

# O ATIVISMO JURÍDICO PURAMENTE CONSEQUENCIALISTA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PENAL BRASILEIRA A PARTIR DE ESTUDOS DE CASOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

**Víctor Minervino Quintiere<sup>1</sup>**

Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Artigo recebido em: 21/09/2020.

Artigo aceito em: 03/11/2020.

## Resumo

Este artigo pretende, por meio da utilização da metodologia atinente ao consequencialismo jurídico, no campo da argumentação consequencialista, com seus eventuais riscos de utilização por juízes, em especial, por aqueles que desempenham a jurisdição constitucional e os discursos eficientistas, além do conceito de ativismo puramente consequencialista, aferir em que medida, e se é possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão. Ao longo do trabalho, foi possível dividir o ativismo

puramente consequencialista em duas espécies: a primeira delas, denominada de ativismo consequencialista de primeiro grau, caracterizada por decisões monocráticas ou acórdãos que respeitam os limites de mérito e, consequentemente, o princípio da colegialidade, e o ativismo consequencialista de segundo grau, caracterizado por decisões monocráticas que, não atendendo aos limites próprios das decisões cautelares, acabam desrespeitando o princípio da colegialidade.

**Palavras-chave:** consequencialismo jurídico; Direito Constitucional; Direito Penal; jurisprudência; Supremo Tribunal Federal.

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Mestre em Constituição e Sociedade pelo IDP. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor no UniCEUB. Professor visitante na Università degli Studi Roma Tre (UNIROMA). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4327-0268> / e-mail: victor\_minervino@hotmail.com

## ***PURELY CONSEQUENTIALIST LEGAL ACTIVISM IN THE BRAZILIAN CRIMINAL CONSTITUTIONAL JURISDICTION BASED ON CASE STUDIES IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT***

### ***Abstract***

*This article intends, based on the use of the methodology related to legal consequentialism, the field of consequentialist argumentation and possible risks of its use by judges, in particular, those who perform constitutional jurisdiction and efficient speeches and the concept of purely consequentialist activism, assess whether, and to what extent, it would be possible to divide the concept of purely consequentialist activism into degrees according to the legal nature of the decision handed down within the scope of the Supreme Federal Court, more specifically, with regard to the (non) provisionality of the decision. Throughout the work it was possible to*

*divide purely consequentialist activism into two species. The first of these, called first degree consequentialist activism, characterized by monocratic decisions or judgments that respect the limits of merit and, consequently, the principle of collegiality, and; second-degree consequentialist activism, characterized by monocratic decisions that, not meeting the limits of precautionary decisions, end up disrespecting the principle of collegiality.*

**Keywords:** *constitutional right; Criminal Law; Federal Court of Justice; jurisprudence; legal consequentialism.*

## Introdução

Com base na análise do consequencialismo jurídico e do conceito de ativismo judicial puramente consequencialista trazido por Abboud (2019), este artigo pretende analisar se, dentro do referido conceito, seria possível dividi-lo em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão e seus efeitos na prestação jurisdicional constitucional.

Para isso, será realizada, no primeiro tópico, uma análise retrospectiva da chamada análise de consequências em direito, cujo objetivo é o de estabelecer os parâmetros para o estudo da referida teoria, seja no âmbito internacional, seja no âmbito nacional.

Nesse sentido, será destacado o conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e, por fim, com o direito em si.

Em seguida, no referido tópico, será desenvolvido, com base no estudo de MacCormick (2005), o campo da argumentação consequencialista e eventuais riscos de sua utilização por juízes, em especial, aqueles que desempenham a jurisdição constitucional.

O exame acerca das consequências perseguidas na atividade do juiz, bem como o exame sobre a argumentação jurídica eficientista e seus eventuais riscos, permitirão extrair o conceito de ativismo judicial puramente consequencialista para que, em seguida, seja possível a análise jurisprudencial do referido instituto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

No segundo tópico, serão analisados, por meio de pesquisa de natureza qualitativa e da adoção, como metodologia, da pesquisa documental em jurisprudência e da pesquisa bibliográfica, os precedentes julgados pelo STF, em matéria criminal, entre os anos de 2018 a 2020, para que seja possível aferir se os ditos julgados servem como exemplo de posturas ativistas puramente consequencialistas.

Por fim, a partir das bases teóricas do consequencialismo jurídico, do ativismo puramente consequencialista e das correlações (não) possíveis de serem feitas com os precedentes escolhidos para estudo, será possível responder ao problema de pesquisa a que se propôs responder no início, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão?

## 1 Compreendendo as bases teóricas do ativismo judicial consequencialista

Antes de responder à pergunta supracitada, torna-se necessário estabelecer as bases sobre as quais o referido exame será possível, ou seja, sobre as funções da análise de consequências em direito.

Nesse sentido, a análise inicial do ativismo judicial consequencialista, à luz do texto de Abboud (2019), compreenderá o cotejo das consequências, realizado na atividade decisória dos juízes com base em Dworkin (1978;1986) e sua concepção de direito como integridade. Após o referido estudo e eventuais correlações com a obra de Hart (2009), será possível analisar, propriamente, o consequencialismo e sua relação com o direito.

A proposta de análise baseada em Dworkin (1978;1986) ganha sentido quando se parte de um primeiro cotejo consistente em entender a análise das consequências como fator chave para manter uma cadeia de significados na jurisprudência e na legitimidade das decisões do juiz.

Antes de analisar a saída para os *hard cases* proposta por Dworkin (1978) é importante trazer o contraponto teórico que o levou a sua conclusão, qual seja: sua interlocução com Hart (2009), no campo da teoria do direito.

