

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

Os juízes, a pandemia e os argumentos consequentialistas

Teresa Arruda Alvim¹
Advogada

Sumário: 1. Delimitação do tema; 2. Sobre a segurança jurídica; 3. Sobre argumentos consequentialistas; 4. Nossas sociedades; 5. Direito posto; 6. Função dos argumentos consequentialistas; 7. Os riscos; 8. Bibliografia.

1. Delimitação do tema

Só em períodos históricos de menor complexidade e em fases de notável estabilidade é que o direito se reduz a um padrão normativo rígido, que é imposto à sociedade.

Nossa época é de intensa mobilidade e complexidade social e estamos vivendo uma situação absolutamente excepcional: a pandemia da Covid-19.

Por isso, o consequentialismo é tema de grande relevância para o momento presente: não se podem *IGNORAR* os impactos das decisões tomadas pelo Estado na realidade, no mundo dos fatos, no plano empírico.

O foco central deste nosso artigo é o consequentialismo no contexto das decisões do juiz.

Pode o juiz usar argumentos consequentialistas para decidir? Permitir que estes influenciem suas decisões?

De um modo geral, percebe-se a existência de opiniões extremistas: uns consideram a possibilidade de fazer uso de argumentos consequentialistas, como base única fundamental da decisão, sempre que isso se revelar necessário. No outro extremo, há os que entendem que argumentos consequentialistas jamais podem ser utilizados porque não seriam jurídicos.

Sabe-se que hoje são diversas as correntes de pensamento que não identificam o direito com a lei. Por vários caminhos diferentes, pensadores do direito vêm, aos poucos, se afastando da noção de *direito* como equivalente à *norma escrita*.

¹ Livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição. Professora Visitante na Universidade de Cambridge – Inglaterra. Professora Visitante na Universidade de Lisboa. Diretora de Relações Internacionais do IBDP. Honorary Executive Secretary General da International Association of Procedural Law. Membro Honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, do Instituto Panamericano de Derecho Procesal, do Instituto Português de Processo Civil, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas, do IAPPR e do IASP, da AASP, do IBDFAM e da ABDConst. Membro do Conselho Consultivo da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAMFIEP. Membro do Conselho Consultivo RT (Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais). Coordenadora da Revista de Processo – RePro, publicação mensal da Editora Thomson Reuters Brasil/Revista dos Tribunais. Relatora da Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal em 2009 para a redação do Anteprojeto de Código de Processo Civil. Relatora do Anteprojeto de Lei de Ações de Tutela de Direitos Coletivos e Difusos elaborado por Comissão nomeada pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2019 (PL 4778/20).

Sempre me chamou a atenção, muito antes (mas realmente muito antes) da entrada em vigor do CPC de 2015, a força normativa da jurisprudência. A previsibilidade do direito é objetivo que, efetivamente, só pode ser alcançado, se os jurisdicionados estiverem sujeitos a um *texto legal* numa *mesma* e única interpretação. Sob esse aspecto, portanto, é indiferente a qualidade da interpretação, o erro ou o acerto do sentido atribuído ao texto: para efeito de gerar segurança jurídica, basta que o jurisdicionado tenha **conhecimento e certeza** da pauta de conduta em que deve basear o planejamento de sua vida.

A previsibilidade (ou a calculabilidade) são valores que inerentes à ideia de direito e que integram a noção mais ampla de segurança jurídica.

Essa visão do direito joga uma relevantíssima carga de responsabilidade no Poder Judiciário, já que vê nele um protagonista na criação do próprio direito.

Nos últimos tempos, principalmente em razão da pandemia de Covid-19, que abalou o mundo, argumentos consequencialistas têm, no Brasil, servido, muito frequentemente, de base a decisões judiciais. Esses argumentos são o resultado da avaliação que o juiz faz dos *impactos* que sua decisão pode gerar na *sociedade*. Argumentos consequencialistas podem, portanto, determinar o próprio teor da decisão.

Num primeiro olhar, pode-se entender que, como o direito serve à sociedade, nada mais natural e desejável que sejam levadas em conta as consequências da tomada de decisão no mundo empírico. Exercendo um juízo de valor sobre tais impactos serem positivos ou negativos, o juiz decide de modo X ou Y.

