



Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação

Autor: Alexandre Pereira Dutra

Juiz Federal Substituto

publicado em 27.02.2015

[✉ \[enviar este artigo\]](#) [🖨 \[imprimir\]](#)

Resumo

O presente artigo trabalha com a hipótese de que um enunciado sobre consequências pode ser validamente empregado na decisão jurídica na medida em que necessário para fundamentar direitos e princípios jurídicos de pertinência para a solução do caso. O referencial teórico que ampara o desenvolvimento do tema situa-se no debate americano em torno do pragmatismo jurídico envolvendo os expoentes da doutrina Richard Posner e Ronald Dworkin. Com base nas lições desses autores, são apresentados dois modelos de argumentação consequencialista no discurso jurídico, um chamado de modelo consequencialista puro (Posner) e outro chamado de modelo deontológico sensível a consequências (Dworkin). Ao final, abordam-se casos concretos em que enunciados sobre consequências são de aplicação relevante, procurando demonstrar sua compatibilidade com a hipótese aventada.

Palavras-chave: Consequencialismo. Pragmatismo. Decisão jurídica. Regras e princípios.

Sumário: Introdução. 1 Modelo consequencialista puro. 2 Modelo deontológico sensível a consequências. 3 Exemplos da lei e da jurisprudência. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

No âmbito da filosofia moral, consequencialismo é a visão de que, independentemente dos valores adotados, a ação moral correta é aquela que promove esses valores. Como explica Philip Pettit (1991, p. 230-40), o raciocínio consequencialista é instrumental: os agentes devem praticar ações que gerem consequências valiosas, ainda que a ação, em si mesma, não expresse esses valores. Já não consequencialistas, especialmente deontologistas de inspiração kantiana, encaram aquela relação como intrínseca, não instrumental: os agentes devem realizar ações valiosas, ainda que elas gerem piores consequências no todo.

Na seara jurídica, Richard Posner, inserindo-se na tradição do pragmatismo norte-americano, é simpático à argumentação consequencialista, defendendo que sempre cabe ao juiz considerar as consequências de suas decisões, tanto as específicas como as sistêmicas (2008, p. 238). Por sua vez, Ronald Dworkin, embora concorde que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, ressalva que só podem fazê-lo na medida em que guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que os ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las (2010b, p. 148).

No Brasil, o tema adquiriu notoriedade especialmente depois da entrevista concedida em 2004 pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim ao jornal Valor Econômico, quando respondeu (JOBIM, 2004):

“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 de responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões.”

Já em pesquisa realizada pela revista eletrônica Consultor Jurídico e apresentada no Anuário da Justiça de 2010, indagados se, “ao julgar, o juiz deve levar em conta o impacto de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade”, 46% (quarenta e seis por cento) dos membros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores responderam positivamente (ANUÁRIO, 2010, p. 08-09).

Vale notar, ainda, a previsão do Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em seu art. 25, inclui como um dos efeitos do mandamento de prudência judicial o dever de que, “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar” (BRASIL, 2008).

Como se vê, há uma disposição de se reconhecer às consequências algum peso no momento de aplicação do direito. Os problemas que surgem de tal compreensão vão desde como apurar as prováveis consequências, o que demanda elementos empíricos, até, e principalmente, como valorar essas consequências sem romper com a unidade do sistema jurídico e sacrificar direitos ao sabor das circunstâncias.

A hipótese do presente trabalho é a de que um enunciado sobre consequências pode ser validamente empregado na decisão jurídica na medida em que seja necessário para fundamentar direitos e princípios jurídicos de pertinência para a solução do caso. O referencial teórico que permitirá o desenvolvimento do tema situa-se no debate americano em torno do pragmatismo jurídico, cuja representação emblemática envolve os expoentes da doutrina Richard Posner e Ronald Dworkin.

Com base nas lições desses autores, serão apresentados dois modelos de argumentação consequencialista no discurso jurídico: um forte, que será chamado de modelo consequencialista puro (Posner), e outro restrito, que será chamado de modelo deontológico sensível a consequências (Dworkin).

