

15. CONSEQUENCIALISMO x ESTADO DE DIREITO: a ameaça da lei nº 13.655

Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Laura Meireles Quinet de Andrade

Resumo

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) introduziu modificações às normas de introdução do Direito brasileiro (Decreto-lei n. 4.657 – BRASIL, 1942), oferecendo, por meio de seus artigos 20, 21 e 22, a possibilidade de interpretação favorável ao emprego do consequencialismo na prática decisional administrativa e judiciária. Contudo, a adoção do consequencialismo jurídico representa uma ruptura ao Estado de Direito, ensejando inúmeras críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, com base em fontes indiretas, sob a metodologia dedutiva, referenciada teoricamente pelo Pós- Positivismo Jurídico, especialmente nas vertentes trabalhadas por Dworkin (2001, 2010) e Alexy (2001, 2008). Procedeu-se, outrossim, a revisão da literatura sobre o consequencialismo (POSNER, 2010), o que permitiu a conclusão pela necessidade de interpretação restritiva à Lei.

Palavras-Chave: Consequencialismo; Pós-Positivismo Jurídico; Lei nº 13.655

Introdução

Em 25 de abril de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), responsável por alterar a forma como decisões administrativas e judiciais são fundamentadas, com o propósito de ampliar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito. Nesse sentido, a referida Lei estabelece, em seu artigo 20, 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”. Aliado aos artigos 21 e 22, configura-se, portanto, aparente adoção do consequencialismo jurídico no ordenamento pátrio.

O consequencialismo jurídico, sob a visão de Posner (2010), pode ser entendido como a atuação do aplicador do Direito, que ao emitir uma decisão, leva em consideração as eventuais consequências práticas que advirão, sejam elas sociais, políticas, econômicas ou jurídicas. Sendo assim, em um processo decisório judicial ou administrativo, analisar-se-iam não só as prescrições de Direito apresentadas, mas também as consequências fáticas pertinentes.

Contudo, conforme o entendimento pós-positivista de Dworkin (2001, 2010), o julgador deve se ater a argumentos de princípio, compreendidos como aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2010, p. 129), ou seja, ao Poder Judiciário caberia exclusivamente a consideração das questões pertinentes ao Direito. Os argumentos consequencialistas, em viés contrário, são compreendidos como argumentos de política, aqueles que “justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2010, p. 129). Os argumentos de política devem orientar a elaboração do Direito Posto, ou seja, são legítimos e esperados no processo legislativo, devendo ser afastados nas decisões do Judiciário e da Administração Pública.

Outrossim, a teoria de Alexy (2001, 2008), ao reconhecer os direitos sociais como princípios, definidos como mandamentos de otimização limitados pela reserva do possível, permite a incorporação pelo próprio Direito, da escassez, tornando desnecessário o recurso ao argumento consequencialista. Da mesma forma, a análise das consequências práticas, na forma prevista em Lei, pode ser aplicada enquanto considerar unicamente os princípios e direitos

envolvidos na situação fática, ou seja, é possível seguir o disposto nos artigos 20 a 22, desde que se atenha às questões de direito que se confrontam no caso concreto.

A adoção do consequentialismo jurídico na prática decisória é apta a gerar uma série de desdobramentos prejudiciais à ordem constitucional estatuída, ameaçando a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade. É nesse sentido, então, que o presente artigo objetiva demonstrar que a adoção do consequentialismo como técnica decisória implica em ruptura com o Estado Democrático de Direito, de maneira que os dispositivos normativos que permitiriam sua adoção devem ser interpretados de maneira restritiva. Dessa forma a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) não seria responsável por ordenar ao aplicador do Direito que considere as consequências práticas, em um juízo prognóstico, mas sim ordenar que esse leve em consideração os princípios e direitos afetos ao caso concreto, realizando um exercício de ponderação e estudo de normas-princípio, o que lhe é permitido por uma ótica pós-positivista.

Buscando concretizar tal objetivo, procedeu-se a uma pesquisa qualitativa, mediante estudo e compreensão das teorias de Dworkin (2001, 2010), Alexy (2001, 2008) e Posner (2010), bem como dos inúmeros estudos já realizados acerca da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Com isso, foi possível analisar os dispositivos normativos questionados, para que se pudesse compreender seu real objetivo. Finalmente, fez-se a seleção de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em trâmite no Supremo Tribunal Federal, com fins de compreender a forma como o consequentialismo jurídico é invocado como embasamento para decisões judiciais, e o perigo que representa à segurança jurídica e igualdade.