No entanto, em sociedades pluralísticas como as atuais, em que não há uma classe dominante e outra dominada; em que as ideias de certo/errado estão razoavelmente esmaecidas; em que o que é bom/ruim, pode variar imensamente segundo o ponto de vista de quem faz essa avaliação, deve-se ter muito cuidado com o uso de argumentos consequencialistas.

Sem as cautelas necessárias, a difusão do estilo consequencialista de fundamentar decisões tem o condão de gerar intensa desuniformidade no direito e, por consequência, comprometer a previsibilidade.

Por outro lado, a realidade da pandemia gerou a judicialização de muitos conflitos e qualquer um na posição do juiz ficaria irresistivelmente tentado, em face das situações difíceis que esta doença criou, a levar esta realidade em conta para decidir.

As reflexões que proponho neste artigo giram em torno, justamente, dos *cuidados* que devem ser tomados no emprego destes argumentos, não só no presente momento histórico, mas sempre.

2. Sobre a segurança jurídica

A segurança jurídica, em meu sentir, é um *valor* encampado por um *princípio* cuja função é *supraordenadora*².

² Tratando separadamente desses sentidos, ou dessas possíveis dimensões da segurança jurídica, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 121 et seq.

Trata-se, a meu ver, de uma ideia inerente, conatural ao próprio direito. De um valor *constitutivo* do direito³.

No Brasil, esse princípio tem assento constitucional (CF/1988, art. 5º). Integra a noção de Estado de Direito e a proteção da dignidade humana, consistindo, sob certo aspecto, numa pressuposição para que os homens possam planejar e controlar seu futuro.

Tem-se dado importância extrema à segurança no mundo de hoje, justamente como reação à profunda insegurança em que vivemos.

Muito se discute a respeito das causas dessa insegurança, e, dentre as principais, está, com certeza, o excesso de informações somado ao “dever” que tem o homem contemporâneo de planejar racionalmente e, de certa forma, *predeterminar* seu futuro. Não há como assimilar toda a informação que está à disposição e, muito menos, gerenciar e organizar os dados para compreender adequadamente o presente e planejar o que há de vir, exercendo, assim, certa dose desejável de controle sobre o futuro. A sensação de impotência é fonte de tremenda insegurança.

Vivemos, por outro lado, em sociedades de grupos. Não há mais uma camada *dominante* e outra *dominada*. Há interesses, e os grupos se formam à volta deles: as instituições financeiras, os consumidores, os industriais, e assim por diante. Interesses que, muito frequentemente, estão contrapostos. Há muitas “verdades”, muitas versões da realidade, muitas noções diferentes do que seja *certo* e *errado*, bom ou ruim.

Esse quadro pode gerar excesso de regramento, leis, decretos, medidas provisórias e, portanto, correlatamente, o perigo de não se saber *exatamente* “o que é o direito”, por qual pauta de conduta deve o jurisdicionado orientar-se. Essa situação se reflete também na instabilidade da jurisprudência. Os exemplos que poderiam aqui ser dados certamente fariam com que este ensaio tivesse não o número de páginas que tem, mas, em vez disso, alguns volumes.

Nesse cenário rapidamente descrito, deve-se acrescentar a tendência das civilizações contemporâneas no sentido de possibilitar que, mais e mais, camadas sociais antes excluídas usufruam de benefícios como hospitais, consumo e, é claro, acesso à Justiça.

Some-se a isso o movimento tentacular exercido pelo direito: *tudo* é disciplinado, regulado, normatizado. Indivíduos podem, de fato, ir à Justiça em vários papéis: marido, consumidor, idoso, contribuinte etc.

Além disso, tem-se a pressão típica da nossa época: tudo deve ser feito muito rapidamente. A necessidade de rapidez diz respeito tanto às leis, quanto às decisões judiciais.

É exatamente esse contexto que revitaliza o estudo da segurança jurídica. Como observa Humberto Ávila⁴, “só se obtém plena consciência do significado de um bem quando se o perde”.

³ Odilon Romano Neto ensina: “Ao se tratar da *proteção da confiança*, destaca-se inicialmente que a confiança, antes de um fenômeno jurídico, é um fenômeno social presente nas relações humanas, qualificando-se como ‘uma sólida esperança em uma pessoa, uma coisa ou um comportamento’, em relação aos quais o sujeito que confia projeta sentimentos de *segurança* e *estabilidade*. A confiança é, portanto, um elemento essencial no convívio social, na medida em que a partir dela se estrutura um ambiente de estabilidade e previsibilidade, dentro do qual indivíduos e empresas podem planejar o futuro e contribuir para o desenvolvimento social e econômico do país. Como anotou Canotilho, ‘o homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida’” (ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessôa da Silveira (coord.). *A Constituição da República, segundo ministros, juizes, auxiliares e assessores do STF*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 284-285).

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 76.

A segurança jurídica é tema vastíssimo, e, como é evidente, a própria expressão tem vários sentidos e dimensões que, de certo modo, interpenetram-se e se complementam⁵.

A dimensão do princípio da segurança jurídica, que serve de pano de fundo para este ensaio, é a *necessidade de uniformidade e da consequente previsibilidade do direito*.

3. Sobre argumentos consequencialistas

É relevante frisar aqui que argumentos consequencialistas são argumentos *jurídicos*.

A visão pragmática do direito, ao contrário das visões semânticas e sintáticas, se caracteriza justamente por levar em conta a *operatividade* e a *funcionalidade* do ordenamento jurídico, ou seja, sua capacidade de servir adequadamente à sociedade em que se insere. É o direito que gera resultados *socialmente positivos*, que está rente às necessidades do organismo social a que deve servir.

Argumentos consequencialistas harmonizam-se perfeitamente com a visão pragmática do direito, já que supõem um diálogo entre o direito estrito senso, a sociedade e a avaliação dessa relação. Essa relação deve “funcionar bem”.

São aqueles que orientam a tomada de decisão, fazendo com que a opção do órgão decisor recaia sobre aquela solução que gere impacto mais positivo para a sociedade.

Têm estado presentes nas decisões judiciais, por vezes como o único ou principal fundamento delas.

É comum que em decisões judiciais, principalmente em épocas como as que estamos vivendo, se “passe por cima” da lei ordinária, como se esta estivesse sendo interpretada à luz do princípio da dignidade humana, ou de outro princípio qualquer de índole constitucional que seria, por si só, apto a afastar soluções mais conservadoras. Um exemplo caricato seria o de o juiz dispensar o devedor de quitar seu débito apenas porque teria ficado desempregado em função da pandemia.

4. Nossas sociedades

Vivemos em sociedades “inclusivas”, na feliz expressão de Canotilho⁶. Isso quer dizer que há nas sociedades contemporâneas marcada tendência a que sejam incorporadas aos segmentos institucionalizados camadas sociais que em outros tempos viveriam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização⁷.

⁵ A esse respeito, observa Alexandre Freire: “O princípio da segurança jurídica é, sem dúvida alguma, um dos pilares do Estado de Direito. Visa a garantir estabilidade e tranquilidade nas relações jurídicas, tendo como principal objetivo proteger e preservar as expectativas de comportamento das pessoas em relação ao que resulta de suas ações e no que diz respeito às ações esperadas de terceiros” (FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 51-82, especialmente, p. 63).

⁶ J. J. Gomes Canotilho. A “principalização” da jurisprudência através da constituição. *RePro* 98/83-89 (volume em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Descrevendo a “sociedade inclusiva” com os olhos voltados para o direito, assevera Arruda Alvim que a ideia contemporânea de utilidade liga-se à concepção segundo a qual o aparato estatal deve abranger um número cada vez maior de jurisdicionados, transmutando-os de jurisdicionados formais para jurisdicionados substanciais (ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 4, p. 5).

⁷ Sobre as sociedades *inclusivas* diz Hannah Arendt: “A sociedade de massas, contudo – quer algum país em particular tenha atravessado ou não efetivamente todas as etapas nas quais a sociedade se desenvolveu desde o surgimento da época moderna

Essa pode ser considerada uma das características mais marcantes da nossa época. A mobilidade social ocorre concomitantemente com a intensificação do fenômeno da positivação. Essa concomitância produz a dificuldade de se operativizar (= fazer funcionar) um *sistema* de normas escritas e, portanto, de razoável estabilidade em sociedades que, em contrapartida, têm estado em permanente mudança.⁸

Hoje, as sociedades incorporam cada vez mais esses indivíduos e, naturalmente, fica cada vez mais difícil se falar em interesses *da sociedade*,⁹ já que muito comumente há interesses de *grupos* integrantes da *mesma sociedade* que são frequentemente conflitantes e reciprocamente excludentes.

Há uma tendência a que grupos migrem para o que Arruda Alvim chama de *centro de deliberação social*, principalmente nas sociedades dos países em desenvolvimento, o que pode afetar a estrutura dessa sociedade, produzindo quase sempre a “sensação” de que o ordenamento não é “justo”.¹⁰ Naturalmente, nesse movimento, os grupos que antes se encontravam nesses centros de deliberação social vão sendo desalojados, comprometendo valores enquanto elementos mantenedores da institucionalização. Claro está que, num contexto dessa natureza, o direito não poderia senão desempenhar a função de resolver ou neutralizar *tensões*.

Hoje, admite-se considerar que o direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente *lógico*. O que de mais marcante existe no direito é uma série de noções-chaves que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Esses *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam por meio de *conceitos vagos* que assumem determinados significados *em função dos problemas a serem solucionados*.

Esses *lugares comuns* da argumentação são noções como *interesse público, autonomia da vontade, deve dar-se a cada um o que é seu*. É inútil tentar montar um sistema lógico, hierarquizado e de validade universal com os *topoi* sob pena de eles se verem necessariamente envolvidos em contradições.¹¹

Parece ser sintomática, a esse propósito, a circunstância de cada vez mais incluírem-se *conceitos vagos* nos *textos do direito posto*, às vezes integrando até mesmo as *cláusulas gerais*, como uma forma de tentar absorver a complexidade do mundo real,

–, sobrevém nitidamente quando ‘a massa da população se incorpora à sociedade’ (...)” (*Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 250).

⁸ Warat diz que em nosso século todos os setores pugnam por participar do poder político. Isso diz respeito talvez de modo especial à classe trabalhadora que tem o firme propósito de alcançar esse desiderato (cf. *Lenguaje y definición jurídica*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973. p. 39).

⁹ Exatamente nesse sentido, Ana Paula de Barcellos diz que “para o estudioso, ou para o cidadão que tenha a pretensão de estar bem informado, parece realmente que não há mais coisa alguma simples no mundo: já não é possível examinar com seriedade os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta singela e direta, já que, com frequência, eles envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes. Jornais e revistas passaram a publicar matérias compostas de várias opiniões sobre o mesmo tema, na tentativa de dar conta de sua multiplicidade e atrair leitores de todos os grupos. Nos regimes democráticos, predominantes nas sociedades ocidentais nos últimos cinquenta anos, essa pluralidade recebe espaço institucional de manifestação e desenvolvimento” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 8).

¹⁰ ARRUDA ALVIM. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 1.

¹¹ Como observa Tercio Sampaio Ferraz Junior em seu conciso e lucidíssimo prefácio à tradução da 5. ed. da obra de Viehweg. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

assim como é sintomática a necessidade que vem sendo sentida na comunidade jurídica de que os princípios jurídicos integrem os raciocínios de direito.

Esse novo estilo de legislar parece atender melhor às necessidades das novas sociedades. Como se disse, esse movimento de incorporação de novos segmentos torna as sociedades dinâmicas e instáveis, feições estas que não estavam presentes nas sociedades do século XIX.

As sociedades contemporâneas tendem a ser, de certo modo, heterogêneas, no sentido de pluralistas, já que não se identificam claramente um grupo dominante e um grupo dominado, como em outras épocas históricas.¹²

A visão do direito *como algo integralmente separado do contexto real* em que se insere e em que atua concretamente permite que se concebiam unicamente soluções que não satisfazem essa nova sociedade. *A negação desse isolamento tem sido um ponto de partida em quase todas as novas teorias que vêm surgindo para ocupar parte (grande parte...) do espaço da dogmática tradicional.*

O instrumental clássico concebido no contexto dessa antiga cosmovisão praticamente se resumia à lógica formal e ao raciocínio dedutivo. Falava-se em silogismo judicial, e o raciocínio jurídico sempre tinha o ponto de partida na norma.¹³

Com o crescimento e o aumento da complexidade das sociedades, o pensamento jurídico tradicional passou a mostrar-se insuficiente, e levou a que o uso da dogmática tradicional viesse em muitos casos a significar “forçar” a realidade a encaixar-se num esquema excessivamente simplificado que efetivamente não a podia comportar.¹⁴

O perfil estático do direito e a ideia de *segurança* como necessidade de *manutenção do status quo* correspondiam às feições estáveis das sociedades.

Hoje, à segurança jurídica ligam-se às ideias de *previsibilidade* ou de *calculabilidade*.

5. Direito posto

Como dissemos antes, o direito não é mais um padrão normativo rígido que se impõe à sociedade. A realidade penetra no direito e influi até mesmo na confecção das próprias normas, na formulação de princípios.

De um lado, por exemplo, existe a regra de que o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o dos sócios que a integram. Por outro lado, em face da realidade de que a pessoa jurídica poderia estar sendo usada como “véu” para encobrir práticas de fraude, não há como fechar os olhos: nasceu a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Outro caso interessante é o do abrandamento da regra do *pacta sunt servanda* pela criação da teoria da imprevisão.

¹² ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 11, p. 14.

¹³ Às vezes se tem a impressão quando se estudam autores mais formalistas de que o *pensamento* se perde num emaranhado de palavras e já não se sabe mais o que é palavra e o que é pensamento. Parece que fica *nublado* o mundo real e a realidade passa a ser *as palavras*. Maria Helena Diniz noticia que houve um penalista chamado Binding que chegou a afirmar que, na verdade, os delinquentes *cumprem as normas penais*, já que matam e, em regra, são punidos com a consequência prevista na lei. A mesma professora observa ser evidente a confusão feita pelo autor entre norma e proposição, elementos cujas “diferenças (...) são gnoseológicas e não de gramaticalismo lógico” (*A ciência jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. item C.1; 1.1, a, p. 85-86).

¹⁴ ARRUDA ALVIM. *Arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988. item 2, p. 3.

Princípios como a função social da empresa ou do contrato têm orientado opções interpretativas da lei.

Esses exemplos demonstram como o direito vem-se curvando historicamente à necessidade de enxergar a realidade e discipliná-la, suavizando seus dogmas. Quando a realidade e a teoria entram em choque, não se deve desprezar a realidade, fingindo que não a está vendo, mas alterar a teoria!

Por outro lado, impactos da decisão na vida real há muito tempo são levados em conta por certas decisões em virtude de previsão legal expressa. De fato, por exemplo, o que faz o juiz, ao avaliar o *periculum in mora* se não projetar no futuro as consequências da não concessão da medida pleiteada pela parte imediatamente? O que faz o juiz quando avalia o “dano marginal”? O *periculum in mora* reverso?

As próprias normas jurídicas incorporam muito frequentemente a necessidade de o juiz levar em conta a realidade, muitas vezes projetando os efeitos de sua decisão no futuro. É o que o magistrado faz, por exemplo, quando avalia o “interesse do menor”.

6. Função dos argumentos consequentialistas

Textos de lei, muito frequentemente, comportam mais de uma interpretação. A eleita deve ser dentre a que *melhor responde* às necessidades sociais do momento. A escolha deve acontecer com os olhos na realidade.

No avaliar qual seria a solução que *melhor responde* às necessidades sociais do momento, o juiz deve apropriar-se do *ethos* dominante o quanto possível, distanciando-se da sua visão pessoal sobre o tema.

Tomemos um exemplo:

Existe uma portaria (12/2012) que tem por objetivo responder a necessidades derivadas de *situações extraordinárias*, permitindo ao contribuinte que peça prorrogação do prazo para o pagamento de tributos federais. Essa portaria pode ser tida como não autoaplicável, porque um de seus dispositivos alude à necessidade de uma norma posterior. Entretanto, sua finalidade restaria integralmente frustrada, pois a portaria foi concebida para remediar situações de urgência. Todavia, havendo outro caminho (outro resultado possível de interpretação do mesmo texto), é este o que deve prevalecer. O outro caminho seria, por exemplo, o de se entender que a suspensão do prazo para o pagamento deveria ocorrer **de imediato** e a “norma posterior” poderia dizer respeito a outros aspectos, como, por exemplo, à forma de pagamento do tributo.

Assim, em contextos como o examinado acima, os argumentos consequentialistas desempenham papel “desempataador” entre duas ou mais interpretações possíveis, devendo prevalecer aquela que responde de modo mais eficiente e evidente às necessidades sociais do momento.

Outro dos cuidados que devem ser tomados quando se empregam argumentos consequentialistas é o de que essa projeção dos efeitos futuros da decisão que viria a ser tomada sejam *devidamente demonstrados*, às vezes, até mesmo, por meio de prova pericial.

Resumindo e concluindo, parecem ser então de duas ordens os cuidados que devem ser tomados: (i) não se pode deixar de lado o direito posto e as soluções devem ser obtidas pela via interpretativa, ainda que à luz de projeções dos efeitos da decisão sobre

a sociedade, projeções essas que (ii) não de ser, pelo menos, analiticamente demonstradas e, em certos casos, até mesmo evidenciadas por meio de prova pericial.

7. Os riscos

Sociedades pluralísticas como as do século XXI, como já se observou antes, são bem mais complexas do que as que havia há alguns séculos.

Em vez de uma classe dominante e outra dominada, há vários grupos com diversos interesses que fazem pressão para que tudo ocorra como lhes parece “melhor”.

Assim, e por isso, os conceitos de *bom* ou *ruim* para a sociedade podem ser manipulados de formas diferentes em decisões judiciais diversas. Se, por exemplo, na justiça civil se protege o consumidor, na justiça do trabalho as decisões têm em vista proteger o trabalhador.

Em plena pandemia, há decisões que determinam a extensão da jornada de trabalho dos funcionários de instituições bancárias para proteger o consumidor, lhes atribuindo a função de controlar o uso de máscaras nas filas que se formam fora das agências; há decisões, por outro lado, na justiça trabalhista que determinam o encurtamento da jornada de trabalho dos funcionários das agências bancárias por causa da Covid-19, para sua própria segurança.

De fato, a avaliação sobre ser mais positivo o impacto da decisão X ou Y na sociedade pode variar imensamente, na dependência de quem a faz.

A *falta de uniformidade* e consequente comprometimento da *previsibilidade do direito* mostra o *perigo* de argumentos consequencialistas serem a única base ou a base principal de uma decisão judicial. Isso porque, como dissemos no item 1 deste artigo, decisões judiciais, além de resolverem o conflito que existe entre as partes, no caso concreto, têm carga normativa, i.e., são *precedentes*, são direito.

Portanto, é enganosa a impressão que se tem de que o juiz que decide levando em conta apenas os impactos de sua decisão no mundo empírico estaria “fazendo justiça”. O direito é como uma música, tocada por uma orquestra, com vários instrumentos. Se um deles destoa, compromete o todo, ainda que esteja ele (só eles!) tocando uma bela música.

8. Bibliografia

- ARENDR, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.
- ARRUDAALVIM. *A arguição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREIRE, Alexandre. Precedentes judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; GONZAGA JAYME, Fernando (coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC de 2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- ROMANO NETO, Odilon. A proteção da confiança na Constituição Federal de 1988. In: FUX, Luiz; BODART, Bruno; MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). *A Constituição da*

República, segundo ministros, juízes, auxiliares e assessores do STF. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 284-285.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Brasília: Departamento da Imprensa Nacional, 1979.

WARAT, Luis Alberto. *Language y definición jurídica.* Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.