Em um terceiro momento, serão abordados casos concretos em que enunciados sobre consequências são de aplicação relevante, procurando demonstrar sua compatibilidade com a hipótese aventada.

1 Modelo consequencialista puro

Um primeiro modelo de argumentação baseada em consequências encontra-se na concepção pragmática de adjudicação de Richard Posner. Ele é o principal representante hoje do pragmatismo jurídico, cujo núcleo, conforme explica em sua obra **Law, pragmatism and democracy**, é uma acentuada preocupação com as consequências ou uma disposição de ancorar julgamentos em fatos e consequências em vez de conceitualismos e generalidades. Para o autor, tanto consequências específicas do caso concreto como consequências sistêmicas, inclusive institucionais, fazem parte do processo decisório (2003).

Segundo Posner, um exemplo que revela o papel da adjudicação consequencialista é bem exposto na distinção, fundamental no raciocínio jurídico, entre regras e padrões.(1) Um motorista poderia ser multado por dirigir de forma imprudente, o que seria um padrão, ou por dirigir acima de um específico limite de velocidade, o que seria uma regra. Como explica o autor, padrões geram *trade-offs*(2) e convidam decisões que considerem as melhores consequências para o caso em julgamento, enquanto regras restringem a consideração judicial por consequências (2003).

Isso não quer dizer que decisões baseadas em regras não sejam pragmáticas, porque a perda em ignorar consequências no caso particular deve ser pesada contra os ganhos em simplificar a cognição, minimizar a discricionariedade judicial, aumentar a transparência do direito e tornar as obrigações legais mais definidas. A escolha de uma regra em lugar de um padrão para governar determinada área do comportamento pode ser pragmática mesmo que alguns casos sejam decididos de modo falho para produzir as melhores consequências no particular. Ainda assim, juízes pragmáticos podem ser mais sensíveis em reconhecer exceções a regras em razão de consequências específicas (2003).

Com efeito, para Posner, outro exemplo de adjudicação baseada em consequências ocorre ao se determinar o propósito de uma regra e então escolher o resultado que melhor promove esse propósito. A busca pelo propósito conduz o juiz além da superfície verbal da regra para alcançar a realidade social que o direito tenta conformar. À luz de seu propósito, a regra pode ser reconfigurada para produzir consequências melhores do que as que decorreriam de sua aplicação literal (2008, p. 245).

Apesar de sua ênfase nas consequências, Posner defende que o pragmatismo legal não é uma forma de consequencialismo, ou seja, o conjunto de doutrinas filosóficas que avalia ações pelo valor de suas consequências, de modo que a melhor ação seja aquela com as melhores consequências. Isso porque, diz ele, há espaço para decisões formalistas (amparadas exclusivamente em práticas jurídicas passadas) em um sistema pragmático de adjudicação, sobretudo em decisões governadas por regras em vez de padrões (2003). Ao desenvolver o que justifica a opção por uma decisão formalista, Posner afirma que um bom juiz pragmático tentará pesar as boas consequências de aderir às virtudes do império do direito(3) contra as más consequências de deixar de inovar diante de disputas que os textos legais e precedentes não estejam bem adaptados para resolver. Por virtudes do império do direito, ele considera os valores sociais e políticos da continuidade, da coerência, da generalidade, da imparcialidade e da previsibilidade na definição de direitos e deveres. Quando as consequências sistêmicas assim consideradas recomendarem, o formalismo deve ser adotado como estratégia pragmática, a exemplo dos efeitos gerados na atividade comercial ao se desconsiderar a linguagem contratual ou deixar de aplicar precedentes legais nos quais a comunidade comercial se baseou (2008, p. 238-9).