O Consequencialismo jurídico sob a crítica de Ronald Dworkin

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao introduzir modificações às normas de introdução do Direito brasileiro (Decreto-lei n. 4.657 – BRASIL, 1942), passou a determinar 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”. Dessa forma, por meio de seus artigos 20, 21 e 22, trouxe para o âmbito do debate jurídico a importância de se discutir as implicações da adoção de um sistema consequentialista na prática decisória estatal. Nesse sentido, o referido debate jurídico pode pautar-se no confronto entre os entendimentos consequentialista, sobretudo de Posner (2010), e pós-positivista sob a ótica de Dworkin (2001, 2010) e Alexy (2001, 2008).

O consequentialismo jurídico, analisado sob uma vertente ampla, pode ser compreendido como:

(...) qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas (SCHUARTZ, 2011, p. 130).

Dessa maneira, a aplicação da teoria consequentialista é responsável por levar os aplicadores da lei a discutir e avaliar não só a questão de Direito que lhes é apresentada, como também seus potenciais efeitos jurídicos, considerando as influências da decisão judicial no mundo fático.

Tendo em vista uma análise mais aprofundada da teoria, pode-se eleger como representante do consequentialismo Posner (2010), um dos principais expoentes da Escola Análise Econômica do Direito. O autor, criticando a concepção moral adotada por Dworkin (2001, 2010), acredita que cabe ao juiz possuir domínio sobre questões econômicas, políticas e sociais de seu tempo para que, prevendo as consequências futuras a serem geradas por sua decisão, possa adotar a medida mais benéfica aos envolvidos. É nesse sentido, então, que se afirma que o aplicador do Direito consequentialista deve pautar-se nas implicações futuras.

Posner (2010), então, defendendo uma abordagem prática do Direito, afasta a teoria moral do processo decisório em prol de uma argumentação jurídica pautada nas consequências, tanto específicas do caso concreto, como sistêmicas. O processo decisório deve buscar as melhores consequências possíveis na realidade social – para tal o juiz deve fazer uso de uma visão econômica, centrada no conceito de eficiência. Dessa forma, a eficiência econômica constituiria um apropriado critério a ser adotado pelo aplicador do Direito para avaliar as relações jurídicas que lhes são apresentadas, tornando a práxis decisória mais objetiva.

O método posneriano, então, estabelece que as decisões judiciais adequadas devem produzir o resultado prático definido por critérios de eficiência, os quais podem ser compreendidos como maximizadores do bem-estar social, da riqueza social (constituída por um agregado indeterminado de preferências, objetivos e satisfações dos indivíduos que constituem o grupo social). Tal emprego da racionalidade econômica pelo juiz seria, portanto, capaz de fornecer um artifício jurídico para afugentar questionamentos políticos ou morais em questões controversas, pois a análise da eficiência dos resultados que seriam produzidos pela decisão judicial consistiria em um método imparcial e objetivo.

Dworkin (2001, 2010), por seu turno, dedicou-se à negação do consequencialismo proposto por Posner (2010), visando a criticar sua concepção sobre a técnica decisória pautada no exame das consequências. O pós positivista promove, em sua obra, a convergência entre a filosofia do Direito e a filosofia moral – essa necessária conexão seria responsável pela crença na existência de princípios jurídicos morais, presentes ao longo do ordenamento. É pautado na concepção do ordenamento jurídico como um sistema misto de regras e princípios, que o autor fundamenta sua tese do Direito como integridade.

De acordo com esta tese, o juiz deve decidir os casos concretos tomando por base a doutrina e os precedentes, com lastro no conjunto de princípios jurídicos positivados pelo ordenamento vigente. O aplicador do Direito, desse modo, deve fazer uso de um método interpretativo, invocando princípios gerais e decisões pretéritas para construir sua decisão. Em outras palavras, no momento de aplicação do Direito, o juiz deve buscar o conjunto de princípios que oferta a solução mais adequada ao caso concreto – tal discussão moral acerca dos princípios a serem aplicados deve primar pela argumentação que busque respeitar não só os princípios consagrados pelo ordenamento, como também a forma como foram aplicados no passado, sob um olhar retrospectivo.