Hart (2009, p.164-170), em síntese, enquanto confere a nomenclatura de *casos fáceis* a todas as questões consideradas incontroversas de fixação do sentido da norma, considera como *casos difíceis* ou, ainda, *zona de penumbra*, quando a norma se apresenta de tal modo que o direito não traga uma solução nítida, clara, para o caso analisado.

Ou seja, diante da ausência de clareza na única resposta possível, como ocorre nos chamados *casos fáceis*, para Hart (2009), o juiz deveria escolher uma entre as alternativas interpretativas disponíveis, utilizando a discricionariedade.

Apresentada a saída proposta por Hart (2009), é possível identificar o ponto de divergência apresentado por Dworkin (1978), que para o Direito, deve ser visto como integridade. Para o segundo autor, a discricionariedade, por si só, não seria elemento apto a responder os casos difíceis.

Para Dworkin (1978), os *hard cases* devem ser resolvidos por meio da investigação feita pelo juiz, sobre os direitos de cada parte no caso em julgamento. Ou seja, ainda que o caso concreto não permita uma resposta clara, mesmo nessa hipótese, o juiz afastando-se da discricionariedade deverá resolver o problema com base em argumentos de princípios.

Argumentos de princípios dizem respeito aos *standards* que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo.

A constatação de Direito como integridade para Dworkin (1986), portanto, nada mais é do que garantir a previsibilidade nas decisões, como também, conferir legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos determinadas por decisões anteriores, ou seja, há priorização dos princípios da comunidade.

Sobre o tema, Abboud (2019, p. 2) destaca que “a análise das consequências pelo juiz” serve “como forma de manutenção da coerência e integridade da jurisprudência”.

Dando sequência à análise das consequências, um segundo ponto de exame diz respeito à chamada consequência normativa. Em síntese, trata-se do exame sobre os reais efeitos, no plano normativo, que determinada decisão produz na aplicação de um dispositivo (ABBOUD, 2019).

Sobre as consequências normativas, é importante consignar que determinada decisão judicial, ao repercutir no plano normativo, poderá ser valorada como positiva ou negativa.<sup>2</sup>

O foco do presente trabalho diz respeito às consequências negativas possíveis, consecutórias de uma atuação judicial consequencialista, ou seja, quando o juiz acaba por efetivamente negar vigência ao dispositivo interpretado, contrária ao direito.

Analisadas as funções da análise de consequências em direito à luz de Hart (2009) e, principalmente, de Dworkin (1978), o próximo passo consiste no exame do conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e por fim, com o direito em si.

O conceito de consequencialismo consiste na vertente “peculiar das éticas teológicas, ou seja, das morais que avaliam e prescrevem as ações tendo em vista seus resultados, considerando moralmente bons os comportamentos que produzem consequências boas” (ABBAGNANO, 1998, 47).

No campo da filosofia moral, as consequências da ação são determinantes para que seja possível seu julgamento quanto à sua correção, ou seja, a qualidade moral da ação e não, o julgamento quanto à tomada da decisão em si (DRIVER, 2012).

Analisando o conceito de consequencialismo e sua relação com a filosofia moral, é possível defini-lo, com base em Mulgan (2001), que o projeto moral do consequencialismo seria o de tornar o mundo um lugar melhor. Ou seja, ações que gerem os efeitos desejados para o mundo possibilitariam que esse mesmo mundo

2 A respeito do tema, mais especificamente sobre um exemplo de consequência positiva, Abboud (2019, p. 3), destaca *in verbis*: “Podemos exemplificar uma consequência normativa positiva com uma mutação constitucional que atualize o sentido de determinado texto normativo e reflita, portanto, a historicidade do intérprete frente a um novo momento histórico, extraindo uma norma diferente do texto normativo daquela até então levada a cabo pelo órgão aplicador do direito”. No tocante às consequências negativas, Abboud no mesmo texto pontua “Ao interpretar o dispositivo de determinada forma, o juiz acaba por efetivamente negar vigência ao dispositivo interpretado”.

se tornasse melhor. A coisa certa a se fazer, nesse sentido de consequencialismo, é praticar atos que produzam as melhores consequências (MULGAN, 2001).

No âmbito da filosofia moral, entre as possibilidades de análise do consequencialismo, é possível concluir que a principal consiste na tradição utilitarista. Nessa perspectiva, de acordo com essa tradição, o consequencialismo pode ser compreendido como a tomada de decisão objetivando as melhores consequências, essas compreendidas como aquelas que maximizam os melhores efeitos, como alegria ou prazer (CHRISTOPOULOS, 2014).

No tocante à tradição clássica utilitarista, enquanto Mill (2007) defendia um hedonismo graduado, ou seja, que certos prazeres como o intelectual fossem considerados mais importantes do que outros, Jeremy Bentham defendia um hedonismo mais igualitário, de acordo com Julia Driver (2012).

Neste ponto, devem ser destacadas as diferenças entre o utilitarismo e consequencialismo. Em síntese, enquanto o consequencialismo se preocupa em analisar consequências sem que, contudo, sejam definidas substancialmente quais devam ser, o utilitarismo concebe como resultados desejados aqueles que seriam conhecidos previamente, ou seja, “uma ação é moralmente correta se o seu resultado alcança a maior satisfação possível para o maior número de pessoas” (CARVALHO, 2013, p. 86).

No pragmatismo, ramo da filosofia que consiste na observação de fenômenos que tenham incidência prática (RORTY, 2008), a interpretação do texto normativo para aplicação do caso concreto tem por objetivo final o exame das respectivas consequências práticas, ou seja, devem ser levados em conta os resultados práticos previsíveis (JAMES, 2006).

Sobre o tema, Posner (2003) afirma que o pragmatismo jurídico, enquanto não se ocupa de conceitos e generalizações, por si mesmas, foca no exame dos fatos e consequências. Entretanto, tal conclusão não permite confusão entre os conceitos de pragmatismo e consequencialismo.

