

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

ARGUMENTO CONSEQUENCIALISTA NO DIREITO

Consequentialist Argument in Law

Basile Georges Campos Christopoulos¹
e-mail: bc85@hotmail.com

Resumo

Este artigo propõe a construção de um argumento consequencialista adequado ao sistema jurídico brasileiro. Tem como fundamento teórico a argumentação jurídica, especialmente como referencial a teoria proposta pelo jurista Neil MacCormick, que propõe o argumento consequencialista como um requisito da argumentação jurídica. A ideia do trabalho é ir além e, com fundamento no jurista citado, propor um argumento consequencialista que se demonstre não apenas adequado à nossa realidade jurídica, como demonstrar a sua utilização atual pelos tribunais e a necessidade de discussão sobre critérios racionais de argumentação.

Abstract

This article proposes the elaboration of an adequate consequentialist argument to the Brazilian legal system. This article is based on the theory of legal argumentation, especially in the one proposed by the jurist Neil MacCormick, which proposes the consequentialist argument as a requirement of legal argumentation. The work proposes that a consequentialist argument is not only appropriate to our legal reality, as that its already used by the courts in Brazil, and argue about the need for discussion of rational criteria to argument.

Introdução

Este artigo pretende elaborar a base para a defesa de uma argumentação consequencialista no Brasil.

Desenvolve a ideia a partir das teorias da argumentação jurídica, especialmente fundada no autor Neil MacCormick, que defende a argumentação consequencialista como necessária para uma boa argumentação jurídica.

O artigo defende que a argumentação consequencialista não só é necessária, como já é desenvolvida no Brasil, sob disfarce, apoiada em princípios constitucionais e normas mais abstratas.

Por fim, defende-se a formulação de uma argumentação consequencialista e a existência de um argumento consequencialista jurídico, em contraposição a outros argumentos consequencialista classificáveis como econômicos ou sociais.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (CAPES). Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Coordenador do Curso de Direito Matutino e Professor da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste - SEUNE. Professor do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da DIREITO GV na Fundação Getúlio Vargas - FGV em São Paulo e do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

1.1 Que é consequencialismo?

No quarto episódio da primeira temporada da série americana *House*, o médico, personagem principal do programa, se depara com o seguinte dilema ético: seis bebês estão doentes, e dois deles já manifestam a forma mais avançada da patologia. Os médicos chegaram à conclusão de que apenas duas doenças podem provocar os sintomas dos bebês. Pela demora quanto ao resultado dos exames para diagnosticar exatamente a doença de todos os seis, que é a mesma, *House* propõe que cada um dos dois bebês no estágio mais avançado seja tratado de acordo com uma das duas prováveis doenças. Isso salvaria um dos bebês, e os demais seriam tratados de acordo com esse diagnóstico, o que poderia ter consequências fatais para o bebê tratado de acordo com a outra patologia.

O dilema moral apresentado acima representa a discussão sobre o consequencialismo, uma expressão que abarca uma série de tendências filosóficas sobre a análise dos resultados da ação humana. O tema do consequencialismo, portanto, transborda o direito, mas a ele interessa, por tratar de critérios de julgamento.

Quando decisões são tomadas, as consequências previsíveis nesse momento são consideradas. No plano moral, as pessoas consideram suas ações boas ou ruins se as consequências delas advindas foram relevantes para um lado ou para o outro. No caso, por exemplo, de um físico que produziu um novo conhecimento sobre fusão nuclear. Se a principal consequência desse conhecimento é a produção de uma bomba que destrói parte da humanidade, é possível que muitas pessoas julgassem a ação de produzi-lo como um erro, se era previsível tal fim bélico.

Por outro lado, um ato bárbaro como o assassinato de alguém pode ser considerado por alguns uma boa ação, quando a vítima é um grande assassino ou alguém que poderia cometer muitos outros crimes no futuro.

Em outra hipótese, poderíamos considerar a ação de subornar políticos para efetivar a melhor política para a educação, que não seria aprovada sem tal prática criminosa. É possível tomar a ação como boa se, apesar dos meios ilícitos, ela gera as melhores consequências para a política pretendida. Ou ainda, no caso da tortura que serve para impedir um ataque terrorista, tema de relevância especialmente nos Estados Unidos da América, esta poderia ser aceita pelas trágicas consequências a evitar.

Pode-se afirmar com certeza que, independentemente do país, sistema moral ou jurídico, as consequências das ações são consideradas, em maior ou menor medida, e a depender de diversos fatores, de acordo com quem avalia ou com a situação avaliada etc.

Um conceito amplo de consequencialismo envolve a defesa de uma análise não exclusiva dos resultados de uma ação. Isto é, uma ação poderia ser boa ou ruim, justa ou injusta, válida ou inválida, a depender também dos resultados que produz. Num conceito estrito de consequencialismo, apenas as consequências deveriam ser relevantes para julgar uma determinada ação. Em todos os casos, não há uma resposta unívoca sobre quais são os resultados que devem ser considerados, como e por quê.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

Tem-se, num primeiro momento, que as diversas teorias consequencialistas problematizam as consequências das decisões e defendem que quando uma decisão é tomada, as consequências dela decorrentes são importantes na análise do seu sucesso ou correção.

As teorias consequencialistas seriam antagônicas às deontológicas. Estas, ainda no campo moral, defenderiam o “cumprimento rígido de princípios e regras que refletem valores morais”.² Aquelas se centram nos resultados e têm como objeto principal as ações, sendo “o critério máximo para a avaliação de um curso de ação ou de uma instituição o valor de suas consequências globais – os benefícios menos os custos, para todos os afetados”.³

Hans Kelsen, no clássico “Teoria Pura do Direito”, expõe o ponto deontológico ao analisar as características da causalidade jurídica. Afirma que toda norma social estabelece sempre uma relação entre uma condição e uma consequência, e prescreve que a consequência deve seguir a condição.⁴

O deontológico, expresso em Kelsen, é, portanto, a relação do dever-ser, a imputação lógica que liga o antecedente ou a hipótese normativa à consequência estipulada e que faz parte da estrutura normativa.

O padrão deontológico é o clássico modo pelo qual a decisão judicial é expressa no direito. Embora ele não possa ser desprezado, evidentemente ele é, como toda linguagem, uma simplificação da realidade, que tem como objetivo traduzir uma expressão silogística do direito.

Samuel Scheffler explica nesse viés que, em contraste com as concepções de consequencialismo, o padrão deontológico afirma que em alguns casos é errado fazer o que produzirá o melhor resultado global disponível.⁵ Isto é, pensando deontologicamente, mesmo as decisões que produzem resultados indesejados deveriam ser tomadas, por serem corretas.

As teorias normativas deontológicas identificariam por meio de certos critérios os direitos individuais, as exigências da imparcialidade, a proibição das discriminações arbitrárias e prescreveriam “o que se deve e o que não se deve fazer de um modo que, pelo menos em parte, é independente das consequências”.⁶

O ato consequencialista padrão avalia atos (e não regras ou motivos) como corretos caso provoquem um estado de coisas que é o melhor do ponto de vista impessoal.⁷ Mas não seria adequado desprezar as normas na análise da melhor decisão pelas suas consequências

² CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 58.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoría Pura Del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960, p. 34.