Não obstante, Posner nega que sua concepção deva ser caracterizada como puramente consequencialista, preferindo utilizar como *standard* de uma decisão pragmática o termo "razoabilidade" em vez de "melhores consequências". Em suas palavras:

"Não existe qualquer algoritmo para alcançar o balanço exato entre império do direito e consequências do caso concreto, continuidade e criatividade, longo prazo e curto prazo, sistêmico e particular, regra e padrão. De fato, não há muito mais a dizer ao pretense juiz pragmático do que tomar a mais razoável decisão que possa, todas as coisas consideradas. (Existe um pouco mais para dizer; estou tentando fazê-lo.) 'Todas as coisas' inclui não apenas as consequências específicas da decisão, até onde possam ser apuradas, mas também os materiais legais e o desejo de preservar os valores do império do direito. Inclui ainda mais – inclui tantas considerações de prudência e psicologia que uma enumeração exaustiva é impossível. É difícil aperfeiçoar a descrição de Holmes acerca do que

conduz a decisão para o juiz que, em bom figurino pragmático, coloca a experiência acima da lógica: 'as necessidades intuitivas do momento, as teorias morais e políticas prevalentes, intuições de políticas públicas, conscientes ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com seus compatriotas'." (2003, tradução livre)

Com efeito, o pragmatismo, como afirma o próprio Posner, não responde como pesar as consequências de uma decisão nem especifica que consequências devem ser consideradas. O autor esclarece que consequências são fatos, e fatos não têm significado normativo por si mesmos, de modo que um valor deve ser colocado em cada consequência. Frequentemente, o valor e sua importância são óbvios. Por exemplo, para considerar as consequências do genocídio perigosas, tudo o que um indivíduo precisa é compartilhar dos valores morais básicos da sociedade (2008, p. 240-1).

Isso significa, para Posner, que o que conta como uma decisão pragmática aceitável depende das normas prevalentes em sociedades particulares. O pragmatismo oferece uma orientação local, e não universal, para a atuação judicial. E sua utilidade local depende do grau em que uma sociedade é normativamente homogênea. Quanto mais homogênea, maior a orientação que o pragmatismo vai oferecer (2008, p. 241).

Como se nota, em tal modelo pragmático de adjudicação, a decisão judicial deve gerar as melhores consequências possíveis, embora não se adote, de antemão, qualquer teoria do que é certo ou bom para selecionar ou valorar as consequências relevantes. Isso dependerá, como visto, dos valores socialmente compartilhados acerca de casos específicos, assim como de outros fatores que influenciam a razoabilidade da decisão, como consta da citação que se fez em destaque acima. O próprio Posner reconhece que não pode supervalorizar o pragmatismo, pois será inevitável que casos semelhantes sejam tratados de forma distinta não apenas porque diferentes juízes pesam consequências de modo diverso em razão de seu histórico, temperamento, treinamento, experiência e ideologia, mas também porque diferentes juízes percebem diferentes consequências (2008, p. 249).

De fato, o problema de um modelo consequencialista puro como esse, vazio de conteúdo, é não oferecer critérios para selecionar e para valorar as consequências relevantes, aumentando o espaço de discricionariedade sobre quando precedentes e interpretações jurídicas podem ser superados a bem de gerar melhores consequências para a comunidade. Ele tem a virtude de evidenciar o papel relevante das consequências ao ingressarem no discurso jurídico, aproximando o direito dos resultados que dele se espera no plano da realidade social. Porém, ao não estabelecer limites claros, agrava seriamente o risco de se criarem exceções imprevisíveis no Estado de Direito.

Ainda assim, importa novamente destacar: consequências ingressam no discurso jurídico como fatos, e isso por si só evidencia um importante canal de comunicação do direito com os impactos que dele decorrem na realidade social – com efeito, se consequências são fatos, deve-se reconhecer sua aptidão para compor o suporte fático de regras e princípios jurídicos. Isso nos leva a outro modelo de argumentação consequencialista, uma proposta que compatibiliza consequências com razões de princípio e encontra formulação no pensamento de Dworkin.