Para Posner (2003), o consequencialismo se preocupa com as melhores consequências (*best consequences*) e o pragmatismo está baseado no juízo de razoabilidade, ou seja, o pragmatismo tem por base a decisão mais razoável (*reasonableness*) para um dado caso concreto.

Analisando o conceito jurídico de consequencialismo, o *Black's Law dictionary* conceitua o consequencialismo como sendo, em tradução livre, “uma teoria ética que julga a correção ou incorreção de uma ação de acordo com suas consequências” (GARNER, 2005). Realizado o exame do conceito de consequencialismo, sua relação com a filosofia moral, com a tradição utilitária, com o pragmatismo e por fim, com o direito em si, o próximo passo consiste no exame da doutrina

de MacCormick (2005), o qual aproxima em sua obra as teorias utilitaristas das pragmáticas.

MacCormick (2005), ainda que não seja partidário de nenhuma das proposições de Dworkin e Hart, destaca que a justificação de decisões judiciais, em virtude das consequências, comporta duas posições extremadas: a primeira naqueles indivíduos que creem nas consequências e nos benefícios, ainda que remotos, como única justificativa plausível para seu uso; e no polo oposto, consistindo a segunda possibilidade, aqueles que não apenas não usam como objeto, e mais, desqualificam a utilização das consequências como elementos aptos a justificar, isoladamente, uma decisão judicial. Nessa segunda visão, pouco importa, de acordo com Abboud (2019, p. 4), “quão iminentes sejam” as referidas consequências para o caso concreto.

Em sua obra, MacCormick (2005) chama a atenção para um ponto importante para o presente estudo que, bem delimitado por Abboud (2019, p. 4), consiste na afirmativa de que “os partidários de um consequentialismo extremado têm, em geral, como pressuposta a existência de algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada”.

A partir dessa construção, será possível verificar se a atuação do STF, sob a perspectiva de um ativismo judicial consequentialista: (1) existe ou não; (2) serve como subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade ou, em verdade, estaria permitida dentro do sistema jurídico trazido pela Constituição Federal de 1988; (3) ao julgar, faz remissão à chamada “régua única”<sup>3</sup>; e (4) nos precedentes selecionados, todos da área criminal, há lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências debatidas.

## **2 A jurisprudência do STF em matéria criminal entre o consequentialismo jurídico, discursos eficientistas e o ativismo judicial puramente consequentialista**

No presente tópico analisa-se os seguintes precedentes, na seara criminal, julgados pelo STF, entre os anos de 2018 e 2020, com base em pesquisa de natureza qualitativa e que adotou, como metodologia, a pesquisa documental em jurisprudência e a pesquisa bibliográfica: ADIn n. 5.526/DF (medidas cautelares

3 Régua única, para Abboud (2019, p. 4), consistiria, *in verbis*: Ainda que MacCormick rejeite ambos os polos da discussão e reconheça apenas algumas consequências como aptas a justificar decisões judiciais, ele tece uma observação absolutamente pertinente tanto aos limites do presente trabalho quanto ao primeiro polo da discussão: os partidários de um consequentialismo extremado têm, em geral, como pressuposta a existência de algum critério único e último que possa servir de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada. Essa é a brecha para abordarmos o consequentialismo jurídico na atuação do Judiciário brasileiro.

a parlamentares); Ação Penal n. 937 (foro por prerrogativa de função); Inquérito Penal n. 4.435/DF (foro por prerrogativa de função); Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (entrevista com o ex-Presidente Luis Inácio Lula da Silva) e Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (juiz de garantias).

A escolha dos precedentes se deu com base nos seguintes critérios: (1) acórdãos proferidos pelo STF, (2) publicados entre os anos *de 2018 a 2020 e que* (3) *foram inicialmente analisados por Abboud (2019) no texto Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista.*

Na ADIn n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a) discutiu-se, em síntese, a possibilidade de aplicação, pelo Poder Judiciário, das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal a parlamentares.

No referido caso, a resposta foi afirmativa, tendo sido declarada como possível a remessa dos autos à Casa respectiva para análise quando a medida impossibilitar, direta ou indiretamente, o exercício de seu mandato.

Ao assim decidir, a literalidade do art. 53, § 2<sup>o</sup>, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) não foi observada, bem como a função do Congresso Nacional, nesse caso, foi subvertida à mera instância ratificadora de medidas impostas pela Corte Constitucional Brasileira.

Outro tema que merece destaque dentro da jurisprudência do STF diz respeito ao foro por prerrogativa de função. Antes de analisar o que foi decidido na Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b), é importante traçar, dada a relevância da discussão, o panorama legislativo e o histórico jurisprudencial sobre o tema.

As regras sobre foro por prerrogativa de função estão previstas, como regra, no art. 102, I, “b” e “c”; art. 105, I, “a”, todos da CF (BRASIL, 1988). Excepcionalmente, o art. 125, *caput* e § 1<sup>o</sup>, da CF (BRASIL, 1988) autoriza as Constituições Estaduais a preverem as hipóteses por prerrogativa de função nos Tribunais de Justiça, ou seja, situações nas quais determinadas autoridades serão julgadas originalmente pelo Tribunal de Justiça.

A partir da decisão colegiada do STF no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b), fixou-se o entendimento de que o foro por prerrogativa de função se aplica, apenas, aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e a ele relacionados.

Analisando os votos publicados na referida sessão de julgamento e relativos ao precedente acima, houve, por parte do STF, não apenas uma tentativa de ra-

4 § 2<sup>o</sup> Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 10 abr.2020.

cionalizar o combate à impunidade, como há uma correlação desse valor com as premissas de que (1) as instâncias inferiores estariam supostamente submetidas a menores pressões políticas e (2) haveria a primazia de uma tramitação mais célere dos processos.

