser denominados consequentialistas.

Na Apelação Cível nº 1005615-40.2020.8.26.0361, o acórdão assinalou que:

*Não se ignora a situação extraordinária vivenciada por ambas as partes. É certo que a instituição de ensino ré também presenciou redução patrimonial de outras dimensões (inadimplência de alunos, desistências e etc). Contudo, a manutenção do curso de engenharia de produção totalmente à distância, privando os alunos das aulas práticas presenciais (por determinação das autoridades sanitárias, é verdade) com redução de carga horária sem a respectiva redução da mensalidade configura enriquecimento sem causa por parte da ré. (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Lúcia Pizzotti, j. 22/10/2020)*

Em sentido diverso, a 15ª Câmara do TJSP prolatou acórdão assim ementado:

*PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. PRETENSÃO A REDUÇÃO DA MENSALIDADE ESCOLAR. IMPACTO DECORRENTE DA PANDEMIA DE COVID-19. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO. Prejudicado. Não configuração dos requisitos. Improcedência da ação. Apelo da autora. PRETENSÃO A REDUÇÃO DA MENSALIDADE ENTRE 50% A 70% DO VALOR CONTRATADO. Pedido diverso do indicado na inicial, que pretendeu a redução das mensalidades à ordem de 50% dos valores cobrados. Apelo prejudicado neste ponto. Inovação recursal. Inadmissibilidade. REDUÇÃO DA MENSALIDADE. Apelada que demonstrou a efetiva prestação do serviço educacional por meio da plataforma online, disponibilização de biblioteca (virtual e física) e aumento da inadimplência após o início da Covid-19, fatos que não restaram impugnados pela apelante. Instituição de ensino que*

*aponta a criação de página específica, denominada COVID-19, para atendimento especial de todos os necessitados, e análise de todos os casos protocolados, individualmente, e mediante comprovação dos supostos danos econômico/financeiro sofridos pelos alunos, a prestigiar a boa-fé contratual, bom senso e solidariedade frente ao impacto decorrente da pandemia ora vivenciada. Imprevisibilidade oriunda da pandemia que deve ser analisada com relação à contratante, mas também com atenção as dificuldades enfrentadas pela instituição de ensino. Razoabilidade que se faz de rigor, a fim de prevalecer o equilíbrio econômico na relação contratual. (Apelação Cível nº 1006508-82.2020.8.26.0344, Rel. Jairo Brazil Fontes de Oliveira, j. 9/12/2020)*

No mesmo sentido, em interessante julgado, a 34ª Câmara de Direito Privado:

*AGRAVO INTERNO. Insurgência contra decisão que indeferiu a tutela recursal para redução de 61,06% do valor do aluguel, em razão da pandemia, por até seis meses posteriores ao encerramento das restrições com relação ao comércio, ou outro percentual a ser delimitado pelo órgão julgador. A concessão aleatória de descontos pode ser prática perigosa a propiciar injustiças e prejuízos irreparáveis não apenas para agravante e agravada, mas para toda a economia brasileira. A alteração do contrato somente pode ser atingida com a citação da agravada e o regular exercício do contraditório, momento em que se terá mais elementos para a exata valoração das necessidades da locatária, e, também, da locadora, a quem, da mesma forma, deve ser oportunizada manifestação para que apresente sua realidade financeira. Fixação de multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor dado à causa atualizado. Art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil. A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da referida multa (art. 1.021, § 5º, do CPC). RECURSO DESPROVIDO. (Agravo Interno Cível 2189073-59.2020.8.26.0000/50000, Rel. L. G. Costa Wagner, j. 14/12/2020)*

Como se vê, no primeiro julgado, a *consequência* enriquecimento sem causa é motivo para redução da mensalidade, adotando-se como parâmetro o valor ofertado para outros cursos prestados durante a normalidade pela modalidade à distância (50%). Não se discutiu, contudo, elementos relacionados ao percentual de desconto e condicionados ao prejuízo da instituição de ensino. No segundo caso, a ponderação de elementos concretos se volta ao objetivo de manter o *equilíbrio econômico na relação contratual*, evitando-se, pois, enriquecimento de parte a parte. Rigorosamente, o mesmo argumento, consequencialista, é usado para defender posições opostas, o que contribui sobremaneira para o enfraquecimento da segurança jurídica. No terceiro caso paradigmático, o uso do argumento consequencialista atinge elementos de outra ordem, exógena à relação contratual em si: não se discute o impacto da decisão sobre o sinalagma, mas em relação à economia como um todo. A aleatoriedade é descrita como um elemento de irracionalidade do sistema jurídico e o consequencialismo, então, se torna em vetor de defesa da segurança jurídica.

## 6.

Nesse artigo, procuramos expor condições históricas que indiquem a ressignificação do termo “segurança jurídica” ao longo do tempo e das condições de funcionamento do direito em relação à política e à economia.

Defendemos que, a partir da recuperação da ideia de *Rule of Law* e do surgimento dos chamados Estados Schumpeteriano de Competição (JESSOP, 2003), a ideia de segurança jurídica retornou à noção de prevalência da força obrigatória dos contratos, o que, todavia, conflita com valores positivados durante a formação de cartas constitucionais impregnadas pelos valores do bem-estar social. Esse conflito envolve, necessariamente, uma tensão sobre formas de racionalidade diversas, que procuram ser aplainadas pela ideia de consequencialismo.