2 Modelo deontológico sensível a consequências

Para Dworkin, o pragmatismo rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas, pois permite aos juízes seguir qualquer método que produza aquilo que acreditam ser a melhor comunidade futura. Por conseguinte, o pragmatismo não levaria a sério aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, a prevalecerem

independentemente de considerações sobre o melhor futuro para a sociedade. Ao contrário, o pragmatismo trataria direitos como meros instrumentos, sem lhes atribuir força ou fundamento independentes que devam ser respeitados apesar das consequências (2007, p. 195).

Assim, um pragmático, explica Dworkin, sente-se desobrigado da necessidade de respeitar ou assegurar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão. Se, por exemplo, considerar um precedente injusto ou ineficiente, não hesitará em afastar a analogia em razão das consequências indesejadas ou, se for mais sofisticado, poderá formular uma distinção fática entre os casos que o desobrigue de prestar deferência ao precedente. A coerência de princípio com as práticas jurídicas passadas só terá serventia na medida em que produzir consequências valiosas; do contrário, não terá importância alguma, mesmo que à custa de direitos e expectativas legítimas (2007, p. 197).

No entanto, Dworkin diz que é possível atribuir um lugar importante a considerações de consequência mesmo em um cenário de respeito a direitos. Alguém, por exemplo, poderia pensar que as pessoas têm direito à consideração dos outros, do que se depreende que os outros não podem lhe causar um grande prejuízo em troca de ganhos relativamente pequenos, ou que não podem abster-se de livrá-las de um grande prejuízo se estiverem em condições de fazê-lo com poucos riscos. Como se nota, esse direito abstrato tornará as considerações de consequência relevantes sempre que o ato ou a omissão de uma pessoa possa resultar em graves consequências para o bem-estar dos outros (2010, p. 481).

O autor dá outro exemplo: se B tem uma fábrica cuja poluição impede A de desfrutar de sua propriedade, A poderá apresentar um argumento consequencialista, no sentido, por exemplo, de que a poluição do ar vai prejudicar a sua saúde e a de sua família e de que seu direito provém de que a ação de B ameaça um interesse especialmente vital reconhecido pelo sistema jurídico. Para Dworkin, o apelo às consequências, nesse caso, representa um argumento de princípio, ou seja, um modelo argumentativo que beneficia alguma pessoa ou um grupo mostrando que tem algum direito, e não um argumento de política, o qual justificaria uma decisão em razão de favorecer um objetivo coletivo da comunidade política, mesmo que isso implicasse rejeitar direitos (2010, p. 452-3).

Assim, 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 (2010, p. 453).

Além disso, anota o autor, considerações de consequência que decorrem de interesses de terceiros poderão afetar a força de uma reivindicação de direito, como no caso de um maior número de pessoas que seriam adversamente afetadas pela atividade poluidora. Dworkin dá outro exemplo, envolvendo um suposto direito de obter a revelação do informante que fez uma denúncia anônima a uma sociedade de proteção infantil, o que poderia gerar como consequência menor proteção dos direitos concorrentes das crianças. Em sua opinião, seria possível argumentar com êxito que as crianças, que estariam mais bem protegidas pela sociedade sem a revelação dos nomes, têm direitos concorrentes que, nas circunstâncias, são de maior importância (2010, p. 473).

O exemplo demonstra que argumentos consequencialistas podem compor o suporte fático de direitos concorrentes, inclusive coletivos, de modo que as próprias normas jurídicas podem atuar como critério de seleção das consequências relevantes. Em texto crítico da teoria de Posner, Dworkin resumiu seu entendimento (2010b, p. 148):

“Devo acrescentar – embora espere que isso seja evidente – que os juízes não precisam optar entre avaliar as consequências desse modo pessoal e ignorá-las por completo. Ninguém imagina que os juízes possam ou devam decidir os casos ‘por meio de um algoritmo que pretenda fazê-los chegar, ao longo de um processo lógico ou formal de outra natureza, a **uma decisão correta**, utilizando apenas os materiais canônicos da tomada de decisões judiciais como o texto legal ou constitucional e decisões judiciais anteriores’. Essa representação da decisão judicial é, e sempre foi, de uma inconsistência flagrante. 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.”