⁵ “In contrast to consequentialism conceptions, standard deontological views maintain that it is sometimes wrong to do what will produce the best available outcome overall”. SCHEFFLER, Samuel. From the Rejection of Consequentialism, in DARWALL, Stephen (org.). **Consequentialism**. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 109.

⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 58.

⁷ HURLEY, Paul. **Beyond Consequentialism**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 10.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

unicamente. Além disso, tem-se a questão de quais consequências irão importar e qual a melhor forma de avaliação destas.

O questionamento acerca do uso de consequências surge nesse contexto, onde as teorias deontológicas não são suficientes para nomear todos os argumentos utilizados numa decisão judicial, que explora com frequência argumentos relacionados aos efeitos e consequências das decisões.

1.2 Consequencialismo e Direito

Luis Fernando Schuartz define o consequencialismo do ponto de vista jurídico 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 a ela e às suas alternativas”.⁸

O conceito é muito bom, porquanto abrangente em relação aos vários tipos de consequencialismos encontrados no direito, desde os que defendem uma ampla e irrestrita utilização de razões consequencialistas para decidir, até os que valoram o elemento consequencialista implicitamente.

São muitas as dificuldades para adequar razões consequencialistas ao direito. Entretanto,

por mais que não possamos ou não queiramos identificá-las, decisões judiciais *têm* consequências, *reconhecidamente*. Exigir dos juízes que se abstenham, na justificação das suas decisões, de considerar as consequências associadas a elas e às suas alternativas, significa reservar exclusivamente aos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Executivo essa possibilidade.⁹

As discussões sobre o uso de argumentos consequencialistas no direito giram em torno de algumas questões. Com base em argumentos fundados em consequências, poderia o juiz suprir as lacunas do ordenamento ou mesmo desprezar o texto legislativo de forma a considerar os efeitos futuros de sua decisão? O uso de consequências no direito pressupõe um modelo no qual o juiz também é considerado criador da norma jurídica, assumindo o texto legal um papel diverso do tradicional? As teorias que defendem o uso de argumentos consequencialistas no direito vão discordar justamente no que diz respeito aos limites entre a norma e as consequências.

Podem-se classificar tais divergências: **i)** se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis; **ii)** se argumentos consequencialistas podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, ou quando, por exemplo, há uma regra específica tratando da matéria; **iii)** no conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, quais devem prevalecer; **iv)** que tipo de argumento consequencialista pode ser considerado no direito, apenas consequências jurídicas podem ser consideradas, ou também consequências econômicas,

⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

⁹ *Idem*, p. 396 e 397.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

sociais etc.; v) como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos).¹⁰

Sobre o ponto (i), o uso de argumentos fundados nas consequências muitas vezes é defendido apenas quando não há uma regulamentação específica pelo ordenamento jurídico. Posner, por exemplo, afirma que quando as consequências não são catastróficas ou absurdas, o mais sensato seria seguir a regra ou o contrato, com vistas a proteger as expectativas e preservar a linguagem ordinária como meio efetivo da comunicação legal.¹¹ Numa posição próxima à de Posner, que afirmou acima ser o consequencialismo aplicável apenas em situações catastróficas, sustenta Cristiano Carvalho que apenas em “casos difíceis” posições consequencialistas deveriam ser empregadas.¹² MacCormick, como se verá, também não defende o uso de argumentos consequencialistas em qualquer caso, diferentemente do que será proposto neste trabalho.

Em relação ao ponto (ii), a primeira dificuldade é estabelecer onde há normatização exata sobre o caso e qual o espaço de anomia, afinal, a legitimidade do juiz para decidir acerca das questões que não trazem respostas deontológicas muito claras. É de se considerar, nesse ponto, a proposta retórica; nesta, a persuasão do juiz não necessariamente se dá pelo argumento deontológico ou pelo consequencialista, isto é, não há a inevitável exclusão de um pelo outro. Possivelmente o conjunto textual, a combinação de argumentos, é que trará a persuasão, não sendo necessário afastar o argumento consequencialista de plano, quando constatada pela interpretação a existência de norma sobre o caso.

Cristiano Carvalho procura adequar a análise consequencialista à deontológica (iii). Afirma que aquela poderia se adequar a esta, colocando o consequencialismo a serviço da deontologia no contexto jurídico, indicando para tal fim o seguinte caminho: “opta-se pelo guia deontológico na aplicação do direito apenas porque em uma análise custo-benefício é mais vantajoso aproveitar soluções prontas e testadas do que procurar soluções novas e talvez inseguras no tocante aos resultados”.¹³ Segundo o autor, seria uma estratégia “consequencialista” seguir o direito deontologicamente, pressupondo que este teria soluções mais benéficas, como para a segurança jurídica, por exemplo.

O conflito entre argumentos consequencialistas e deontológicos, no entanto, é um embate natural que os tribunais resolvem também pelo critério da persuasão. Os melhores argumentos em cada caso tendem a vencer o debate, visto que o nosso sistema exige um destaque final ao aspecto silogístico deontológico, expresso na fundamentação da decisão que cria a incidência de uma norma sobre o fato regulado.

A grande dificuldade na conciliação entre o uso de critérios consequencialistas nas decisões judiciais e a dogmática jurídica tradicional positivista seria, segundo Luis Fernando

¹⁰ Embora os problemas referentes a tais divergências sejam tratados neste tópico, as opções tomadas pela tese serão mais bem expostas no fim do próximo capítulo, que explorará em primeiro lugar as orientações de Neil MacCormick.

¹¹ POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge/London: Harvard University Press, 2003, p. 82.

¹² CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92.

¹³ *Idem*, p. 91.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

Schultz, a possível reestruturação da norma enquanto típica manifestação do deontico de “Se X, então **deve ser Y**”, para outra estrutura na qual as consequências são relevantes.¹⁴

O ponto (iv) é um ponto sensível à este artigo. A proposta de Neil MacCormick que será avaliada é justamente a de sugerir um consequencialismo essencialmente jurídico, em que os argumentos de tal natureza poderiam ser distintos dos argumentos consequencialistas de outra natureza, como a econômica ou a social.

O último critério (v), em relação à aferição de peso dos argumentos consequencialistas em cada caso, é algo que realmente não faria sentido fixar previamente a cada decisão. Não é possível criar uma tabela com o peso de cada argumento, tendo em vista que cada um pode ser aferido diferentemente por cada juiz em cada caso. Quanto ao segundo aspecto, a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos, também no próximo capítulo se fixará melhor a ideia de que consequências econômicas e sociais são de difícil previsão. Portanto, a proposta de consequencialismo jurídico deve ser menos ligada a prognósticos e mais à ideia de que consequências aquela decisão traz para o direito.

Um dos críticos do consequencialismo aplicado ao direito no Brasil é Luis Fernando Schultz. Em artigo referência sobre o tema, o autor expõe três tipos comuns de consequencialismo, que na verdade são estratégias retóricas de construção argumentativa diante do direito tradicional pelo intérprete. Seriam o consequencialismo festivo, o militante e o malandro. A diferença entre os tipos se daria, segundo o autor, pelo grau de respeito ao precedente e ao raciocínio lógico-dedutivo.