O consequencialismo traz para a tradição do direito continental a ideia de prudência, mas é preciso tomar cuidado com a forma como se importam institutos próprios da *Common Law*. No direito brasileiro, a falta de parâmetros objetivos para indicar quais valores devem preponderar dá azo a decisões contraditórias e ao incremento de insegurança jurídica.

A pandemia, por seu turno, tende a pressionar o sistema jurídico a adotar decisões consequencialistas, quer pela imprevisibilidade da situação, quer pela gravidade da questão sanitária. Sem bases doutrinárias sólidas, contudo, os argumentos consequencialistas funcionam como *topoi*, argumentos retóricos que assumem perspectivas várias, conforme o órgão decisor.

Dito de outro modo, se a ideia de consequencialismo parece conferir, de um lado, elementos para incorporação de uma prática decisória racional e flexível, impõe-se que se estabeleçam parâmetros de princípio inafastáveis, pois envolvem redefinição das bases semânticas de conceitos basilares, tais como liberdade de contratar, validade de contratos, condições de intervenção do Poder Público na esfera privada, liberdade de locomoção e direito à intimidade. Não se trata de perseguir uniformidade inatingível nas decisões judiciais. Cuida-se de trabalhar para que a comunicação jurídica permaneça operando de forma funcionalmente diferenciada, girando em torno de uma racionalidade que pode ser objetivamente reconhecida como própria. cremos que a tarefa da teoria do direito e da dogmática jurídica é trabalhar com os argumentos consequencialistas para dotá-los, para usar expressão de Ávila, de “maior capacidade de objetivação” (2001, p. 161). Dito de outro modo, sem pretender classificar o consequencialismo como argumentos institucionais ou não institucionais, temos que compete à teoria e à dogmática jurídica levar o consequencialismo a sério, como tipo de argumento que deve ser tratado por meio de institutos jurídicos razoavelmente equilibrados e cujas finalidades não podem abrir espaço para atuações aleatórias que, a despeito das mais elevadas intenções, favorecem incremento da insegurança jurídica, a impedir que o direito mantenha condições operacionais funcionais em sociedades cada vez mais complexas. MacCormick, há tempos, desenvolveu reflexões bastante significativas a esse respeito (1983). Talvez a pandemia tenha trazido à tona a necessidade de operadores do direito se debruçarem sobre esse tema, com aprofundamento teórico e dogmático capaz de fazer frente às exigências operacionais de consistência e coerência argumentativas.

## Referências

ARGUELHES, Diego. Argumentação consequencialista e estado de direito: subsídios para uma compatibilização. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2005, Fortaleza. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2005.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 157-180, mar./2001.

BRUUN, Hans Henrik. Objectivity, value spheres, and “inherent laws”: on some suggestive isomorphisms between Weber, Bourdieu, and Luhmann. *Philosophy of the Social Sciences*, Thousand Oaks, v. 38, n. 1, p. 97-120, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3iwCNFy>. Acesso em: 30 jan. 2021.

CARBONELL, Flávia. Reasoning by Consequences: Applying different Argumentation Structures to the Analysis of Consequentialist Reasoning in Judicial Decisions. *Cogency*, v. 3, n. 2, p. 81-104, 2011.

ESQUIROL, Jorge. O direito fracassado da América Latina. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Aproximações entre Luhmann e Weber: Discussão acerca dos Limites e Potencialidades de uma Leitura Contemporânea da Sociologia Compreensiva da Ação. In: CONGRESSO DA ABRASD: SOCIEDADES PÓS-CONSTITUCIONAIS: A SOCIOLOGIA DO DIREITO APÓS 30 ANOS DE CONSTITUIÇÃO CIDADÃ (HOMENAGEM A JOSÉ EDUARDO FARIA), 9., 2018, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: ABraSD, 2018. p. 65-79.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. *As múltiplas faces do Direito em Max Weber: fundamentos para uma leitura contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2020a.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Big data, vigilância e pandemia: preocupações sobre o uso de dados no contexto da Covid-19. In: CUNHA FILHO, Alexandre Carneiro Jorge da et al. (org.). *Direito em tempos de crise: Covid 19: Vol. 1: Constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2020b. p. 395-403.

HALBFINGER, David; KERSHNER, Isabel; BERGMAN, Ronen. To track Coronavirus, Israel moves to tap secret trove of cellphone data. *The New York Times*, New York, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/358ubgp>. Acesso em: 4 maio 2020.

JESSOP, Bob. *Narrating the future of the national economy and the national state?* remarks on remapping regulation and reinventing governance. Lancaster: Department of Sociology, Lancaster University, 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3iKYulB>. Acesso em: 20 dez. 2020.

KAVANAG, Matthew. Authoritarianism, outbreaks and information politics. *The Lancet Public Health*, London, v. 5, mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pIHWvD>. Acesso em: 29 abr.2020.

LADEUR, Karl-Heinz. *The emergence of global administrative law and the evolution of general administrative law*. Hamburg: University of Hamburg, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3vawz0U>. Acesso em: 20 dez. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Tradução de Klaus A. Ziegert. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: From Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.

NEUMANN, Franz. *Estado democrático e Estado autoritário*. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013

RODRIGUES, Carlos Henrique Lopes; JURGENFELD, Vanessa Follmann. Desnacionalização e financeirização: um estudo sobre as privatizações brasileiras (de Collor ao primeiro governo FHC). *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 2, p. 393-420, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3zceCIP>. Acesso em: 6 jan. 2021.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 213-252, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/358jHh7>. Acesso em: 6 jan. 2021.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 130-158, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. 2 v.