É interessante notar que o próprio Posner deixa transparecer essa possibilidade, ao reconhecer, em seu livro mais recente, que o juiz pragmático deve jogar de acordo com as regras do jogo judicial, já que as regras permitem a consideração de certos tipos de consequências, mas proíbem a consideração de outros tipos (2008, p. 253).

Como se vê, é possível conceber um modelo deontológico de aplicação do(s) direito(s) que se mantenha sensível à consideração de consequências, pois, como fatos que são, elas podem provocar a incidência de normas jurídicas, especialmente princípios e outros padrões indeterminados. Um modelo de argumentação consequencialista assim formulado permite que a preocupação com resultados concretos seja levada em conta no momento da adjudicação, sem, no entanto, abrir um espaço de discricionariedade tão amplo que deixe romper com direitos e com expectativas tuteladas pelo ordenamento.

Portanto, é no âmbito de direitos e princípios concorrentes que consequências podem ser selecionadas e valoradas, logrando recepção no discurso jurídico para sua necessária ponderação. Alguns exemplos devem ser trazidos à colação para ilustrar essa hipótese.

3 Exemplos da lei e da jurisprudência

O exame de exemplos contemplados na lei e na jurisprudência brasileiras pretende evidenciar que o emprego de argumentos baseados em consequência não é feito no vazio normativo; pelo contrário, as consequências normalmente ingressam no discurso jurídico “na carona” de princípios e direitos relevantes para a solução do caso. É o que se passa a demonstrar.

Uma primeira categoria de exemplos diz respeito às hipóteses em que a própria lei, por meio de regras ou conceitos jurídicos indeterminados, autoriza o juiz a considerar alguma classe de consequências como critério relevante à aplicação da norma. Esse é o caso, por exemplo, do § 5º do art. 121 do Código Penal, segundo o qual, na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, ou do art. 312 do Código de Processo Penal, que permite a prisão preventiva para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Note-se que, na primeira regra, há referência explícita à consideração de consequências, ao passo que, na segunda, embora tanto não ocorra, a pertinência dessas considerações decorre da própria natureza cautelar do instituto. Em ambos os casos, a própria norma convida o juiz, de modo mais ou menos explícito, a empregar enunciados sobre consequências; a hipótese de incidência dessas normas pressupõe de antemão a pertinência de tais razões.

De outra banda, há casos em que a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados que não pressupõem necessariamente o emprego de enunciados

consequencialistas, embora, dependendo do caso concreto, eles adquiram relevância. Aplica-se aqui a doutrina de Posner no sentido de que padrões geram *trade-offs* e permitem decisões que considerem as melhores consequências para o caso em julgamento (2003). Pode ser citado como exemplo o art. 421 do Código Civil, pelo qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Com efeito, a expressão “função social do contrato” é um conceito jurídico indeterminado que pode ser aplicado para limitar a liberdade contratual quando seu exercício livre, em níveis agregados, possa acarretar externalidades perversas do ponto de vista econômico, social ou ambiental.

Outro exemplo que envolve conceitos jurídicos indeterminados e que gera intenso debate na comunidade jurídica diz respeito às hipóteses de modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. De fato, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 autoriza ao STF que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, restrinja os efeitos daquela declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A Suprema Corte lançou mão de tal dispositivo, por exemplo, ao julgar inconstitucional a previsão dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que ampliavam para dez anos os prazos de prescrição e decadência das contribuições previdenciárias.⁽⁴⁾ Chama atenção aí que o impacto sobre o erário público decorrente de futuras repetições de indébito foi considerado consequência relevante para caracterizar razão de segurança jurídica a justificar a modulação de efeitos. A problemática, nesse caso, é definir se impactos econômicos sobre os cofres públicos podem limitar direitos e garantias tributárias conferidas aos contribuintes, o que parece duvidoso pela dificuldade de se reconduzir o argumento econômico a um princípio jurídico previsto na Constituição. Esse exemplo também revela que, a depender do caso concreto, só a utilização de um conceito jurídico indeterminado é insuficiente para valorar uma consideração de consequência, pois razões jurídicas de maior relevância se tornam necessárias em virtude da importância relativa de direitos e princípios concorrentes.