Adentrando então a técnica decisória ideal a ser utilizada pelo juiz, Dworkin (2010) classifica os argumentos judiciais em argumentos de política e de princípio, que poderiam ser invocados para a justificação da decisão do caso concreto. Dessa forma, os argumentos de política seriam aqueles que “justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ou seja, “os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” (DWORKIN, 2010, p. 129), nos quais se incluem, como exemplo, argumentos consequencialistas, que buscam justificar-se pelo resultado atingido no caso concreto. Os argumentos de princípio, por sua vez, podem ser compreendidos como aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, ou seja, “são argumentos destinados a estabelecer um direito individual” (DWORKIN, 2010, p. 129).

Nesse contexto, o objetivo coletivo a ser buscado pela práxis decisória por meio de argumentos de política pode ser compreendido como uma meta, um estado de coisas almejado pela comunidade política, que pode ser beneficiado por certas decisões, ou afastado por outras. O direito individual, por seu turno, é um objetivo individuado que detém certo peso, podendo ser confrontado com metas coletivas em geral.

Assim, embora a justificação de um programa legislativo normalmente demande a utilização conjunta de ambas as classes de argumentos, o mesmo não se pode afirmar quanto ao processo decisório jurisdicional. O juiz, ao julgar o caso que lhe é apresentado, deve invo-

car a legislação, de modo que, mesmo que essa tome por base argumentos de política, esses tornaram-se questão de princípio no momento em que foram expressos em lei. Portanto, conclui o autor pós positivista que decisões judiciais devem pautar-se em argumentos de princípio, e não de política. Com isso, afasta a possibilidade de aplicação dos chamados argumentos consequencialistas, que consideram as consequências práticas da decisão, pois estes seriam tidos como argumentos de política.

Embora, então, Dworkin (2010) se posicione de maneira contrária ao emprego do consequencialismo pelos juízes, este considera importante que haja uma forma de considerar as consequências decisórias. Para solucionar tal questão, o autor estabelece que a atuação do aplicador do direito deve guiar-se pelo conjunto de princípios jurídicos, os quais auxiliam na avaliação das consequências potencialmente geradas – a consideração das consequências deve ser amparada pelos argumentos de princípio, não sendo permitida a utilização de argumentos de política puros. Dessa forma, como explica Dutra (2015):

Dworkin alerta ser um erro pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deva ser um argumento de política. Pelo contrário, argumentos de princípio, que se referem a direitos, também acolhem considerações de consequência que condicionem a sua incidência ou não em casos concretos (...) Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas (DUTRA, 2015).

Para Dworkin (2001), portanto, as consequências práticas da decisão tomada pelo juiz só podem ser invocadas a título de justificação, mediante uma argumentação pautada em princípios. Deve o aplicador do Direito, nesses casos, expor que seu veredito visa a concretizar um direito individual, e não um objetivo coletivo daquela sociedade.

Apenas a decisão judicial fundada no Direito, composto por regras e princípios, pode garantir que ela será a mesma independentemente do destinatário, uma vez que as normas que a balizarão serão prévias, garantindo a igualdade. Lado outro, por serem tais normas anteriormente estabelecidas, permitem ao destinatário o conhecimento das consequências jurídicas de seus atos, e assim, a previsibilidade da resposta estatal a eles, o que caracteriza o princípio da segurança jurídica.

Portanto, o Direito deve fundamentar as decisões judiciais, em detrimento de consequências eventuais a serem vislumbradas pelo juiz.

O atual posicionamento doutrinário acerca da lei nº 13.655

As discussões acerca da adoção do consequencialismo jurídico no âmbito decisório não são inéditas no cenário brasileiro – como adequadamente aponta Dutra (2015). Em recorrentes situações, é possível identificar, na fala de aplicadores do Direito, a convicção acerca da necessidade de o juiz considerar as consequências de sua decisão, externando um posicionamento posneriano.

Nesse sentido, em entrevista ao Jornal Valor Econômico, em 2004, Nelson Jobim, versando a respeito do aumento de juros, expôs seu posicionamento favorável ao sopesamento, pelos juízes, de consequências econômicas e sociais em suas decisões:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há

um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (JOBIM, 2004).