Fazendo uma analogia com situações do cotidiano, houve a tentativa, por parte do STF, de consertar um vazamento de água simplesmente trocando a torneira então existente, em vez de analisar as origens do vazamento (ABBOUD, 2019).

Traduzindo para linguagem jurídica, a suposta impunidade processual de parlamentares está associada ao grande fluxo de processos por todo o país. Não necessariamente, portanto, estará vinculada à competência para julgá-los, conforme interpretação elaborada com base no texto de Abboud (2019).

Sobre o tema, como bem observado por Abboud (2019, p. 3), “a régua do “combate à corrupção” não combinou com a Constituição Federal, que não deu ao foro, por prerrogativa de função, o desenho pretendido pela maioria vencedora do Supremo”. Houve, naquela ocasião, novo resultado interpretativo deduzido do texto constitucional, diante do argumento eficientista consistente no combate à corrupção.

A utilização do combate à corrupção como filtro apto a interpretar o art. 53, § 1º, da CF (BRASIL, 1988), de modo a relativizar o alcance da imunidade parlamentar por prerrogativa de foro, diverge das conclusões apontadas por Sproesser (2002), no sentido de que as imunidades parlamentares (1) servem como meio para a efetivação da democracia representativa, (2) seu *modus operandi* consiste, entre outros, em estabelecer limitações à atuação do Poder Judiciário ao descrever formalidades, (3) dizem como devem atuar os Poderes Judiciário e Executivo ao estabelecer formalidades que devem ser cumpridas e (4) devem ser adotadas durante o mandato parlamentar, independentemente de correlação entre o delito e a função desempenhada pelo(a) acusado(a).

Seguindo com a análise dos julgados, nos autos do Agravo Regimental no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), o STF debruçou-se sobre a reflexão acerca do órgão judicial que seria o competente para o julgamento de crimes eleitorais conexos a crimes comuns.

Além da votação disputada ocorrida no STF, consistente em seis votos a favor da prevalência da competência da Justiça Eleitoral<sup>5</sup>, contra cinco votos contrários a essa posição<sup>6</sup>, o Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a) chama a atenção para a utilização, novamente, do combate à corrupção como argumento, *in casu*, capaz de definir competência jurisdicional.

5 Votaram neste sentido os Ministros. Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli.

6 Na divergência temos os Ministros. Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber e Carmen Lúcia.

Durante o julgamento do caso, parcela do STF compreendeu que uma maior eficiência da justiça federal para o julgamento dos crimes comuns conexos aos crimes eleitorais e, portanto, no combate à corrupção, justificaria a inobservância do que a CF (BRASIL, 1988) e a legislação infraconstitucional disciplinariam sobre a matéria.

Abboud (2019, p. 5), sobre o tema, chama atenção para o seguinte trecho do referido julgado: “o Brasil vive uma epidemia em matéria de criminalidade. Faz pouca diferença distinguir se o dinheiro vai para o bolso ou para a campanha. O problema não é para onde o dinheiro vai, é de onde o dinheiro vem. E o dinheiro vem da cultura de achaque e corrupção que se disseminou pelo país”.

Analisando do ponto de vista legal, a competência da justiça eleitoral como competente para o julgamento de crimes comuns conexos aos eleitorais era possível de ser extraída, sem maiores necessidades de mecanismos interpretativos contemporâneos, por meio dos arts. 109 e 121, da CF (BRASIL, 1988), dos arts. 22º, I, *d*, do Código Eleitoral (BRASIL, 1965), e do art. 78º, IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O grande problema do ativismo consequencialista consiste na alteração do referencial presente nas leis e que deve servir como elemento estruturante da decisão pelo discurso de eficiência, fugindo-se totalmente do binômio que deve nortear a própria jurisdição constitucional, qual seja: aferir se determinada lei é constitucional ou inconstitucional.

A escolha por discursos voltados para a suposta eficiência, contendo em seu bojo termos que simplesmente impossibilitam qualquer discussão como o combate à corrupção ou outra terminologia genérica, retira, em síntese, a eficácia normativa de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, comprometendo uma das funções essenciais do Direito que consiste na pacificação dos conflitos, tomando por base o conjunto de leis existente.

Outra decisão recente que merece destaque é sintetizada por Abboud (2019), diz respeito ao ocorrido nos autos da Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c).

De acordo com referido autor, trata-se de provimento “de caráter patentemente consequencialista” e tem por pano de fundo a suspensão liminar:

[...] anteriormente concedida por outro Ministro da Corte e impediu que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva concedesse entrevista ao jornal, em afronta à liberdade de manter formas de contato com o mundo exterior expressamente garantida pelo art. 41, XV, da Lei de Execução Penal (ABBOUD, 2019, p. 5).

Seguindo a sequência dos precedentes do STF, para encerrar o presente tópico, cumpre mencionar o que ocorreu na Medida Cautelar na ADI n. 6.298

(BRASIL, 2020).<sup>7</sup> Antes, contudo, de examinar a questão de fundo em si e o eventual discurso consequencialista, é importante destacar episódios processuais que chamam atenção.

Originariamente, cumpre destacar que a presente ADI está incluída em um rol total de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quais sejam: ADI 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. O foco do trabalho será a ADI 6.298 (BRASIL, 2020a), mais especificamente, duas decisões monocráticas proferidas.

A ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugnou o art. 3º da Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), que acrescentou os arts. 3º- A, 3º- B, 3º- C, 3º- D, 3º- E e 3º- F ao Código de Processo Penal e instituiu a figura do juiz das garantias, e o art. 20 da mesma lei, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva.

A ADI n. 6.299 (BRASIL, 2020b), ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b).

A ADI n. 6.300 (BRASIL, 2020c), ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os arts. 3º- A a 3º- F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores.