Veja-se o caso do antigo RE 79.628,⁽⁵⁾ em que o STF, mesmo reconhecendo a inconstitucionalidade da norma de investidura de pessoas em cargos públicos, admitiu a eficácia e a validade dos atos por ele praticados, buscando proteger as relações jurídicas decorrentes da atividade do funcionário público de fato. Na mesma linha deu-se o julgamento da ADI 2.501,⁽⁶⁾ que julgou inconstitucional a norma que autorizava, reconhecia e credenciava cursos de instituições superiores privadas. Asseverou-se que essa função é de competência exclusiva da União e decidiu-se, ainda, pelo deferimento da modulação dos efeitos da decisão a fim de que fossem considerados válidos os atos (diplomas, certificados, certidões, etc.) praticados pelas instituições de ensino até a data de publicação do acórdão. Importa destacar que, nesses precedentes, a ponderação das consequências operou-se por meio de princípios jurídicos tutelados pelo ordenamento, especialmente a proteção da boa-fé que a aparência de legitimidade dos atos administrativos produziu na cidadania. Já na ADI 3.819,⁽⁷⁾ em que o STF julgou inconstitucional a transposição sem prévio concurso público de servidores para a recém-criada carreira de defensor público estadual, foram concedidos efeitos prospectivos de seis meses a fim de que, com base no princípio da continuidade do serviço público, o Estado tivesse tempo hábil para reorganização das atividades.

Mas não é só na hipótese da modulação de efeitos que o STF teve oportunidade de empregar considerações de consequência. Um bom exemplo a ser lembrado refere-se ao julgamento da ADI 1.946,⁽⁸⁾ na qual a Corte decidiu que o teto de pagamento de benefícios previdenciários disposto no art. 14 da EC nº 20/98 deveria ser interpretado conforme à Constituição, de modo a excluir do seu âmbito de incidência o salário da licença à gestante prevista no art. 7º, XVIII. Entendeu-se que obrigar os empregadores a arcar com o salário da gestante no período da licença funcionaria como um incentivo negativo à contratação de

mulheres no mercado de trabalho. Como afirmou o Relator Ministro Sydney Sanches,

“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. (...) Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências.”

Como se nota, a consequência considerada (desestímulo à contratação de mulheres) foi reconduzida ao princípio da igualdade, que busca combater a diferença de salários, exercício de funções e critérios de admissão entre homens e mulheres. À luz desse mandamento constitucional é que a consequência foi selecionada e valorada como juridicamente relevante.

Por fim, pode ser citado como exemplo o caso da suspensão de fornecimento de água ou energia elétrica que afete serviços públicos essenciais, a exemplo de hospitais, postos de saúde e creches. Nessas hipóteses, é corrente o entendimento que impede a possibilidade do corte no fornecimento, como o Superior Tribunal de Justiça consignou no REsp 1201283(9) – “a suspensão da prestação do serviço afetaria uma casa de saúde e maternidade, motivo pelo qual não há como se deferir a pretensão do agravante, sob pena de se colocar em risco a vida e a saúde dos pacientes lá internados”. É aplicável aqui o raciocínio de Dworkin, a fim de supor a existência de direitos concorrentes que, nas circunstâncias, são de maior importância. Demais disso, vale notar que outro argumento consequencialista tem importância em casos tais e refere-se aos impactos econômicos que o fornecimento sem contrapartida deve gerar sobre o equilíbrio econômico-financeiro do serviço de água e energia elétrica e sobre outros consumidores, o que demonstra que considerações de consequência opostas podem densificar direitos e princípios jurídicos em colisão, a serem pesados no caso concreto.