O primeiro tipo, festivo, “advoga uma ampla desdiferenciação entre aplicação do direito e formulação de políticas públicas” e uma “apropriação superficial e seletiva da literatura norte-americana de análise econômica do direito”. O consequencialismo do tipo militante se caracterizaria “por não se deter diante das regras do direito positivo e não se preocupar em reestruturar as suas referências normativas”. Seria mais alinhado à tradição dogmática do que o festivo, porém com análise superficial de técnicas como a ponderação de princípios, sem, por outro lado, estar amparado em métodos científicos explorados, mesmo que superficialmente, pelo consequencialismo festivo. Por fim, por malandragem o autor entende ser uma estratégia argumentativa que recorre à ordem jurídica para promover a desordem. Isto é, “a decisão pretendida por intermédio da construção de conceitos e distinções que conduzam à referida decisão e a façam aparecer como *desde sempre* juridicamente admissível e adequada ao caso concreto”.¹⁵

O consequencialismo malandro seria a forma mais sofisticada do consequencialismo jurídico, pois, segundo Luis Fernando Schultz requer um amplo conhecimento de teoria do direito e da dogmática jurídica tradicionais. Pode ser visto como um canal de produção de inovação no direito, “dado que se orienta na solução de problemas jurídicos específicos e concretos”, e, por fim, pela pretensão de generalidade que reflete exigências de igualdade e justiça formal.¹⁶

¹⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 404.

¹⁵ *Idem*, p. 410-415.

¹⁶ *Idem*, p. 415.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

Em todos os casos identificados por Schuartz estaria presente a “rejeição de decisões resultantes da aplicação de regras de direito positivo, usualmente leis ordinárias”.¹⁷

No entanto, é preciso discordar das conclusões apresentadas pelo autor. Embora seja possível identificar os três tipos de uso de argumentos consequentialistas apontados, acredita-se ser possível pensar num consequentialismo jurídico. Que não fuja dos critérios tradicionais de justificação, mas que faça parte da interpretação das normas e, dentro da perspectiva retórica, seja persuasivo aos juízes e ao auditório universal.

1.3 Retórica e o Consequencialismo Jurídico na Teoria de Neil MacCormick

Neil MacCormick reconhece a importância de se observar o direito como disciplina argumentativa. Ele situa a argumentação jurídica como ramo da argumentação prática, que por sua vez consistiria na “aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha”.¹⁸

O autor explicita que o processo de aplicar normas é fundamental para a atividade jurídica e que estudar a estrutura racional desse processo é crucial para explanar a natureza da argumentação jurídica como ramo da argumentação prática.¹⁹ Um dos pressupostos da argumentação jurídica, inclusive a defendida por MacCormick, é o de que as decisões devem ser racionais, com razões para cumprir o requisito da justificação.

A aplicação das normas aos casos práticos, portanto, pressupõe a criação de uma argumentação que embase e justifique ser aquela decisão a melhor possível ou a mais correta para o caso. E o direito exigiria o desenvolvimento das decisões por métodos racionais, nos quais a justificação das decisões tem um papel central.

Segundo Manuel Atienza, para MacCormick tanto a argumentação prática, em geral, quanto a jurídica, em especial, cumprem, essencialmente, uma função justificadora:

Essa função justificadora está presente inclusive quando a argumentação persegue uma finalidade de persuasão, pois só se pode persuadir se os argumentos estão justificados, isto é – no caso da argumentação jurídica – se estão de acordo com os fatos estabelecidos e com as normas vigentes.²⁰

Sobre o conceito de justificação, MacCormick define ser o ato de demonstrar que algo está certo.²¹ E explica que justificar seria demonstrar que o ato deveria ter sido praticado, da forma e com o conteúdo com que foi praticado, devido às circunstâncias do caso analisado.²² Nesse sentido, afirma Perelman que a motivação das sentenças “já não se contenta em mostrar a correção formal, mas se esforça em torná-las convincentes”²³.

¹⁷ *Idem*, 2011, p. 417.

¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

¹⁹ *Idem*, *Ibidem*.

²⁰ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 119.

²¹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 98.

²² *Idem*, *Ibidem*.

²³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo, 2005, p. 557.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

MacCormick afirma que a necessidade de justificação das decisões só é atingida quando são encontradas boas razões para se decidir de uma forma, e se essas razões derrotam de algum modo quaisquer outras que possam ser oferecidas alternativamente no caso²⁴.

MacCormick, em livro mais recente, afirma serem três os principais requisitos para uma boa razão jurídica: coerência, consistência e consequências. A **coerência** seria a adequação do caso a algum princípio mais amplo e fundamental do ordenamento jurídico. A **consistência** estaria relacionada à não contradição da decisão do caso com nenhuma regra jurídica vinculante. E as **consequências**, que devem ser melhores do que as que outras decisões poderiam desencadear, são essencialmente jurídicas, e não probabilísticas.²⁵

Ainda sobre a **coerência** como requisito das decisões judiciais, Tathiane Piscitelli distingue-a em dois tipos com base em Neil MacCormick: a **normativa**, que se relaciona com a justificação de decisões judiciais no contexto de um sistema jurídico concebido como uma ordem normativa, orientada para a regulação de condutas; e a **narrativa**, relacionada à justificação das provas e à aferição de conclusões a partir delas.²⁶

Billier e Maryoli comentando a teoria de MacCormick afirmam que:

nenhum juiz poderá tomar uma decisão em contradição com as regras válidas e os princípios de um sistema de direito positivo (*princípio de consistência*); além disso, como afirma Neil MacCormick, sua decisão deve estar em perfeita coerência com os valores e os padrões da ordem jurídica positiva (*princípio da coerência*).²⁷

É possível interpretar, então, que quando MacCormick fala em princípios, quer dizer valores; os princípios enquanto norma seriam parte da consistência, e não da coerência normativa. Mas isso implicaria dizer que o sistema jurídico recepciona valores por outras formas que não seus princípios e regras.

Sobre o papel dos princípios na teoria de MacCormick, Atienza afirma caracterizarem-se como normas gerais que cumprem uma função explicativa e por exercerem uma função positiva, em um papel de justificação. E ao tempo que as regras “tendem a garantir um fim valioso ou algum modelo geral de conduta desejável”, os princípios “exprimem o fim a alcançar ou a desejabilidade do modelo geral de conduta”.²⁸

Uma parte necessária da justificação da decisão, pois, é mostrar que esta não contraria regras válidas estabelecidas pelo direito, além de demonstrar que é suportada ou embasada por princípios jurídicos positivados.

²⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 83.

²⁵ MACCORMICK, Neil. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 189.

²⁶ PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Interpretação e Justificação no Direito: o requisito da coerência, *in* SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 990.

²⁷ BILLIER, Jean-Cassien & MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005, p. 405.

²⁸ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 130 e 131.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

Mas o ponto conclusivo de uma decisão, segundo MacCormick, quando ainda se sustenta depois de testada a sua consistência e coerência, é que seja avaliada sob argumentos fundados em consequências.²⁹ Contudo, antes de falar sobre tais argumentos, cumpre analisar o modo como MacCormick desenvolve a argumentação jurídica clássica composta pela ideia de dedução e silogismo.

O objeto de estudo do autor escocês busca explicar a natureza da argumentação jurídica como manifestada no processo público de litígios e decisões judiciais referentes a disputas sobre questões de direito, e o processo de raciocínio que é revelado em sentenças publicadas de Tribunais de Justiça.³⁰ Pesquisa, desse modo, a argumentação desenvolvida nos tribunais, estudo próprio das teorias da argumentação jurídica.

Acerca do direito inglês ou escocês, MacCormick afirma que, diferentemente dos sistemas romanos, os tribunais de recursos seguiriam um modelo onde cada um dos diversos juízes normalmente “expõe sob a forma discursiva seu próprio parecer sobre os pontos levantados no caso”, de tal modo que os juízes podem “elaborar pontos de vista totalmente diferentes, até mesmo opostos, ao defender a decisão à qual são favoráveis”.³¹

Esse modelo apontado por MacCormick, no entanto, assemelha-se ao processo decisório dos órgãos colegiados no Brasil, no qual, apesar de haver um relator que expõe o voto de maneira mais profunda, os demais juízes manifestam seus pontos de vista discordantes, quando existem no caso.

Thomas Bustamante explica a confusão feita por MacCormick ao afirmar que no *civil law* não há exposição dos argumentos contrários. É que na França o estilo do julgamento da Corte de Cassação, por exemplo, e o que pode ser atribuído aos tribunais franceses em geral, seria dedutivo, legalista, magisterial e impessoal, porquanto a presunção é a de que a decisão foi tomada por unanimidade.³² Fica clara a confusão de MacCormick ao tomar o estilo judicial francês como modelo único do *civil law*.

E MacCormick defende a exposição de contra-argumentos, pois um juiz discordante poderia ter articulado de modo convincente as próprias razões que precisam ser atacadas para que a justificação da opinião de uma maioria se sustente.³³ Essas divergências entre votos dos magistrados atuantes no processo, sejam desembargadores ou ministros, segundo MacCormick, fortalecem a necessidade de se construir uma decisão mais bem fundamentada, que não dê espaço para lacunas ou que deixe por analisar aspectos importantes do caso.

Sobre as especificidades do *common law* na análise das decisões jurídicas, observa MacCormick que uma corte deve convencer-se de que há boas razões suficientes para decidir um caso de uma determinada forma. E por razões suficientes entende-se à luz dos fatos e circunstâncias que as partes tenham levado ao tribunal como material para

²⁹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning.** Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 104.

³⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9 e 10.

³¹ *Idem*, p. 12.

³² BUSTAMANTE, Thomas da R. de. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.** São Paulo: Noeses, 2012, p. 17.

³³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

decidir.³⁴ É possível afirmar, portanto, que em alguns casos, apesar da argumentação dedutivista e silogística, subsumindo a norma ao fato, as razões suficientes poderiam ser as fundadas em argumentos consequencialistas.

Outra vantagem para o fortalecimento da argumentação jurídica apontada pelo escocês se refere à forma de escolha dos juízes. Na Inglaterra e na Grã Bretanha, de uma maneira geral não há uma carreira de magistratura, sendo os juízes recrutados entre os advogados que tiveram sucesso no exercício da profissão.³⁵ Por esse motivo,

De modo não surpreendente, as razões que fornecem devem muito à argumentação fornecida pelos advogados que se apresentam diante deles. Mesmo quando rejeitam um argumento, eles costumam fazer a cortesia³⁶ de indicar aos advogados por que não o aceitaram.³⁷

Dessa forma, o cerne da argumentação jurídica desempenhada pelos tribunais seria a necessidade de justificação das decisões com o uso de uma razão jurídica que muda a depender do sistema jurídico no qual está inserido o órgão julgador.

A forma de seleção dos juízes, a história da construção das instituições, enfim, toda a cultura jurídica de cada lugar interfere na construção da argumentação jurídica. Em todas, porém, o que se busca é justificar o porquê daquela decisão e não de outra no caso em questão. Perelman ressalta que a justificação de uma decisão judiciária muda de sentido ao mudar de auditório,³⁸ por isso os advogados, ao contrário de médicos ou engenheiros, que podem exercer sua profissão em qualquer lugar, dependem do conhecimento sobre o seu auditório para que tenham sucesso.

É possível utilizar-se da lógica consequencialista de variadas formas no direito. No caso de MacCormick, parte-se do ponto de vista retórico do uso de argumentação no direito. Essa visão proporciona analisar o direito pela possibilidade de convencimento que os argumentos podem ter.

Dessa forma, os argumentos consequencialistas podem ser construídos sob a forma de entimemas, conhecidos como silogismos incompletos por esconderem parte de suas premissas. Assim, mesmo que não desenvolvidos como silogismos clássicos, como da incidência da norma geral e abstrata sobre o fato jurídico, os argumentos consequencialistas podem convencer e ter um papel central nas decisões do controle de constitucionalidade abstrato de normas orçamentárias.

Não é fácil defender um silogismo clássico sem entender a subsunção das regras aos fatos. Mesmo na França, onde alguns tribunais adotam o estilo de *phrase unique*,³⁹ a ficção do

³⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 93.

³⁵ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13.

³⁶ No Brasil, trata-se de norma constitucional cogente.

³⁷ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

³⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo, 2005, p. 565.

³⁹ Segundo Thomas Bustamante, um estilo típico dos Tribunais Franceses de “texto único”, cuja premissa fundamental era a de que a atividade judicial não passaria de um processo de dedução, da construção de

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

caráter declaratório nas decisões judiciais é vista como um “anacronismo e como um inconveniente (para não dizer um mal) tanto pela doutrina como pelos *juristas práticos* de maior projeção nacional e internacional”.⁴⁰

A discussão do silogismo na perspectiva retórica é vista como uma forma de argumentar possível e central no direito, sendo inegável que as decisões jurídicas se utilizam de argumentos silogísticos no momento em que demonstram os dispositivos que incidem sobre o caso tratado.

A discussão silogística é centrada na incidência das normas e na argumentação, daí ser dedutivista. MacCormick diz que, diversamente do senso comum, no sistema do *common law* esse tipo de argumento tem relevância, mas reconhece que as regras, sozinhas, não podem resolver todos os problemas jurídicos. Para problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de provas, pode surgir, e pode ser levado ao litígio, todo tipo de argumentação.⁴¹ A argumentação a partir de normas somente pode levar até certo ponto:

pode-se contestar a interpretação da norma como uma fórmula verbal estabelecida; pode-se questionar a correta classificação de fatos ocorrentes como representativos ou não dos fatos operativos estipulados na norma formulada; pode-se ainda, finalmente, discutir se alguma norma chega a ser formulável de modo que justifique a reivindicação de um remédio ou penalidade à luz das alegações do fato.⁴²

MacCormick afirma que a fórmula simples (deontológica), mas muito criticada: “N + F = C”, onde “Normas + Fatos = Conclusão”, é fundamental para entender o fenômeno jurídico.⁴³ E que apesar das críticas de que não seria possível ao direito conceder espaço ao raciocínio dedutivo, ou mesmo à lógica, a “noção de uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica”.⁴⁴ Defende também a positivação dos direitos: “Organizar a ordem jurídica desse modo em torno de um *corpus* de normas publicadas é a tarefa de qualquer Estado que aspire, ainda que minimamente, a um governo livre”. Essa seria a ideia em si do Estado de Direito.⁴⁵ Pode-se dizer que tal ideia é plenamente adequada aos sistemas romano-germânicos, ainda mais caracterizados pela cultura do código e da norma escrita que os sistemas de origem anglo-saxã.

MacCormick afirma que mesmo que não se possa provar absolutamente ser a argumentação consequencialista essencial na justificação jurídica, ao menos os exemplos expostos por ele no livro “*Legal Reasoning and Legal Theory*” demonstram que quando há um problema na justificação dedutiva, o recurso citado quase sempre é utilizado em algum grau.⁴⁶

um simples silogismo. BUSTAMANTE, Thomas da R. de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 21.

⁴⁰ *Idem*, p. 23.

⁴¹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 80.

⁴² MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XV.

⁴³ *Idem*, p. X.

⁴⁴ *Idem*, p. IX.

⁴⁵ *Idem*, p. XII.

⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978, p.149.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

A ideia de universalização das decisões judiciais é fundamental para entender a necessidade de se analisar as consequências das decisões jurídicas em Neil MacCormick. Afirma, nessa linha, que qualquer decisão deve ser universalizada,⁴⁷ pois todos os casos semelhantes devem ter a mesma solução, sob pena de o direito institucionalizar injustiças:

É, portanto, altamente provável que o resultado de certas decisões sobre o Direito seja a produção de comportamentos que ou se conformem ou tirem vantagens das oportunidades oferecidas por elas, ou, de outro modo, que ajustem os negócios e as práticas de sorte a se conformarem a elas.⁴⁸

Isso é, quando o Supremo Tribunal Federal decide uma questão, as pessoas tendem a agir conformar a decisão. Se for decidido que um determinado tributo é inconstitucional, as pessoas tendem a não pagar mais tal tributo, ainda que a decisão não tenha efeito *erga omnes*.

Justificar razões, portanto, exigiria que essas razões fossem subsumidas pela universalização, mesmo que a universalização seja questionável.⁴⁹ Tem-se como exemplo o argumento desenvolvido pelo Ministro Marco Aurélio Mello no Acórdão da ADI 2.925-8:

Todos estamos de acordo com a supremacia da Carta da República. Agora, se existe tanta dúvida, a ponto de se ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade, evidentemente, **precisamos partir, a fim de evitar controvérsias futuras, para a interpretação conforme** e proclamar que não pode haver a utilização, como crédito suplementar, dessa rubrica que tem destinação peremptória, categórica, em texto exaustivo na Carta da República. (Grifo nosso).

Gilmar Mendes, nesse mesmo Acórdão da ADI 2.925-8, ressalta a necessidade de universalização defendida por MacCormick e afirma que:

Mas estamos a ver que o tema é assaz complexo, é um daqueles casos em que, talvez, devêssemos nos valer da fórmula da Lei nº 9.868 e realizar algo como ou uma audiência pública ou até a designação de um debate entre “experts”. **Acho que era um típico caso para que pudéssemos analisar a repercussão não só nesse caso, mas em outros.** (Grifo nosso).

Afirma MacCormick que mesmo em decisões judiciais em casos concretos, especialmente em tribunais de apelação, e em qualquer medida, em um dado sistema jurídico há uma prática de seguir o precedente ou até mesmo uma regra exigindo isso.⁵⁰ Talvez por isso a discussão sobre a universalização seja mais presente em países onde os precedentes são vinculantes, sobretudo dos tribunais superiores.

Decisões não são justificáveis apenas pelos efeitos que causam nas partes, mas em termos de uma proposição legal aceitável que cubra o caso em análise e seja passível de aplicação em outros casos parecidos ou semelhantes.⁵¹ A decisão universalizada torna-se um tipo de

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

⁴⁸ *Idem*, p. 147.

⁴⁹ *Idem*, p. 99.

⁵⁰ *Idem*, p. 103.

⁵¹ *Idem, Ibidem*.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

regra para todos.⁵² Ao menos o juiz ao decidir deve ter em mente esse “efeito” de sua decisão.

MacCormick aponta dois extremos, para ele insustentáveis, para o uso de consequências em decisões judiciais. Num extremo, a única justificação de uma decisão seria em termos de consequências, considerando o maior benefício em rede, tomando em conjunto todas as consequências e julgando pelo critério mais adequado de benefício e detrimento.⁵³ Essa visão extrema excluiria, segundo MacCormick, a possibilidade de alguma justificação racional de qualquer decisão, uma vez que o futuro é incerto.⁵⁴

No outro extremo, a natureza e a qualidade da decisão, independentemente de qualquer consequência mesmo que próxima, seriam suficientes em termos de justificação e correção (*rightness*).⁵⁵ Ignorar-se-iam duas coisas: a natureza e a qualidade das decisões e atos, constituídos pelas consequências que o responsável pela decisão previu ou deseja para eles; e, o que MacCormick considera mais sério, ignora que tanto a prudência quanto a responsabilidade para com o semelhante requerem que se pense seriamente sobre os resultados previsíveis de seus atos e decisões, antes de finalmente agir ou decidir, tanto mais quanto mais importante for o ato ou decisão a ser realizado.⁵⁶ Ele afirma que a responsabilidade em geral é atribuída às pessoas para as consequências previstas e previsíveis e resultados de suas ações, e os juízes não seriam exceção.

MacCormick propõe, portanto, uma visão intermediária, segundo a qual alguns tipos de razões sobre consequências são de importância decisiva na justificação de decisões jurídicas.⁵⁷ Em todos os casos, lida-se com problemas legais, não com questões morais ou políticas tomadas cruamente. Portanto, a resposta sempre tem de ser enquadrada em termos da lei, através da interpretação de estatutos ou de precedentes, ou de princípios jurídicos que desenvolveram a reflexão sobre o direito como uma ordem normativa praticamente coerente.⁵⁸

Portanto, analisar o direito sob a teoria de Neil MacCormick nada tem a ver, ou ao menos não tem a ver exclusivamente, com a avaliação de consequências não jurídicas. As consequências devem, muito pelo contrário, ser analisadas em relação ao direito, e nunca afastadas dele.

O que é difícil na análise das consequências é a extensão que os juízes devem considerar, e as bases em que deve avaliá-las. As consequências sociais, especialmente as consequências em longo prazo, da adoção de uma regra jurídica e não de outra são notoriamente difíceis de calcular.⁵⁹

Entre outras críticas que podem ser apontadas ao consequencialismo está a de que as leis podem produzir, em seu processo normal de aplicação, consequências inesperadas, e juízes

⁵² *Idem, Ibidem.*

⁵³ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 101.

⁵⁴ *Idem*, p. 102.

⁵⁵ *Idem*, p. 101.

⁵⁶ *Idem*, p. 102.

⁵⁷ *Idem, Ibidem.*

⁵⁸ *Idem, Ibidem.*

⁵⁹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 103.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

e advogados não seriam capacitados para esse tipo de tarefa ou análise, mesmo em comparação ao corpo do Executivo e do Legislativo.⁶⁰ Até mesmo porque o cumprimento das normas pelas pessoas depende de uma série de fatores que não cabe aos juízes especular, uma vez que tais profissionais não possuem aparato técnico para dispor desses elementos em comparação ao Poder Legislativo e, principalmente, ao Executivo.⁶¹

Assim, o que MacCormick chama de razão jurídica consequencialista não é tanto a estimativa da probabilidade de mudanças comportamentais, e sim a possível conduta e seu estatuto normativo determinado à luz da decisão analisada.⁶² O juiz, pois, não tenta prever quais as consequências e comportamentos das pessoas em razão de sua decisão, mas sim qual a “regra universal” que foi posta por ele em sua decisão. Mesmo porque não podemos especular sobre todas as coisas que vão ou poderão, eventualmente, acontecer se as pessoas reagem de alguma forma ou de outra a uma nova sentença jurídica. Mas, se as pessoas devem agir conforme a lei, quando elas agem como o tribunal decide, os juízes devem esperar essa adequação comportamental e considerar isto em suas decisões.⁶³

Tárek Moussallem, sobre o uso de consequências no direito, distingue duas espécies: consequencialismo externo, quando o argumento consequencialista não tiver sido previsto em hipótese normativa, e, portanto, não poderia ser levado em consideração “quando da prolação do ato de fala”. Nesse caso o autor menciona como exemplo a chamada “análise econômica do direito”; e o consequencialismo interno, este válido para o direito, quando analisada a consequência prevista em hipótese normativa. E afirma que: “A consequência de toda norma jurídica (e qualquer decisão) deve ser mensurada internamente ao direito positivo e não pelo prisma econômico ou social”.⁶⁴

Assim, na opinião de Tárek Moussallem, que se baseia na teoria de Neil MacCormick, argumentos extrajurídicos, ou o que ele chamou de consequencialismo externo, não poderiam ser aceitos pelo Supremo Tribunal Federal, que estaria adstrito aos “*atos jurídicos constitucionais*”, “sob pena de inversão total dos valores estampados na Constituição Federal”.⁶⁵

De forma simples, se o Supremo Tribunal Federal decide, por exemplo, que o Executivo não pode alterar a proposta enviada pelo Judiciário no momento de formulação da lei orçamentária no Estado de Alagoas, é previsível que os demais Estados da Federação passem a entender que não é dada a eles a oportunidade de alterar também as suas propostas. Essa análise consequencialista não é complexa nem exige um conhecimento matemático dos juízes. Mesmo que os efeitos da decisão do exemplo sejam *inter partes*, é razoável entender que as administrações públicas do país passarão a agir daquela forma.

⁶⁰ *Idem*, p. 103 e 104.

⁶¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 138.

⁶² MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 110.

⁶³ *Idem*, p. 111.

⁶⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 974 e 975.

⁶⁵ Nesse sentido, a proposta de Moussalem parece ser ainda mais restrita que a de MacCormick, por pressupor que o juiz deve se ater a fatos jurídicos constitucionais, que pressupõem a incidência de uma norma sobre o caso. *Idem*, p. 976 e 978.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

Atienza faz ainda uma distinção à luz da teoria de MacCormick sobre o resultado e as consequências de uma ação:

O resultado da ação do juiz ao decidir um caso consiste em produzir uma norma válida; o resultado, poderíamos dizer, faz parte do próprio conceito de ação, embora uma mesma ação possa ser descrita como produzindo resultados diferentes. As consequências são o estado das coisas, posterior ao resultado (e relacionado com ele).⁶⁶

Atienza expõe também a diferença entre as consequências ligadas casualmente ao resultado, e as remotas, que não estão ligadas casualmente à ação. Expõe as dificuldades da avaliação das consequências e discorda de MacCormick quanto à importância do uso de consequências nas decisões:

Além de ser algo extraordinariamente difícil, o estabelecimento de quais sejam as consequências de uma decisão – nos dois sentidos anteriormente indicados – não costuma ter um papel importante na justificação das decisões, a não ser em algumas áreas do Direito (por exemplo, o Direito Fiscal), nas quais é frequente levar-se em conta as decisões judiciais – ou administrativas – para atuar de uma forma ou de outra no futuro. O que importa são, antes, as consequências no sentido de implicações lógicas. Mais que a previsão de qual conduta a norma provavelmente irá induzir ou desestimular, o que interessa é responder à pergunta de que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma estabelecida na decisão; em outras palavras, os argumentos consequencialistas são, em geral, hipotéticos, mas não probabilistas.⁶⁷

MacCormick afirma que, para entender as consequências como relevantes na justificação de decisões, é preciso olhar além das consequências casuais e particulares ao caso, e o ato em si de justificação das decisões irá provar que tipo de consequências importará⁶⁸. Aduz que, por serem as leis concebidas de uma forma intencionalmente racional, no caso de qualquer decisão em uma área não regida por uma regra expressa obrigatória, ou quando tal regra é ambígua ou incompleta, deve-se continuar testando as decisões propostas à luz de suas consequências. Mas porque a justificativa mostra a razão de tal decisão ir por um caminho e não por outro, as consequências relevantes são as da sentença envolvida na decisão, e não apenas os efeitos específicos da decisão sobre as partes individuais.⁶⁹ As razões para decidir, portanto, são sempre universais; os efeitos podem ou não ser. O autor afirma que, na falta de precedentes vinculantes sobre o caso, há uma liberdade maior do julgador para decidir utilizando argumentos consequencialistas.⁷⁰ A falta de regras ou princípios que induzam um comportamento mais definido, portanto, deixaria uma liberdade maior para o uso de argumentos fundados em consequências.

Não parece, entretanto, que os argumentos consequencialistas possam ser utilizados apenas em caso de lacunas. Toda decisão, em maior ou menor grau, deve apreciar suas

⁶⁶ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 133.

⁶⁷ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 134.

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 104.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978, p.149 e 150.

⁷⁰ *Idem*, p. 136.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

consequências jurídicas. Apenas há uma liberdade maior para compor a justificação da decisão com argumentos consequencialistas quando a argumentação dedutiva não for substancial.

Manuel Atienza entende que, na teoria de MacCormick, a escolha entre interpretações finais ocorre, ou ao menos pode ocorrer, de acordo com argumentos consequencialistas.⁷¹ Por esse caminho, o argumento consequencialista seria utilizado caso o intérprete já possuía vários sentidos possíveis da norma.

Prakash chega a afirmar que usar o consequencialismo como uma ferramenta de construção de significado seria semelhante à utilização de um martelo sobre um parafuso.⁷² Segundo essa visão, a análise consequencialista não faria parte do processo interpretativo, mas seria apenas um critério de escolha entre as várias interpretações possíveis, argumento com o qual não podemos concordar.

A análise das consequências faz parte do processo interpretativo, assim, pensar de modo consequencialista altera a percepção que se tem sobre o processo dedutivo das normas. O caráter argumentativo do direito, especialmente sob a perspectiva retórica, faz crer que a argumentação dedutiva não é sempre preponderante, e o que pode convencer o magistrado e influenciar no seu processo cognitivo de interpretação pode variar de acordo com a matéria e a forma de exposição dos argumentos pelas partes, mesmo que sob a forma de entimemas, ou raciocínios não completos no sentido lógico.

Não há como separar o processo interpretativo e justificador da norma que incide sobre o caso e o uso de argumentos consequencialistas. Mesmo porque argumentos consequencialistas podem levar o magistrado a buscar outras normas, princípios ou regras, que incidam sobre o caso de forma a resultar nas melhores consequências.⁷³ Não há garantia de que os três requisitos de MacCormick para uma boa fundamentação – coerência, consistência e consequências – sejam pensados em ordem cronológica, e não desenvolvidos aleatoriamente a depender das circunstâncias de cada caso.

Uma dificuldade adicional seria a da avaliação em si. Mesmo que se tenham estabelecido prováveis consequências para uma decisão em vez de outras, como avaliar isso? Existe uma única métrica de avaliação disponível, tal como proposto pelos defensores da "análise econômica do direito", ou quem faz isso só apresenta uma técnica arbitrária para submeter valores incomensuráveis em uma escala de medida?⁷⁴

Nesse caso, as diversas teorias jurídicas que estudam e propõem o consequencialismo também possuem resultados diversos. Cada área do direito na perspectiva da retórica possui argumentos consequencialistas que vão convencer mais ou menos a depender do auditório e dos demais fatores retóricos.

⁷¹ ATIENZA, Manuel. **A Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 151.

⁷² PRAKASH, Saikrishna. **Radicals in Tweed Jackets**: why extreme left-wing Law professors are wrong for America. Columbia Law Review. Vol. 106, N. 8, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40041696>>. Acesso em 1º/2/2012, p. 2.225.

⁷³ Aqui existe uma premissa de que não há apenas uma incidência correta sobre cada caso, mas uma multiplicidade de incidências que podem ser construídas pelo juiz.

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 104.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

A experiência comum sugere, segundo MacCormick, que o maior peso deve ser dado aos resultados na forma de prováveis mudanças de comportamento em relação a decisões novas, quando estas são realmente prováveis. Isso significa que, nessas áreas, é particularmente provável que as pessoas fundamentem suas ações na lei como está previsto por parte dos tribunais.⁷⁵ Uma dessas áreas, segundo MacCormick, seria o Direito Tributário, em que as empresas, os cidadãos de maneira geral e o próprio Estado tenderiam a se conformar às decisões e seguir os precedentes de forma mais intensa que nas demais áreas.

No direito público em geral, se é que essa classificação subsiste, as decisões judiciais tendem a ser reproduzidas pelos cidadãos que estejam em situações semelhantes. Quanto mais especializado o grupo de pessoas que se submete às regras, mais provável que passem a agir conforme as decisões.

O raciocínio é simples. Toda vez que o Supremo Tribunal Federal julga a perda do objeto de uma ação que aprecia a constitucionalidade de uma lei orçamentária porque esta já esgotou o seu período de vigência, o Tribunal deve ter em mente que está condicionando a validade das leis orçamentárias à sua vigência e estimulando a formulação de leis orçamentárias inconstitucionais, pois o seu período de vigência é sempre curto.⁷⁶ Dessa forma, quando o STF julga leis orçamentárias, talvez fosse prudente julgar sua constitucionalidade independentemente de terminado o seu período de vigência, tamanhos os efeitos danosos que essas decisões vêm provocando. Decidir assim, concordando-se ou não com a decisão, seria decidir fundado em argumentos de ordem consequencialista.

Percebe-se que nesse caso a decisão poderia ser fundamentada em princípios e regras constitucionais, como supremacia da Constituição, até mesmo na norma da democracia, tendo em vista que o procedimento democraticamente eleito para a definição de receitas e despesas é a lei orçamentária. Mas o argumento foi construído com premissas fixadas nas consequências. Essa motivação não tem fundamentos extrajurídicos e tende a ser aceita pela comunidade jurídica sem grandes percalços.

Em termos gerais, e especialmente na vertente da necessidade de universalização, a argumentação consequencialista pode ser fundamentada juridicamente nos princípios da Justiça e da Igualdade, pela necessidade de tratamento de casos semelhantes de forma semelhante, de maneira que a justificação dada ao caso presente possa ser utilizada no futuro em casos similares.⁷⁷ Nesse sentido, Luis Fernando Schuartz afirma que o mais racional e juridicamente obrigatório para a aceitação de consequências jurídicas é o princípio da igualdade e a necessidade de consistência entre as decisões.⁷⁸

MacCormick aponta outros argumentos comumente relacionados à análise consequencialista, como o senso comum, justiça, adequação aos princípios jurídicos e de políticas públicas,⁷⁹ e relaciona também a importância de argumentos consequencialistas

⁷⁵ *Idem*, p. 110.

⁷⁶ Sobre o problema da falta de controle nos orçamentos em virtude do seu curto período de vigência, ver: CHRISTOPOULOS, Basile G. C. **Despesa Pública: estrutura, função e controle judicial**. Maceió: Edufal, 2011.

⁷⁷ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978, p.150.

⁷⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

⁷⁹ MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978, p.151.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

em tempos de guerra, já que o tema da segurança nacional normalmente é colocado em raciocínio argumentativo consequencialista.⁸⁰

Além desses, pode-se apontar o argumento baseado na ideia de segurança jurídica. As mudanças constitucionais feitas nos últimos anos no controle de constitucionalidade brasileiro, especificamente no caso da modulação de efeitos, têm como fundamento a segurança jurídica. Nesse sentido, como será visto à frente, modulam-se os efeitos para evitar uma quebra da segurança jurídica, antevendo as consequências que podem causar instabilidade no sistema jurídico.

1.4 O argumento consequencialista jurídico

O referencial no jurista escocês permite distinguir consistentemente argumentos consequencialistas em jurídicos e extrajurídicos; intrajurídicos e extrajurídicos; internos ou externos.

O critério de distinção é o tipo de consequência alegada no argumento. Se a consequência alegada é uma consequência prevista no direito em alguma norma, há o argumento consequencialista jurídico, intrajurídico ou interno; se a consequência prevista no argumento é alheia ao direito, de natureza econômica, sociológica ou de qualquer outra matéria, ter-se-á um argumento consequencialista extrajurídico ou externo. Segundo Luis Fernando Schuartz:

Decisões judiciais têm consequências *extrajurídicas* e *intrajurídicas*. Essas são as consequências que as decisões produzem em termos de restrições ou extensões do espaço *juridicamente aceitável* para *decisões futuras*. Consequências intrajurídicas ocorrem a reboque das *implicações materiais* que se ligam ao *conteúdo semântico* das decisões e dos argumentos firmados como seus fundamentos, *i. e.*, na forma de conclusões de inferências materialmente válidas que incluem as decisões, junto com os argumentos em questão, como suas premissas.⁸¹

À proposta de MacCormick adere a ideia de que argumentos consequencialistas jurídicos estão ligados à noção de universalidade, pois as consequências jurídicas que podem ser previstas pelo juiz são aquelas pertinentes ao *status* jurídico do qual a matéria passará a dispor, servindo de “regra” para as decisões tomadas no futuro pelas pessoas que buscam cumprir o direito.

Uma preocupação menor com a probabilidade de mudança comportamental, visto que seria inviável ao juiz considerar boa parte dessa análise em qualquer questão, e mais um argumento sobre que mensagem jurídica aquela decisão deixa para o sistema, estabelecendo, quando for o caso, por exemplo, um precedente para a questão.

Este trabalho não busca produzir uma teoria “pura” do consequencialismo jurídico, embora a classificação de um argumento como consequencialista extrajurídico ou externo exponha de alguma forma uma crítica a uma atuação judicial. Mesmo porque argumentos consequencialistas dessa natureza podem ser extremamente convincentes e persuasivos, e

⁸⁰ *Idem*, p.134.

⁸¹ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 397.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

não devem ser descartados na análise retórica. Argumentos que tentem especular as repercussões econômicas de uma decisão, como desemprego, por exemplo, podem ser essenciais para entender a justificativa de uma decisão, ainda que fundados em algum artigo constitucional que protege o pleno emprego.