Por fim, a ADI n. 6.305 (BRASIL, 2020d), ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, impugna os arts. 3º- A; 3º- B, IV, VIII, IX, X e XI; 3º- D, parágrafo único; 28, *caput*; 28-A, III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, § 4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b).

Em 15 de janeiro de 2020, nos autos das ADIs 6.298, 6.299 e 6.300, o Ministro Presidente Dias Toffoli, no exercício do plantão judicial, concedeu parcialmente as medidas cautelares pleiteadas do seguinte modo, a saber: (1) foi suspensa a eficácia dos arts. 3º- D, parágrafo único, e 157, § 5º, do Código de Processo Penal, incluídos pela Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019b); (2) foi suspensa a eficácia dos arts. 3º- B, 3º- C, 3º- D, *caput*, 3ºE e 3º- F do CPP, inseridos pela Lei n. 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), até a efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, o que deverá ocorrer no prazo máximo de 180 dias, contados a partir da publicação desta decisão; (3) foi conferida interpretação conforme as normas relativas ao juiz das garantias (arts. 3º- B a 3º- F do CPP), para esclarecer que não se aplicam às seguintes situações: processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei n. 8.038/1990 (BRASIL, 1990); processos de competência do Tribunal do Júri; casos de violência doméstica e familiar; e

processos criminais de competência da Justiça Eleitoral.

Além dos pontos supradestinchados, foram fixadas as seguintes regras de transição, a saber: (1) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente, ou seja, o fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento; (2) quanto às investigações que estiverem em curso no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação tornar-se-á o juiz das garantias do caso específico, ou seja, cessada a competência do juiz das garantias, com o recebimento da denúncia ou queixa, o processo será enviado ao juiz competente para a instrução e o julgamento da causa.

Já a ADI 6.305 (BRASIL, 2020d), ajuizada em 20 de janeiro de 2020, cujo tema é semelhante àqueles que constam nas demais ADIs, foi distribuída ao Ministro Luiz Fux, por prevenção, e restou conclusa para a Vice-presidência na mesma data, nos termos do art. 13, inciso VIII, e do art. 14 do Regimento Interno do STF.

Ao analisar o pedido, o Ministro Luiz Fux deferiu monocraticamente o pedido cautelar pleiteado pela entidade autora, determinando a revogação da decisão monocrática constante das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e a suspensão *sine die* da eficácia, até que o Plenário possa se manifestar sobre a questão da implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º- A, 3º- B, 3º- C, 3º- D, 3ª- E, 3º- F, do Código de Processo Penal) e sobre a alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (art. 157, § 5º, do Código de Processo Penal).

Além disso, concedeu-se a medida cautelar pleiteada no sentido de suspender, *sine die*, a eficácia, *ad referendum* do Plenário, da alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal) e da liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (art. 310, § 4º, do Código de Processo Penal).

Em que pese propor, no início da decisão, que “não compete ao STF realizar um juízo eminentemente político do que é bom ou ruim, conveniente ou inconveniente, apropriado ou inapropriado” destacando, entre outros, a doutrina de Levinson<sup>8</sup> (1999; 2016), os pontos sobre os quais foram organizadas as razões de decidir, pelo contrário, demonstram justamente algo que reflete, em verdade, o ativismo puramente consequencialista.

Em síntese, três pontos, na visão do referido Ministro, chamaram a atenção para as conclusões acima destacadas.

O primeiro deles consistiu na afirmativa de que o fato de a lei questionada ter sido aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República não funciona como argumento apto a minimizar a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade. A própria discussão sobre o conceito e, principalmente, os limites da legitimidade das Cortes Constitucionais permitem conclusões próximas à discricionariedade.

Como segundo ponto, foi identificado que, em que pese a Constituição e a jurisprudência autorizarem “a adoção de técnicas de interpretação e de decisão que funcionam, na prática, como incrementos ao conteúdo da legislação objeto do controle”, referidas “técnicas são próprias do exame do mérito do pedido e somente podem ser utilizadas em casos específicos, como para possibilitar uma leitura sistêmica das normas jurídicas, para sanar ambiguidades porventura existentes no texto legal, para preencher o conteúdo de cláusulas abertas ou, ainda, para calibrar dificuldades práticas relativas à implementação da declaração de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2020).

O terceiro ponto diz respeito ao fato de que a decisão a ser proferida no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, especificamente no exame de pedido cautelar, tem escopo “reduzido, sob pena de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da corte”.

Nota-se que o “resguardo da reversibilidade da medida cautelar” e o “prestígio à deliberação de mérito a ser realizada pelo Plenário” foram utilizados como argumentos aptos ao reexame da decisão anteriormente proferida pelo Ministro Presidente, o Ministro Dias Toffoli.

Sobre o prestígio à deliberação de mérito a ser realizada pelo Plenário, no exame feito na referida decisão sobre a instituição do juiz de garantias e normas correlatas (arts. 3º- A a 3º- F do Código de Processo Penal), foi abordado o mérito da ADI 6.305 (BRASIL, 2020d), por exemplo, quando da análise de eventual inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, momento no qual foi feito cotejo expresso sobre a diferença entre normas de processo penal, a qual não ensejaria qualquer irregularidade, daquelas relativas à organização judiciária, espécie de regras na qual estaríamos diante de eventuais inconstitucionalidades formais (MARQUES, 1960, p. 20-21).

Eventuais dúvidas sobre se a discussão relativa à classificação das normas objeto de controle de constitucionalidade em normas de organização judiciária ou processual penal envolvem (ou não) a discussão do próprio mérito da demanda e, conseqüentemente, é resguardado o papel do Plenário. Tais questionamentos são afastados quando, ao longo da própria decisão, o Ministro Relator cita como exemplo, o precedente anterior de sua lavra no qual trata-se do julgamento,

realizado pelo plenário, do mérito da ADI n. 4.414 (BRASIL, 2013)<sup>9</sup>, momento no qual foi citado, justamente, o exame da classificação de normas em processuais ou de organização judiciária.

