

Teresa Arruda Alvim: Consequencialismo e decisões judiciais

24/07/2020

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, que é a da pandemia da Covid-19.

Por isso, o consequencialismo 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 consequencialismo nas decisões do juiz.

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

De um modo geral, percebe-se haver opiniões extremistas: uns consideram poderem-se usar argumentos consequencialistas, como base única fundamental da decisão, sempre que isto se revelar necessário. No outro extremo, há os que entendem que argumentos consequencialistas jamais podem ser utilizados, porque não seriam jurídicos.

Na verdade, este fenômeno não é novo. O que faz um juiz ao projetar os efeitos da decisão no mundo real, e negar uma liminar por causa do perigo do dano reverso?

E aí estão os *primeiros limites* ao emprego dos argumentos consequencialistas: esta projeção não pode ser fruto de intuição ou do subjetivismo de quem decide. São necessários *dados empíricos*, *estudos sérios* para que o impacto de uma decisão possa ser estimado, e possam então, legitimamente *interferir* no modo como ela seja tomada, i.e., no *teor* da própria decisão.

Imagine-se o caso de uma Ação Civil Pública movida contra um empreendimento imobiliário, ainda incipiente, mas já com todas as unidades vendidas, tendo sido a liminar concedida por suspeitas de irregularidades na concessão de licenças. Pode-se reverter esta decisão, demonstrando, por exemplo, que empreendimentos imobiliários embargados no início não vingam, produzindo-se prova no sentido de que, normalmente, os compradores desistem, o que inviabiliza a obra, gerando prejuízos para a sociedade.

No caso citado, a solução seria exigir prova mais robusta do *fumus*, da “aparência do bom direito” do autor.

Embora, a meu ver, argumentos consequencialistas podem-se considerar jurídicos, no sentido lato, o fato é que o direito em sentido mais restrito, não pode ser ignorado. Estes são o segundo limite.

Assim, e por isso, nenhuma decisão judicial pode ter por base única: o perigo de esvaziamento dos cofres públicos, a iminência da quebra do erário, prováveis dificuldades de caixa etc...

Mas se a lei não pode ser ignorada, muitas vezes é verdade que comporta mais de uma interpretação. E aí os argumentos consequentialistas podem, de certo modo, “desempatar”!

Há um Decreto do ano de 2012 que permite ao contribuinte que, em *situações extraordinárias*, pleiteie uma prorrogação do prazo, para o pagamento de tributos federais, de 3 meses. Contém um dispositivo que menciona a necessidade de haver uma outra norma para regulamentar.

Pode-se entender que o Decreto não seria autoaplicável. Mas, como a situação para a qual foi criada é excepcional, extraordinária, presume-se que, em alguma medida deve haver urgência que gere a dificuldade/impossibilidade do pagamento destes tributos.

Então se pode também entender que tal Decreto é autoaplicável, prestigiando a sua razão de ser, e que a outra norma, posterior, serviria para, por exemplo, dispor sobre a forma de pagamento destes tributos.

Levar em conta a realidade neste caso, a urgência, a necessidade de os contribuintes não serem considerados inadimplentes e optar por esta última interpretação é usar argumento consequentialista, nesta função “desempatadora”.

Das interpretações possíveis, a “melhor” será a que causar impacto mais positivo no mundo dos fatos.

Portanto, a possibilidade de que se empreguem argumentos consequentialistas no processo de tomada de decisão está sujeita a dois limites: (a) estas consequências não de ser estimadas/aferidas/projetadas por cientistas/técnicos/estudiosos do tema; (b) a norma jurídica posta há de ser respeitada e não, pura e simplesmente, *criada*, a partir desta perspectiva que é, como procuramos demonstrar, complementar.

Aqueles que sustentam poder o juiz decidir com base exclusivamente em argumentos consequentialistas certamente imaginam que pode haver apenas *um critério* para avaliar positiva ou negativamente impactos da decisão no mundo empírico: mas não é assim, principalmente numa sociedade pluralista como a nossa.[1]

Basta pensar-se na Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra Instituições Financeiras, pedindo que o juiz determine que estas ponham funcionários seus na rua para organizar filas, exigindo o uso de máscaras, e distância de 2 metros entre cada um, estendendo suas horas de trabalho. O Ministério Público trabalhista pede, ao contrário, que funcionários tenham reduzidas as suas horas de trabalho por dia. Este exemplo é interessante para ilustrar possíveis impactos de decisões sobre este mesmo tema, horário de trabalho, visto a partir de dois pontos de vista diferentes.

Daí o perigo dos argumentos consequentialistas quando utilizados como base da decisão: não geram *nem mesmo* a desejável uniformidade do direito.

Hoje a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro está repleta destas recomendações para o uso de argumentos consequentialistas, que vêm em artigos mal escritos e imprecisos. Mas a ideia está lá.

Assim como está na modulação, tanto das decisões de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade procedentes, quanto das alterações de precedentes.[2]

O consequentialismo é inevitável. Se usado na dose certa, desejável, não deixa de ser mais um modo de evidenciar que o direito serve à sociedade e não o contrário.

[1] Ricardo Campos. A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequentialismo. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdicao-constitucional-perigo-consequencialismo>. Acesso em: 11 fev. 2020.

[2] Georges Abboud. Consequentialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequentialista. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 1009, p. 123-135, nov. 2019.