Conclusão

Como se procurou expor ao longo do presente trabalho e os exemplos apresentados na seção anterior demonstram, decisões jurídicas são tomadas levando em conta não apenas elementos normativos, mas também consequências projetadas para o futuro da comunidade. Os desafios daí decorrentes para a metodologia jurídica são vastos e vão desde como apurar as prováveis consequências até, e principalmente, como valorá-las sem sacrificar exigências do Estado de Direito, em especial a previsibilidade e a segurança jurídica.

Pode-se distinguir, pelo menos, dois modelos de adjudicação que incorporam a preocupação com consequências em seu método: um modelo consequencialista puro, que operacionaliza a decisão jurídica a partir da ponderação de suas consequências, inclusive aquelas geradas do ponto de vista da supremacia do direito; e um modelo deontológico sensível a consequências, que coloca regras e princípios jurídicos como moldura (e, nesse sentido, restrição) das consequências a serem selecionadas e valoradas.

Embora o modelo consequencialista puro reconheça a importância de se preservar as virtudes do império do direito, ele não oferece critérios seguros para definir quando essas virtudes devem ou não ser superadas em prol de uma interpretação que gere melhores consequências para o futuro. Isso, a nosso ver,

aumenta sobremaneira o espaço de discricionariedade e agrava bastante o risco de se criarem exceções imprevisíveis no Estado de Direito.

Já um modelo deontológico de aplicação do direito pode se manter sensível à consideração de consequências ao assumir que elas, como fatos que são, podem compor o suporte fático para incidência de normas jurídicas, especialmente princípios e outros padrões indeterminados. Um método assim formulado permite que a preocupação com resultados concretos seja levada em conta no momento da adjudicação, sem, no entanto, abrir um espaço de discricionariedade tão amplo que deixe romper com direitos e com expectativas tuteladas pelo ordenamento.

Nesse modelo, considerações de consequência são reconduzidas a direitos e a princípios jurídicos em colisão, permitindo que uma decisão seja tomada sem fugir de parâmetros normativos, sem quebrar, portanto, a unidade do sistema jurídico. A solução dessas colisões não deixa de caracterizar um complexo problema de interpretação e ponderação, mas com a vantagem de viabilizar um importante canal de comunicação do direito com os impactos que dele se espera no plano da realidade social.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. 2008.

CONJUR Editorial. **Anuário da Justiça 2010**. São Paulo: ConJur, 2010.

DARWALL, Stephen (org.). **Consequentialism**. Oxford: Blackwell, 2003. Kindle edition.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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: 18 jul. 2013.

PETTIT, Philip. Consequentialism. In: SINGER, Peter (org.). **A companion to ethics**. Oxford: Blackwell, 1991. p. 230-40.

POSNER, Richard. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003. Kindle edition.

Notas

1. No original, *standard*, ou seja, um conceito de maior generalidade, a ter o sentido preenchido de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Na terminologia da doutrina brasileira, seriam os conceitos jurídicos indeterminados, como "negligência" ou "perigo da demora".

2. Sem tradução exata para o português, a noção de *trade-off* se refere a escolhas disjuntivas, em que a opção por uma finalidade implica renunciar, em

alguma medida, a outras finalidades.

3. No original, o autor utiliza a expressão *rule of law*, que se optou por traduzir como “império do direito”.

4. RE 559.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.06.2008, DJE 25.09.2008; RREE 556.664 e 559.882, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 14.11.2008; e RE 560.626, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008, DJE 04.12.2008.

5. RE 79628, Rel. Min. Aliomar Balleiro, j. 22.10.1974, DJ 13.12.1974.

6. ADI 2501, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 04.09.2008, DJE 18.12.2008.

7. ADI 3819, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 24.10.2007, DJE 27.03.2008.

8. ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 03.04.2003, DJE 16.05.2003.

9. AgRg no REsp 1201283/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 16.09.2010, DJE 30.09.2010.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

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: 03 mar. 2015.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS