



Opinião: consequencialismo ou direitos fundamentais?

02/10/2019

A última quarta-feira marcou o início do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do recurso em que se definirá se a concessão de prazos idênticos para delatores e delatados apresentarem suas alegações finais em ações penais viola o devido processo legal e, assim, é passível de nulidade. Por analogia, pode-se dizer que o entendimento fixado pelo STF se aplicará também a ações de improbidade administrativa sustentadas em provas colhidas em acordos de colaboração premiada.

A Corte já formou maioria no sentido de que essa identidade de prazos viola o devido processo legal. Mas alguns dos ministros têm defendido a aplicação de uma modulação de efeitos da decisão, sobretudo para que ela não comprometa os importantes resultados da operação "lava jato", assim reabrindo as portas para a impunidade.

Nesse sentido, chamaram a atenção as razões do min. Luiz Fux, que, em referência ao art. 20 da Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, fez referência ao chamado consequencialismo, isto é, à importância de que o magistrado não profira qualquer decisão contrária ao que seriam as "melhores" consequências práticas de sua decisão. Segundo o ministro, uma nulidade, ainda que em razão de grave violação do direito de defesa, deveria ser relativizada, em prol das chamadas melhores consequências dessa decisão.

Alguns ministros indicaram que seguirão esse posicionamento. Da mesma forma, muitos são os relevantes estudiosos do direito que apostam no consequencialismo como a mais forte candidata a promover a necessária transformação do sistema jurídico brasileiro. Frequentemente, essa apologia vincula-se a uma apologia da segurança jurídica, que seria promovida pela consideração dessas melhores consequências da decisão.

Este texto aponta para o sentido contrário: segundo pensamos, o consequencialismo é a antítese da segurança jurídica e dos direitos fundamentais. Explicamos o porquê.

O Consequencialismo e a Nova LINDB

O consequencialismo é doutrina particularmente norte-americana, que tem entre seus principais defensores o professor e juiz Richard Posner.

Ela surge como atitude de revolta de Posner contra o que ele considerava um estado mórbido e fechado da teoria da decisão judicial: os teóricos e filósofos do direito, dizia, falavam apenas para seus pares, ignorando a práxis judicial tal como ela realmente é. Daí é que Posner admite ver a teoria do direito e dos direitos fundamentais como inócua.

Em linhas gerais, essa reformulação da teoria da decisão judicial – que se transforma em uma anti-teoria – deveria passar pelo seguinte: a decisão correta é a que promove as melhores consequências práticas, pouco importando se essas melhores consequências estejam no



respeito à norma jurídica ou aos precedentes. Posner mesmo chega a admiti-lo, ao separar o que seriam dois modelos de juízes: o juiz formalista ou positivista e o juiz pragmatista. A diferença entre eles estaria em que, se o juiz positivista “ocupa-se essencialmente de assegurar a coerência com as decisões passadas”, o pragmatista “só se ocupa de assegurar a coerência com o passado na medida em que a decisão de acordo com os precedentes seja o melhor método para a produção de melhores resultados para o futuro”[1].

Frequentemente, essas melhores consequências práticas são tomadas sob uma perspectiva econômica. Daí é que não são incomuns, tampouco equivocadas, as aproximações constatadas entre o consequencialismo e a Análise Econômica do Direito.

Diagnosticamos, a seguir, os problemas dessa doutrina, tal como ela foi concebida pela Nova LINDB (por razões de espaço, esse diagnóstico teve que ser fatalmente resumido, mas o leitor encontrará uma argumentação mais detalhada no nosso artigo “*A anti-teoria consequencialista como fundamento da Nova LINDB*”[2]).

O primeiro desses problemas é a perda de autonomia do sistema jurídico que o consequencialismo promove, ao incentivar que a decisão judicial seja mais uma decisão pautada em normas econômicas do que em normas jurídicas. O direito, no entanto, é dotado de uma racionalidade própria, naturalmente regulatória e que está na estabilização de expectativas. Essa estabilização se dá precisamente com o respeito a normas jurídicas que não necessariamente precisam respeitar o que as regras econômicas reputariam eficientes. Por isso é que, não raro, haverá choques de racionalidades, que precisam ser resolvidos, mas sem que esses sistemas percam sua autonomia.