Ainda nesse sentido, o posicionamento consequencialista é contemplado pelo Código de Ética da Magistratura Nacional (BRASIL, 2008), o qual intenta erigir princípios éticos basilares para guiar a conduta do magistrado e incrementar a confiança social na instituição judiciária. O Código, então, em seu Capítulo VIII, denominado “Prudência”, prevê que “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”.

Contudo, a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao acrescentar os artigos 20, 21 e 22 ao Decreto-lei n. 4.657 (BRASIL, 1942), foi responsável pela exteriorização normativa da já presente vertente consequencialista, não só conferindo embasamento jurídico àqueles aplicadores do Direito que já sustentavam o sopesamento das consequências em suas decisões, como também permitindo que os demais adotassem tal posicionamento. Dessa forma, emergiu no cenário de discussões jurídicas a importância de se debater as implicações da adoção do posicionamento posneriano. Diante tal conjuntura, faz-se relevante o estudo de recentes pesquisas acadêmicas relativas à Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018).

Não tardando nas pesquisas acerca do tema, Oliveira (2018) debruçou-se sobre os mais variados aspectos da legislação em análise, reservando o segundo capítulo da obra à discussão das “alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle”, que buscavam solucionar a insegurança jurídica e a ineficiência na criação e aplicação do Direito. Nesse sentido, são realizadas inúmeras contribuições relevantes ao estudo do tema, com base em reflexões traçadas em resposta aos argumentos apresentados no Parecer- Resposta à Análise Preliminar realizada pela Consultoria Jurídica do TCU.

Oliveira (2018), em suas reflexões, aponta que a proposta legislativa que originou a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) foi, desde o início, alvo de diversas manifestações técnicas, incluindo numerosos posicionamentos contrários. Nesse sentido, elabora um rol de críticas aos aspectos da legislação em análise. Primeiramente, aponta o forte déficit de legitimidade democrática. Embora trate de temas de grande impacto, tanto na sociedade como na administração pública, os órgãos de controle não foram convocados a participar de debates sobre o projeto de lei, não havendo realização de audiências, o que fere os dispositivos da própria legislação.

Ainda, como forte crítica tecida à Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao autor menciona a inexistência de pesquisas empíricas para conferir fundamentação às premissas adotadas nos dispositivos legais. Embora a lei paute-se na solução de supostos problemas vivenciados pela Administração Pública (a saber, insegurança jurídica e ineficiência), a existência desses fatores de distorção não foi investigada ou comprovada por um diagnóstico científico, mas meramente apontada pela experiência prática dos legisladores, sob análises subjetivas e pontuais.

Oliveira (2018) destaca, também, a maneira equivocada com a qual a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) aponta a atuação dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Judiciário como causas primordiais da insegurança jurídica, ineficiência e paralisia da Administração Pública. Em sentido oposto, numerosos estudos levantados apontam diversas causas as estes entraves da Administração, mas a atuação dos órgãos de controle não é sinalizada como um desses fatores, divergindo categoricamente do destacado pelos precursores da lei. Nesse sentido, como defende o autor, o controle não deve ser restringindo,

desempenhando relevantes atribuições nos âmbitos da eficiência e combate à corrupção.

Adentrando, então, o escopo do presente estudo, Oliveira (2018) examina o conteúdo e as implicações do disposto nos artigos vinte e seguintes da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Dessa forma, identifica cinco incorreções pertinentes ao artigo vinte:

Primeiro: exigência de o julgador considerar em sua decisão elementos que não constam dos autos do processo;

Segundo: inversão do ônus da prova, ao exigir dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário que analisem todas as possíveis alternativas;

Terceiro: tratamento idêntico a atores com distintas funções constitucionais (esferas administrativa, controladora e judicial);

Quarto: desprestígio da força normativa dos princípios; Quinto: ênfase desproporcional às consequências práticas da decisão (OLIVEIRA, 2018, p. 39).

Os três primeiros problemas originar-se-iam, como aponta, do emprego da expressão “inclusive em face das possíveis alternativas”. O julgador, conforme o ordenamento pátrio, deve pautar sua decisão nos elementos apresentados nos autos, trazidos pelas partes. A norma, desse modo, não poderia exigir a análise de informações extraprocessuais. Ainda, a expressão é responsável por provocar uma inversão do ônus da prova, retirando-o do administrador público, que deteria dever constitucional de prestar contas, segundo o art. 70 da Constituição (BRASIL, 1988).

Entende, também, que o artigo equivoca-se ao conferir desproporcional ênfase às consequências práticas da decisão: “A Lei nº 13.655/2018, ao inserir os artigos 20 e 21 na LINDB, demonstrou forte preocupação com as consequências práticas, jurídicas e administrativas, das decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora e judicial.” (OLIVEIRA, 2018, p. 28). Tal amparo à aplicação consequencialista, contudo, não deveria ser empregado incondicionalmente, por abrir margem ao enfraquecimento do Direito em face da política, bem como à flexibilização de direitos fundamentais. Sendo assim, aceitar que cada aplicador do direito fundamente suas decisões de modo subjetivo e pessoal, com base em eventuais consequências fáticas, provocaria insegurança jurídica, violando os objetivos da própria Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018):

Com fundamento no que se afirmou até aqui, é correto concluir que dar ênfase às consequências práticas como critério principal de decisão nas esferas controladora e judicial traz o risco de produzir um cenário de profunda insegurança jurídica para todos. Disso decorre a importância de se proceder a uma leitura do art. 20, no tocante às consequências práticas, que harmonize esse comando normativo com a Constituição Federal, de modo a se evitar a produção de resultado inverso ao que se proclamou como justificativa para a sua edição, ou seja, insegurança jurídica (OLIVEIRA, 2018, p. 47).

Analisando as disposições incluídas pelos artigos em análise, Leal (2016) também teceu relevantes considerações, sobretudo sobre o acolhimento da corrente consequencialista e a alteração do modo como decisões jurídicas e administrativas são fundamentadas. Explica, assim, que a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) visa a impedir o emprego de termos vagos para justificar decisões (tais como “interesse público” e “moralidade”) e reduzir incertezas advindas da subjetividade, por meio da análise de eventuais consequências práticas das possíveis decisões. Contudo, embora, a princípio, a exigência de considerar os efeitos das alternativas decisórias aumentará quantitativamente a carga de justificação, não haverá necessário aumento qualitativo – ao exigir a consideração de consequências, sem conferir ao julgador substrato para decidir quais as eventuais consequências geradas e, entre essas, qual a melhor opção a ser

escolhida, a Lei faz perpetuar a insegurança jurídica, visto que mantém presente a subjetividade na escolha da decisão. Sendo assim, como defende Leal (2016), “não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira”.

De maneira oposta, entretanto, posiciona-se Filho (2018), ao defender a adequação do novo texto conferido pela Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Este afirma que, diante da dinamicidade das relações nos tempos modernos, o Direito se torna rapidamente obsoleto, defasado, justificando que legisladores busquem criar normas gerais e abstratas, cuja aplicação possa se adaptar conforme o acelerado surgimento de novas necessidades e problemas. Contudo, tais normas detêm elevado grau de incerteza e insegurança jurídica, possibilitando variações de entendimento, com aplicações divergentes em situações fáticas semelhantes. Ainda, tal emprego de normas abstratas como justificativa decisória é apto a mascarar as reais intenções subjetivas do julgador.

Nesse controverso contexto, o artigo 20 inserir-se-ia como solução, aperfeiçoando a prática decisória: “O art. 20 da LINDB não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da aplicação desse valor abstrato.” (FILHO, 2018, p. 29). Sendo assim, o aplicador do Direito deve fundamentar a adequação de sua decisão e do valor abstrato utilizado, com base na previsão dos eventuais efeitos fáticos a serem produzidos – deve, portanto, considerar a relevância política, social e econômica de suas decisões. Como afirma Filho (2018, p. 32), “é indispensável, sempre que existir referência a um valor abstrato, indicar os efeitos práticos estimados e tomar evidente o processo de concretização dos valores”.

Contudo, embora o artigo mencione a consideração das consequências práticas da decisão, Filho (2018) não acredita que configure adoção da corrente consequencialista:

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada (FILHO, 2018, p. 38).

A despeito da menção específica de “valores abstratos” no dispositivo em questão, considera-se que isso permitirá o emprego do consequencialismo no processo de interpretação e aplicação do Direito. Com efeito, os valores abstratos encontram-se difundidos em todo o ordenamento jurídico, constituindo seu próprio fundamento. À vista das características necessárias de generalidade e abstração das normas jurídicas, eles sempre se farão presentes. Dessa forma, considera-se elevado o alcance da disposição legal em cotejo.

A observação dos bens jurídicos afetados pelas decisões

Conforme entende Dworkin (2001, 2010) somente uma vinculação da decisão estatal ao Direito é apta a garantir a igualdade e a segurança jurídica, princípios caros ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o autor pós positivista afasta a utilização de argumentos de política (entre os quais inclui-se o argumento consequencialista) da prática decisória judicial ou administrativa. O ambiente adequado para a consideração de argumentos consequencialistas, portanto, se restringiria ao Poder Legislativo, constituído por representantes eleitos do povo, com legitimidade e competência para considerar argumentos tanto de princípio, como de política, no momento da elaboração normativa.

Alexy (2001), por sua vez, prevê a possibilidade de adoção de argumentos

consequencialistas em suas regras de fundamentação, ou seja, tais argumentos poderiam figurar no discurso jurídico. Assim, entende pela possibilidade de se considerar a consequência do impacto da decisão no âmbito do ordenamento público, inserido em uma análise da reserva do possível. Contudo, o argumento da reserva do possível, compreendido como “o condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos” (SALAZAR, 2009), recebe amparo pelo ordenamento pátrio, de forma a configurar, em realidade, argumento jurídico de princípio, e não de política. Nesse sentido, o Poder Judiciário vê-se autorizado a invocar a reserva do possível em suas decisões sem, com isso, ferir pressupostos do Estado Democrático de Direito. Tal posicionamento, ainda, coaduna-se com o disposto por Dworkin (2010), o qual crê que argumentos de política positivas pelo ordenamento acabam por torna-se verdadeiros argumentos de princípio.

Em Alexy (2008, p. 576), encontram-se os direitos sociais vazados em normas-princípios, definidas como “mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus diversos, e cuja medida devida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. A reserva do possível situa-se entre os limites para a efetivação de tais direitos, sendo, portanto, parte integrante de seu próprio conteúdo jurídico: direitos sociais não serão promovidos ilimitadamente, mas apenas na medida do possível. Portanto, o reconhecimento da ausência de direito subjetivo a uma prestação estatal, que supostamente seria inerente a um direito social, em virtude da ausência de recursos para provê-lo, não decorre da adoção do consequencialismo, mas deriva de sua própria natureza normativa de princípio.

Em sentido semelhante, o ordenamento jurídico suporta a consideração das consequências práticas de uma decisão, sem que com isso se configure o recurso ao consequencialismo. Para tal, é necessário que o aplicador do Direito, ao decidir as questões que lhe são postas, considere não as consequências fáticas, mas sim os princípios pertinentes ao caso. Deve, portanto, realizar uma ponderação dos princípios que se colidem no caso concreto, visando a preservar os bens jurídicos ali presentes. Não há, nesta hipótese, a consideração de consequências práticas de modo aleatório, mas sim a consideração das consequências que se imporiam aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Dessa forma, o julgador deve estar atento aos efeitos que suas decisões produzem nos princípios e direitos pertinentes ao caso concreto. Contudo, tal análise se difere notadamente do mero recurso ao consequencialismo. Neste, o aplicador do Direito realiza previsões infundadas, exercendo uma atividade de futurologia para prever as possíveis consequências que poderiam advir de suas diferentes decisões. De modo oposto, ao considerar a colisão de normas-princípio em sua decisão, o julgador detém alta previsibilidade das consequências a serem provocadas, além de realizar uma análise pautada em bens jurídicos contemplados pelo ordenamento. Resta claro, portanto, que tal atividade envolve o exame de princípios e direitos pertinentes ao caso concreto, os quais devem ser considerados, estando em conformidade com o pós-positivismo jurídico.

Os perigos da adoção do consequencialismo jurídico no âmbito decisional

A adoção do consequencialismo na prática decisional, dadas as características já apontadas, é capaz de gerar inúmeras incongruências, podendo, até mesmo, representar risco aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, algumas críticas devem ser destacadas, tendo em vista as nefastas consequências que podem se desenvolver.

No contexto jurisdicional pátrio, nota-se recorrentemente a presença de decisões proferidas sem fundamentação teórica consistente, justificadas por uma argumentação abstrata (SUNDFELD, 2014). Em tais decisões, muitas vezes permeadas pela aparente análise das eventuais consequências práticas, o julgador reveste-se de uma falsa racionalidade, de modo a

camuflar a subjetividade que empregou para enfrentar a questão. O julgador, influenciado por concepções prévias, decide o caso discricionariamente, para só então invocar as consequências como forma de justificativa.

Identifica-se, ainda, outro relevante aspecto problemático do consequencialismo decisional – o não oferecimento de métodos claros para a identificação e seleção das consequências práticas a serem consideradas. O emprego do argumento consequencialista é necessariamente fruto de um juízo prognóstico: como diz respeito a uma consequência futura de uma decisão, não se pode afirmar, com certeza, que tal consequência advirá. Sendo assim, casos semelhantes receberão tratamentos distintos, pois os julgadores identificarão consequências diferentes, e as sopesarão de maneiras particulares (considerando suas vivências, aprendizados e ideologias). Faz-se presente, novamente, a discricionariedade do julgador, ferindo não só a segurança jurídica e a previsibilidade, como abrindo caminho para a criação de exceções ao Estado Democrático de Direito.

A discricionariedade do julgador em escolher as melhores consequências para os casos que lhe são apresentados também pode gerar prejuízos às partes envolvidas, na medida em que o aplicador do Direito, muitas vezes, não possui experiência suficiente para se colocar no lugar dos indivíduos que julga. Sendo assim, aquilo que o julgador acredita ser a melhor consequência às partes, o que maximizará o bem-estar individual, pode, na verdade, contrariar seus anseios.

Ainda de maneira problemática, a corrente consequencialista não deixa clara, ao aplicador do Direito, a existência de direitos fundamentais individuais a serem preservados. Nesse sentido, há situações nas quais os direitos de um indivíduo devem prevalecer, mesmo que tal opção não configure o melhor caminho sob a ótica das melhores consequências para a coletividade. O consequencialismo, então, ao buscar a maximização do bem-estar da sociedade, pode levar o julgador a por em risco direitos individuais, abalando pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, a abordagem consequencialista, ao valorizar as necessidades sociais e econômicas da época, eleva a opinião pública a uma posição de destaque, sobretudo em casos paradigmáticos, com elevado apelo moral. Dessa forma, tal opinião pública torna-se apta a pressionar a atuação do julgador e influenciar a decisão judicial ou administrativa – contudo, a influência popular é marcada, muitas vezes, por falácias, pré-conceitos e ideologias, nem sempre refletindo valores constitucionais.

Esse fenômeno pode ser notado no recente caso levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 422, na qual se enfrenta a constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), até a décima segunda semana de gestação.

Na mencionada ADPF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol), questiona-se os artigos 124 e 126 do Código Penal (BRASIL, 1940), tendo por base a violação de diversos princípios fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana, cidadania, não discriminação, inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, saúde e planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas. Contudo, não se limitando a argumentos de princípio, a ADPF nº 442 alega aspectos práticos resultantes da criminalização do aborto, como a imposição de graves consequências à vida das mulheres, sobretudo as de classes abastadas – a proibição do aborto não impede que este ocorra, contudo, as mulheres acabam por recorrer a clínicas clandestinas de interrupção, mediante condições insalubres e métodos perigosos, pondo suas vidas em risco. Assim, a criminalização do aborto apenas impediria que a interrupção da gravidez de mulheres de baixo poder aquisitivo se desse de modo seguro e igualitário, como afirma-se em Parecer da Comissão de Direito Penal do IAB:

Afigura-se a criminalização do aborto sob o ponto de vista jurídico e constitucional e social como um lamentável equívoco. Por outro lado, sua

proibição expõe a mulher, que decide abortar, repita-se, a grandes riscos de vida, já que ela recorre a expedientes não cirúrgicos, especialmente as mulheres pobres, negras e indígenas que, sem assistência médica e os cuidados higiênicos exigidos para a sua prática acabam se submetendo ao aborto. A desigualdade racial e de classe torna o aborto um evento muito mais comum na vida das mulheres hipossuficientes e que vivenciam maior vulnerabilidade social (TAVARES, 2018, p. 16).

Nota-se, portanto, o emprego de argumentos de política no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF nº 422, dada a consideração das consequências práticas que adviriam da descriminalização do tipo penal. Contudo, as considerações tecidas deveriam pautar-se exclusivamente em argumentos jurídicos de princípio. Configura-se, dessa forma, um verdadeiro exemplo das marcas do consequencialismo jurídico na atuação judiciária brasileira, comprovando a presença de tal posicionamento da prática decisional.

Nesse sentido, defende-se que a questão da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez deve reservar-se ao Poder Legislativo. Somente este possuiria legitimidade para apreciar todas as questões pertinentes, sejam elas questões práticas, ou questões de Direito. Assim, a atuação do Poder Judiciário, nos moldes em que se apresenta, violaria o princípio da separação de poderes e a soberania popular, por usurpar do legislador a competência para regulamentar assuntos pertinentes à vontade do povo.

Conclusão

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), por meio de seus artigos 20, 21 e 22, possibilitou uma dupla interpretação, que merece aprofundada discussão e análise. Nesse sentido, pode-se entender que a Lei permite ao aplicador do Direito a adoção do consequencialismo jurídico, de modo a chancelar a consideração subjetiva das consequências ao caso concreto, no momento da atividade decisional judicial e administrativa. Contudo, tal acolhimento da corrente posneriana representa risco a inúmeros pressupostos do Estado de Direito. Sendo assim, o não oferecimento de métodos claros para a identificação e seleção das consequências práticas a serem consideradas leva o julgador que recorre a argumentos consequencialistas a realizar um juízo prognóstico. Desse modo, casos semelhantes poderão receber tratamentos distintos, pois os julgadores identificarão consequências diferentes, e as sopesarão de maneiras particulares. Presente a discricionariedade do julgador ao prever e escolher as consequências, restaria ameaçada a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Realizados, então, os estudos e análises pertinentes ao tema, foi possível identificar as diversas ameaças que a adoção do consequencialismo jurídico representa para o Estado Democrático de Direito. Depreende-se, portanto, a necessidade de realizar uma interpretação restritiva da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), de modo a afastar a possibilidade de adoção do consequencialismo jurídico. Assim, defende-se que a Lei deve ser lida como incentivo à consideração de consequências jurídicas que adviriam das possíveis decisões do aplicador do Direito. Esse, portanto, deve analisar os bens jurídicos abstratos que colidem no caso concreto que lhe é apresentado, buscando preservar os princípios e direitos pertinentes. Tal atividade não configuraria análise prognóstica de consequências fáticas alheias ao Direito (o que não deve caber ao julgador), mas sim a análise de matéria de Direito. Essa prática decisional, então, é amparada pelo Pós-Positivismo, sendo apta a resguardar pressupostos caros à ordem constitucional vigente, como segurança jurídica, igualdade e previsibilidade das decisões.

Conclui-se, pois, que as decisões jurídicas devem lastrear-se nas normas integrantes do ordenamento jurídico, sejam elas regras ou princípios. Apenas a decisão calcada no Direito Posto é capaz de preservar os objetivos fundantes, estruturantes do Estado de Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional. 2008.
- _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940
- _____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de set. de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Brasília, DF, set.1942.
- _____. Lei n. 13.655, de 25 de abr. de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF, abr. 2018
- DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.64, fev. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html> Acesso em: 25 nov. 2018.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FILHO, Marçal Justen. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.
- JOBIM, Nelson. Entrevista ao Jornal Valor Econômico, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.
- KATAOKA, K. E. C. B.. A riqueza como valor: o debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. In: Anais do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba. 2016. Curitiba, PR (p. 79 a 97)
- LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>. Acesso em: 16/mar/2019.
- MARRAFON, M. A. Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em: 25/nov/2018
- OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasi-

leiro e Controle. in PINTO, Élide Graziane et al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael T. Um debate sobre o lugar da Teoria do Direito. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-12/diario-classe-debate-lugar-teoria-direito>>. Acesso em: 25/nov/2018

POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o Pragmatismo Jurídico. Disponível em: <<http://www.-cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 30/mar/2019.

POSNER, Richard. A Economia da justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

RIEFFEL, Luiz. O mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009. P. 93-94.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade e malandragem. In BARBIERI, Catarina Helena Cortada & MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

TAVARES, Kátia Rubinstein. Parecer Comissão de Direito Penal do IAB. 2018.