É possível verificar que, neste ponto, o escopo da decisão, diferentemente dos pontos de partida, ou seja, das réguas interpretativas estabelecidas pelo Ministro Relator, foi amplo, ensejando prejuízo, no mínimo potencial, “reduzido, de prejudicar a deliberação a ser realizada posteriormente pelo Plenário da Corte<sup>10</sup> (BRASIL, 2020).

Sobre o exame conjunto da inconstitucionalidade formal e dos dados da vida real, o Ministro Relator expressamente destacou que “de qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país” (BRASIL, 2020).

No tocante aos elementos relativos à inconstitucionalidade material, o Ministro Relator, mais uma vez saindo dos limites estritos da decisão impostos por si mesmo no início do *decisum*, destacou como premissas dois grupos de argumentos, consistentes na ausência de (1) dotação orçamentária e (2) estudos de impacto prévios para implementação da medida e o impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade.

Outro ponto da decisão monocrática proferida na ADI n. 6.305 (BRASIL, 2020d) que chama a atenção diz respeito à utilização, nesse momento processual, do mecanismo do *cherry-picking* (FRIEDMAN, 2011, p. 873-879), para afastar o “sucesso” do instituto do juiz de garantias em outro país sem o devido cuidado de se justificarem os motivos pelos quais a comparação realmente se adequaria ao paradigma.

Nesse sentido, a utilização de exemplos do que ocorre na Alemanha, Itália e Portugal demandariam cautela. Não apenas o *cherry-picking*, mas a própria noção de transplantes jurídicos e respectivos critérios trazidos por Dutra (2018, p. 91) dizem respeito ao mérito da própria discussão acerca da ADI 6.305<sup>11</sup> (BRASIL, 2020d).

9 Sobre o tema, o Ministro, nos autos da MC na ADI 6305 destaca que “Em igual sentido, no bojo da ADI 4414, esclareci que “a lei processual é aquela que cuida da delimitação dos poderes, facultades e deveres dos sujeitos processuais, da coordenação de sua atividade, da ordenação do procedimento e da organização do processo”. Isto é: “envolve, basicamente, a tríade jurisdição, ação e processo”. BRASIL. STF. ADI 4.414, Rel. Min. Luiz Fux, PLENÁRIO, j. 31/05/2012, DJe 17/6/2013, p. 54.

10 Sobre a questão, o Ministro Luiz Fux expressamente se posicionou quanto ao mérito da ADI 6.305/DF quando afirma que “a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país. Nesse ponto, os dispositivos questionados têm natureza materialmente híbrida, sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária, a reclamar a restrição do art. 96 da Constituição” (BRASIL, 2020d).

11 Sobre o tema, o trecho a seguir da decisão analisada confirma a afirmativa, senão vejamos: “No caso em tela, a análise comparada do juiz das garantias demanda a observância de outras questões, como, por exemplo, (i) a capacidade que o sistema judiciário brasileiro possui para a recepcionar o juiz de garantias (p. ex., contigente processual, bem como

Além desses aspectos, o eventual aumento do tempo do processo e dos incentivos à impunidade, de acordo com Schaefer e Shikida (2001), igualmente, dizem respeito ao mérito da questão posta sob a égide da jurisdição constitucional.

Analisados os precedentes do STF, no que diz respeito ao exame da legislação penal e processual penal, proferidos entre os anos de 2018 e 2020 passa-se ao exame da questão central do presente estudo, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

### **3 A medição em graus da (in)existência do ativismo jurídico puramente consequencialista em decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF**

O Professor Gilmar Ferreira Mendes chamou a atenção<sup>12</sup> para a atuação do STF ao proferir decisões monocráticas e em caráter liminar quando no exercício da jurisdição constitucional, propondo não conceder decisões monocráticas ou, havendo condições para o deferimento, fosse o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional.

A partir dessa ponderação, somada à leitura do conceito desenvolvido por Abboud (2019), surgiu o interesse acadêmico no aprofundamento do tema e na possibilidade de medição em graus da (in)existência do ativismo jurídico puramente consequencialista em decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF.

Ou seja, estabelecer se seria possível, e em que medida, dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Nota-se, de acordo com Abboud (2019), que o conceito de consequência normativa é neutro, podendo gerar decisões tanto positivas como negativas.

A análise dos precedentes do STF demonstrou, no tópico anterior, que se está diante de decisões ou acórdãos caracterizados por ativismo judicial puramente consequencialista.

---

os recursos humanos e financeiros disponíveis); (ii) a proximidade e/ou vinculação institucional entre os órgãos de acusação e de julgamento nos países em análise; (iii) as regulamentações das competências do juiz das garantias nos países comparados. Em verdade, torna-se também imprescindível analisar justamente as experiências comparadas que foram infrutíferas, nas quais a instituição foi implementada, porém não obteve os resultados esperados e/ou foi posteriormente extinta" (BRASIL, 2020d).

12 A referida manifestação se deu durante aula online ministrada em 9 de abril de 2020, na disciplina do Doutorado "Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional".

De todos os precedentes destacados, a decisão monocrática proferida na ADI 6.305 (BRASIL, 2020d) chamou maior atenção, seja por parte de episódios processuais, seja por parte das conclusões ali presentes e, principalmente, a inobservância dos parâmetros estabelecidos no próprio ato a possibilitar o exame cautelar das questões relativas ao juiz de garantias.