Substituir a régua das normas jurídicas pela régua das consequências práticas, no entanto, significa precisamente a descaracterização e a subjugação do sistema jurídico. A decisão judicial se transforma em decisão econômica ou de política pública.

O segundo problema diz respeito à segurança jurídica. Ao definir a busca das melhores consequências práticas como o primordial objetivo de cada juiz, além de ignorar que mesmo a definição das melhores consequências dependerá de um juízo moral, o consequencialismo deposita uma fé ingênua no juiz de cada caso como o melhor intérprete de variáveis frequentemente desconhecidas, atribuindo-lhe, em verdade, muito mais o papel de um vidente.

E não é apenas o magistrado que assume esse ofício: perdido o referencial minimamente compartilhado que as normas e os precedentes oferecem, também os advogados e jurisdicionados passam a ter de apostar suas fichas em suposições sobre o que os magistrados reputarão como as melhores consequências de cada decisão. Em suma, todo advogado caminharia por um terreno sinuoso, vendo-se obrigado a falar a seu cliente que, embora haja norma jurídica indicando qual deve ser o resultado de seu caso, é provável que o magistrado chegue a resultado diverso, já que ali estariam as melhores consequências práticas.

Os exemplos usados por Posner, aliás, beiram mesmo a futurologia ou, no mínimo, são exercício de pura suposição. É o caso do argumento do autor para afirmar que seria equivocado, segundo uma análise consequencialista, assegurar a réus pobres o direito a um advogado custeado pelo Estado em processos criminais. Para Posner, esse direito resultaria em um menor número de

condenações desses réus (mesmo os culpados), o que resultaria na revolta da população em geral, que resultaria, por sua vez, na aprovação de leis mais severas a esses mesmos réus[3]. Em suma, a concessão desse direito se voltaria contra seus destinatários. A argumentação soa-nos absurda.

Em suma, é fácil perceber que, onde existe um juiz vidente, inexistente segurança jurídica. Daí que, a não ser como autoengano, não se pode chamar a Nova LINDB de Lei da Segurança Jurídica.

O terceiro e último problema relaciona-se à teoria dos direitos fundamentais. É que há autores para os quais o consequencialismo e a LINDB representariam um notório avanço em termos de tutela dos direitos fundamentais. Diz-se, nesse sentido, que a lei teria expressamente previsto os passos da "ponderação" de Robert Alexy, no parágrafo primeiro do art. 20[4].

Mas esse dispositivo limita-se a mencionar que a decisão deverá levar em conta a "adequação e a necessidade" da medida. Com isso, desconsidera a terceira etapa do método da ponderação, a proporcionalidade em sentido estrito[5], que se destina precisamente a analisar a legitimidade da medida que visa a restringir um direito fundamental. É aí que deve residir a verificação de outros direitos fundamentais que poderiam tornar ilegítima a medida propugnada pelo Estado, ainda que ela fosse adequada e necessária, em termos pragmáticos.

Em suma, uma medida violadora da condição humana pode ser adequada e necessária, na terminologia da ponderação. Nem por isso, todavia, ela passará nesse teste, precisamente porque, nessa colisão com outros direitos fundamentais – no aspecto propriamente jurídico da ponderação –, ela seria certamente descartada.

Seria o caso de uma medida que, com o objetivo de combater a comunicação de caráter criminoso de advogados com seus clientes presos, autorize que toda conversa entre estes seja gravada por meio de escutas. A medida certamente promoveria o seu objetivo, já que qualquer postura criminosa seria descoberta, passando, assim, no teste da adequação. Da mesma forma, dificilmente outra medida menos restritiva de direito fundamental dos presos e advogados atingiria ou fomentaria esse objetivo na mesma proporção, de modo que a medida passaria também no teste de necessidade. Mas a medida fatalmente colide com o direito fundamental à privacidade das comunicações entre advogado e cliente e, por conseguinte, com a ampla defesa. A medida jamais passaria, portanto, no teste da proporcionalidade em sentido estrito.

Nada obstante, a Nova LINDB desconsidera essa última etapa, e o faz de modo claro e deliberado. Somada ao pouco apreço que o consequencialismo tem pelas normas jurídicas e pela teoria dos direitos fundamentais, as consequências dessa doutrina, para manter essa terminologia, podem ser graves.

Consequencialismo e anulações de decisões na "lava jato"

O que vemos, no caso das anulações de decisões da "lava jato", é que a abordagem de alguns dos ministros do STF tende a causar diversas distorções na decisão a ser proferida e nas demais decisões que sigam a lógica consequencialista no processo penal.

Liderados pelo relator min. Edson Fachin, mas com vozes fortes do min. Luis Roberto Barroso (e sua vanguarda iluminista) e do min. Luiz Fux, que citou diretamente o artigo da LINDB acima referido, os ministros que restaram vencidos no presente caso tendem a dar destaque às consequências da decisão a ser proferida, isto é, as anulações de condenações, com retorno dos processos ao primeiro grau, assim como suposto aumento da sensação de impunidade e outros fatores correlatos.

O mais grave, na linha do que temos defendido, é a lógica por detrás dos fundamentos utilizados pelos ministros, seja para negar o direito aos réus, seja para modular os efeitos da decisão proferida. Trata-se de lógica segundo a qual os efeitos da anulação das decisões antes proferidas seriam muito graves. Ora, mas quanto mais graves forem as violações, provavelmente mais graves serão os efeitos de futuras anulações. A prevalecer a lógica consequencialista, então, não se anularia tais decisões amplamente violadoras, tendo em vista os efeitos da anulação. O resultado seria claramente o estímulo à condução do processo de forma totalmente violadora de direitos fundamentais. A consagração do benefício ao torpe pela perversão dos princípios mais caros ao Direito moderno.

Mostra-se, portanto, completamente descabida a análise consequencialista de um caso como o presente, em que estão em jogo os mais básicos direitos processuais há tanto tempo conquistados e ora em jogo.

A própria modulação de efeitos que venha a restringir tais direitos, ainda sob a referida lógica, não pode ser sequer cogitada. Não se fala aqui de direitos supérfluos e não há sequer uma ponderação a que se possa submetê-los. Estamos falando do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório. Estamos falando do direito do réu de contestar o que dizem seus acusadores, lembrando aqui que os colaboradores recebem benefícios e têm em jogo a validade de sua colaboração, a depender da efetividade dela.

É por todas estas razões que nos parece claro que não possa prevalecer uma forma de pensar bastante utilitarista, quando estão em jogo direitos básicos do cidadão. E enquanto houver civilização, deverá haver direito à ampla defesa. Enquanto houver sociedade, deverá haver a defesa do indivíduo.

[1] POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 381.

[2] PORTUGAL, André; KLEIN, Érico. **A Anti-teoria Consequencialista como Fundamento da Nova LINDB**. In: VALIATTI, Thiago; HÚNGARO, Luis; CASTELLA, Gabriel Moretini. (Org.) *A Lei de Introdução e o Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 409-26.

[3] POSNER, Richard. **A Problemática...**, op. cit., p. 252.

[4] Confira-se, sobretudo, o texto de Evandro Valadão, ministro do TST, que defende o consequencialismo com fundamento em duas propostas teóricas incompatíveis entre si, a saber, a teoria estruturante de Friedrich Müller e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy –



quanto a Alexy, ademais, é ignorada a última etapa do método da ponderação, que, no texto, é reduzido a uma análise puramente consequencialista. Link: <https://www.editorajc.com.br/o-consequencialismo-e-as-decisoes-pautadas-em-valores-juridicos-abstratos/>

[5] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-ss.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-out-02/opinioao-consequencialismo-ou-direitos-fundamentais/>