Não é o objetivo do presente estudo fazer juízos de valor sobre os benefícios e malefícios de decisões ou acórdãos ativistas puramente consequencialistas. O objetivo central, repita-se, é se, seria possível, e em que medida, dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Sobre todos os precedentes analisados no tópico anterior, consistentes na ADI n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a), na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2020d) e no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), é possível verificar que são provimentos jurisdicionais ativistas puramente consequencialistas de primeiro grau, ou seja, disseram respeito a decisões colegiadas proferidas pelo STF, respeitando-se o (1) princípio da colegialidade e (2) o limite interpretativo possível relativo ao mérito da demanda

Já a Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c) e a Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), em que pese poderem ser igualmente classificadas como decisões ativistas puramente consequencialistas, deve-se considerar, ao contrário do primeiro grupo, essas como pertencentes ao segundo grau em virtude da inobservância do limite existente quando da análise de medidas cautelares e, conseqüentemente, do princípio da colegialidade.

Diante dessa classificação é possível inferir que as decisões ativistas puramente consequencialistas poderiam ser proferidas dentro da sistemática proposta pelo Professor Gilmar Ferreira Mendes,<sup>13</sup> ou seja, de não serem concedidas monocraticamente como regra, ou, havendo condições para seu deferimento, seja o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional.

## Conclusões

Este artigo, a partir da análise do consequencialismo jurídico e do conceito de ativismo judicial puramente consequencialista trazido por Abboud (2019), concluiu que, dentro do referido conceito, é possível dividi-lo em graus, conforme a natureza jurídica da decisão proferida, mais especificamente, no que diz respeito

13 A referida manifestação se deu durante aula online ministrada em 9 abr. 2020, na disciplina do Doutorado “Desafios Contemporâneos da Ordem Constitucional”.

à (não) provisoriade da decisão e seus efeitos na prestação jurisdicional constitucional.

O estudo retrospectivo da chamada análise de consequências em direito, além de permitir o estabelecimento dos parâmetros para o estudo da referida teoria, permitiu a conclusão, com base em Hart (2009), de que enquanto casos fáceis gerariam respostas claras para o intérprete, os casos difíceis, caracterizados justamente pela ausência de tais respostas, permitiram ao intérprete a solução do caso por meio da discricionariedade.

A partir da leitura de Dworkin (1978;1986), foi visto que, ao associar Direito e integridade, mesmo que o intérprete esteja diante daquilo que o referido autor chama de *hard case*, não poderá apelar para a discricionariedade pura e simples.

Pelo contrário, os casos difíceis deverão ser resolvidos com base na investigação, feita pelo juiz, sobre os direitos de cada parte no caso em julgamento. Ou seja, ainda que o caso concreto não permita uma resposta clara, mesmo nessa hipótese, o juiz afastando-se da discricionariedade, deverá resolver o problema com base em argumentos de princípios.

Argumentos de princípios dizem respeito aos *standards* que justificam uma decisão política, mostrando que ela respeita ou protege os direitos de um indivíduo ou grupo.

A constatação de Direito como integridade para Dworkin (1986), portanto, nada mais é do que garantir a previsibilidade nas decisões, como também conferir legitimidade à decisão judicial pela manutenção da cadeia de sentidos determinados por decisões anteriores, ou seja, há a priorização dos princípios da comunidade.

Na sequência, a partir do que deve ser entendido por consequencialismo e sua relação com a filosofia moral (MULGAN, 2001; CHRISTOPOULOS, 2014), com a tradição clássica utilitarista (MILL, 2007; DRIVER, 2012), suas diferenças em relação ao utilitarismo (CARVALHO, 2013), sua relação com o pragmatismo em sentido amplo (RORTY, 2008; JAMES, 2006) e o jurídico (POSNER, 2003), tendo sido destacado o conceito jurídico (GARNER, 2005), foi possível obter a conclusão de que, para MacCormick (2005), o campo da argumentação consequencialista gera eventuais riscos quando utilizados por juízes, em especial, para aqueles que desempenham a jurisdição constitucional.

Nesse sentido, além de extrair a régua a ser adotada para medir a existência do fenômeno no Brasil (do ativismo judicial consequencialista), ou seja, da utilização de algum critério único e último que pudesse servir “de régua para calcular a relação custo-benefício das consequências provenientes da decisão tomada” (ABBOUD, 2019, p. 4), foi possível destacar as perguntas específicas que deveriam ser respondidas ao longo da análise jurisprudencial.

A partir dessa construção, foi possível concluir preliminarmente que, nos precedentes analisados, a atuação do STF ocorreu dentro da perspectiva de um ativismo judicial consequencialista, tendo sido utilizado em diversos momentos como subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade ou, ocorrendo, por diversas vezes, remissão às chamadas “réguas únicas”, não havendo correlação entre as saídas teóricas escolhidas com dados empíricos que pudessem servir de supedâneo às consequências debatidas.

O exame acerca das consequências perseguidas na atividade do juiz, bem como o exame sobre a argumentação jurídica efficientista (e eventuais riscos) permitiram extrair o conceito de ativismo judicial puramente consequencialista para que, em seguida, fosse possível a análise jurisprudencial do referido instituto no âmbito do STF.

A análise jurisprudencial feita na sequência, envolvendo precedentes julgados pelo STF, em matéria criminal, entre os anos de 2018 a 2020<sup>14</sup>, tornou possível a conclusão de que, se ditos julgados, servem como exemplo de posturas ativistas puramente consequencialista.

No terceiro tópico, por meio das bases teóricas do Consequencialismo jurídico, do ativismo puramente consequencialista e das correlações possíveis de serem feitas com os precedentes escolhidos para estudo, foi possível responder ao problema de pesquisa, que proposto no início, qual seja: em que medida seria possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF, mais especificamente, no que diz respeito à (não) provisoriedade da decisão.

Nesse sentido, a partir da comparação entre a modalidade de decisão proferida na jurisprudência do STF selecionada, na qual foi possível visualizar que tanto o plenário como Ministros, monocraticamente, tomaram decisões de cunho efficientista, caracterizando exemplos de ativismo puramente consequencialista, foi possível dividir o conceito de ativismo puramente consequencialista em graus, conforme a natureza jurídica da decisão proferida no âmbito do STF.

De todos os precedentes destacados, a decisão monocrática proferida na ADI 6.305 (BRASIL, 2020d) chamou mais a atenção, seja por parte de episódios processuais, seja por parte das conclusões ali presentes e, principalmente, a inobservância dos parâmetros estabelecidos no próprio ato ao possibilitar o exame cautelar das questões relativas ao juiz de garantias.

Sobre todos os precedentes analisados no tópico anterior, consistentes na ADIn n. 5.526/DF (BRASIL, 2018a), na Ação Penal n. 937 (BRASIL, 2018b) e no Inquérito Penal n. 4.435/DF (BRASIL, 2019a), é possível verificar que são

<sup>14</sup> ADIn n. 5526/DF, Ação Penal n. 937, Inquérito Penal n. 4.435/DF, Suspensão de Liminar n. 1.178/PR e Medida Cautelar na ADI n. 6.298.

provimentos jurisdicionais ativistas puramente consequencialistas de primeiro grau, ou seja, disseram respeito a decisões colegiadas proferidas pelo STF, respeitando-se o (1) princípio da colegialidade e (2) o limite interpretativo possível relativo ao mérito da demanda.

Já a Suspensão de Liminar n. 1.178/PR (BRASIL, 2018c) e a Medida Cautelar na ADI n. 6.298 (BRASIL, 2020a), em que pese poderem ser igualmente classificadas como decisões ativistas puramente consequencialistas, devem ser consideradas, ao contrário do primeiro grupo, como pertencentes ao segundo grau em virtude (1) da inobservância do limite existente quando da análise de medidas cautelares e, conseqüentemente, (2) do princípio da colegialidade.

Diante dessa classificação, é possível inferir que as decisões ativistas puramente consequencialistas poderiam ser proferidas dentro da sistemática proposta pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ou seja, de não serem concedidas monocraticamente como regra, ou, havendo condições para seu deferimento, seja o provimento jurisdicional provisório levado imediatamente ao plenário para deliberação daquela Corte Constitucional, tendo sido ignorado, por via de consequência, o art. 20, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), pois, foram aplicados valores jurídicos abstratos sem que fossem consideradas as consequências práticas da decisão.

Ou seja, classificou-se como ativismo puramente consequencialista de primeiro grau, de um lado, os acórdãos proferidos pelo Plenário da Corte Constitucional brasileira mais especificamente e, de outro, os de segundo grau, caracterizados por decisões monocráticas proferidas no âmbito do STF de cunho efficientista, algo que deve ser evitado para fins de garantir, na jurisdição constitucional brasileira, a devida segurança jurídica no trato de questões constitucionais.

## Referências

ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ABBOUD, G. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1009, p. 123-136, nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.526/DF*. Relator Ministro Edson Fachin, rel. p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes, j. 11.10.2017, DJe 07.08.2018. Brasília, DF: STF, 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Penal n. 937*. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 03.05.2018, DJe 11.12.2018. Brasília, DF: STF, 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Inquérito Penal n. 4.435/DF* Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, j. 14.03.2019. Publicação no DJe em 22.03.2019. Brasília, DF: STF, 2019a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. *Suspensão de Liminar n. 1.178/PR*. Relator: Ministro Luiz Fux, j. 28.09.2018. Brasília, DF: STF, 2018c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298*. MC na ADI 6.298. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020a. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.299*. MC na ADI 6.299. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020b. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.300*. MC na ADI 6.300. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020c. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305*. MC na ADI 6.305. Publicado no DJe em: 03.02.2020. Brasília, DF: STF, 2020d. Disponível em: [https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8\\_ADI6298.pdf](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/A02F06C8E945F8_ADI6298.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.414*. Relator: Ministro: Luiz Fux, j. 31/05/2012, DJe em 17/6/2013, p. 54. Brasília, DF: STF, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Brasília, DF, 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737compilado.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF, 2019b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. *Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm). Acesso em: 21 out. 2020.

CARVALHO, C. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTOPOULOS, B. G. C. *Controle de constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

DRIVER, J. *Consequentialism*. London: Routledge, 2012.

DUTRA, D. C. Transplantes jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

DWORKIN, R. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FRIEDMAN, A. Beyond Cherry-Picking: selection criteria for the use of Foreign Law in domestic constitutional jurisprudence. *Suffolk University Law Review*, v. XLIV, p. 873-889, 2011.

GARNER, B. A. (Ed.). *Black's Law dictionary*. 9. ed. St. Paul: Thomson Reuters, 2005.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JAMES, W. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEVINSON, D. Rights essentialism and remedial equilibration. *Columbia Law Review*, v. 99, n. 4, p. 857-940, may 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1123480?seq=1>. Acesso em: 21 abr. 2020.

LEVINSON, D. Foreword: looking for power in Public Law. *Harvard Law Review*, v. 130, n. 1, p. 31-143, nov. 2016. Disponível em: [https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/31-143-Levinson\\_Online.pdf](https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2016/11/31-143-Levinson_Online.pdf). Acesso em: 21 abr. 2020.

- MARQUES, J. F. Organização judiciária e processo. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 1, ano 1, jan./jun. 1960.
- MACCORMICK, N. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MILL, J. S. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007.
- MULGAN, T. *The demands of consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- POSNER, R. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.
- RORTY, R. *Para que serve a verdade?* São Paulo: Unesp, 2008.
- SCHAEFER, G. J.; SHIKIDA, P. F. A. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Revista Análise Econômica*, Porto Alegre, v. 19, n. 36, p. 195-217, 2001.
- SPROESSER, A. K. *As imunidades parlamentares no direito constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.