Esse tipo de argumentação é comum e relevante para o direito. No caso do direito tributário há, por exemplo, o argumento do “rombo nos cofres públicos” em ações que julgam tributos inconstitucionais e preveem a repetição do indébito. Nesses casos, o argumento consequencialista externo, como o de dificuldades na atividade financeira do Estado, pode e será expresso em linguagem mais próxima ao direito, utilizando-se muitas das vezes de princípios como a segurança jurídica. É possível levantar no caso um argumento consequencialista jurídico, nos termos propostos por MacCormick, que seria o relacionado à mensagem jurídica de que é possível a cobrança de tributos inconstitucionais, desde que a arrecadação seja suficientemente relevante para o Estado ao ponto de não poder ser repetida. Nesse caso, não se pode descartar como convincente o primeiro argumento.

O argumento consequencialista jurídico, interno ou intrajurídico, portanto, prevê consequências boas ou ruins dentro do contexto normativo. Utilizando um argumento exemplificativo, tem-se um argumento consequencialista jurídico quando uma decisão afirma que a interpretação *x* sobre uma determinada norma poderia levar a um patamar jurídico de restrição ao acesso à justiça pela população. Há nesse exemplo uma formulação baseada nas consequências da decisão, mas consequências que são tuteladas pelo direito, como a norma que garante o acesso à justiça.

Outro exemplo poderia ser dado no mesmo sentido quando se argumenta que a decisão favorável para Constantino servirá de exemplo para outros casos, consistindo em precedente para que outros possam tutelar o mesmo benefício. Verifica-se, portanto, um argumento consequencialista jurídico, pois sua formulação envolve uma consequência prevista no direito, que é a igualdade, entre outras normas.

No caso dos argumentos consequencialistas extrajurídicos, pode-se dar como exemplo a repercussão econômica de uma decisão que declara inconstitucional um determinado tributo sobre a exportação. Poderia o juiz ao decidir o caso argumentar que se declarado inconstitucional o tributo, a economia do país viria a sofrer sérios danos, afetando o mercado interno e os preços praticados.

Outro exemplo de argumento consequencialista extrajurídico seria o de uma decisão sobre a constitucionalidade de novos direitos estendidos às empregadas domésticas fundar sua inconstitucionalidade no risco iminente de desemprego para essa categoria.

Gilmar Mendes amplia e especializa a discussão consequencialista para o debate sobre o uso de fatos em tribunais superiores, como o STF, que a princípio não podem reexaminar fatos dos processos:

A jurisprudência da Suprema Corte é constante ao afirmar que a valoração da prova consubstancia questão de direito, condizente ao valor jurídico da prova ou a sua admissão em face da legislação. Distingue-se, portanto, do reexame da prova, que implica,

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

necessariamente, a reapreciação do conjunto probatório com vistas a concluir-se se foram os fatos bem ou mal analisados.⁸²

Mendes chama a abordagem consequencialista de análise de eventos futuros ou de prognoses, e afirma que “a legitimidade ou a ilegitimidade de uma dada lei depende da confirmação de um prognóstico fixado pelo legislador ou da provável verificação de um determinado evento”.⁸³ No mesmo sentido, Lenio Streck defende que leis que levem a resultados ruins não devem ser produzidas, e que essas consequências ou prognoses estão no espaço de controle do Judiciário.⁸⁴

Nos casos expostos sobre a Corte alemã, os resultados previstos pelo legislador eram confrontados com os fatos previsíveis pela Corte, que se utilizava de peritos, dados estatísticos e documentos históricos para declarar a sua inconstitucionalidade.

Num dos casos citados por Gilmar Mendes, o Tribunal decidiu sobre uma norma que estabelecia um processo de admissão de dentistas, com vagas estabelecidas, restringindo a prática profissional. Justificava o governo naquela situação que havia um perigo na habilitação ilimitada de profissionais junto às caixas de assistência, o que levaria à redução dos rendimentos dos dentistas. Ao analisar os fatos, a Corte percebeu que naquele ano de 1959, 98% dos dentistas já estavam filiados a algum tipo de caixa de assistência, e que o livre acesso, portanto, não causaria nenhum dos problemas apontados pelo governo para restringir o direito fundamental do livre exercício da profissão.⁸⁵

Trazendo a discussão para o Brasil, poder-se-ia especular, por exemplo, no caso da arguição da inconstitucionalidade do exame da OAB como requisito ao exercício da advocacia, que o principal argumento favorável ao exame seria justamente o equilíbrio da oferta de mão de obra advocatícia, pois sem ele haveria uma enxurrada de novos profissionais, assim como no caso dos dentistas na Alemanha. Veja-se que a proposta de Gilmar Mendes de análise de prognoses está mais ligada a um controle judicial das consequências de uma norma debatida pelo Legislativo e Executivo do que propriamente a uma análise das consequências jurídicas das decisões.

Foram lançadas no início do artigo algumas divergências em torno do consequencialismo no direito, que seriam: **i)** se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis; **ii)** se argumentos consequencialistas podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, quando, por exemplo, há uma regra específica tratando da matéria; **iii)** no conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, quais devem prevalecer; **iv)** que tipo de argumento consequencialista pode ser considerado no direito (apenas consequências jurídicas podem

⁸² MENDES, Gilmar. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, in RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **Perspectivas de Reformas da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 176.

⁸³ *Idem*, p. 160.

⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 708.

⁸⁵ MENDES, Gilmar. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, in RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **Perspectivas de Reformas da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163 e 164.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

ser consideradas ou também consequências econômicas, sociais etc.); **v)** como aferir o peso das consequências para cada caso (e a questão da capacidade do juiz para decidir sobre tais pesos). E agora, por fim, estabelecer-se-á onde nos firmamos diante dessas divergências.

Sobre os pontos **(i)** e **(ii)**, se argumentos consequencialistas devem ser usados em qualquer decisão ou apenas em casos difíceis, e se argumentos consequencialistas podem ser usados apenas quando não há normas tratando do caso, entendemos que devem ser usados em todas as decisões. Como dito no tópico anterior, pensar de modo consequencialista altera a percepção que se tem sobre o processo dedutivo das normas. O caráter argumentativo do direito, especialmente sob a perspectiva retórica, faz crer que a argumentação dedutiva não é sempre preponderante e o que pode convencer o magistrado e influenciar no seu processo cognitivo de interpretação varia de acordo com a matéria e a forma de exposição dos argumentos pelas partes – mesmo que sob a forma de entimemas, ou raciocínios não completos no sentido lógico – não sendo possível separar o processo interpretativo e justificador da norma incidente sobre o caso do uso de argumentos consequencialistas. Todas as decisões devem, nesse sentido, cumprir os três requisitos de uma boa fundamentação postos por MacCormick – coerência, consistência e consequências –, de forma que as consequências jurídicas devem sempre ser avaliadas.

Sobre o ponto **(iii)**, pertinente ao conflito entre argumentos consequencialistas e argumentos deontológicos, não se pode dizer exatamente que argumentos deontológicos devem prevalecer sempre, sem correr o risco de simplificar exageradamente a justificação racional de uma decisão. Isto é, caso se parta da premissa de que o argumento consequencialista influencia o processo de criação da norma (judicial) e todas as decisões devem almejar, ao menos, não produzir efeitos nefastos para o ordenamento, não há problema no fato de que, eventualmente, argumentos consequencialistas prevaleçam numa decisão judicial. Muito embora, especialmente na realidade brasileira, seja mais adequado para o convencimento da decisão que ela se apoie claramente em argumentos deontológicos, que são, em geral, mais aceitos por todos os juristas.

Talvez o ponto **(iv)** seja o mais difícil de definir, sobre o limite entre o consequencialismo jurídico e o argumento consequencialista de cunho econômico ou social. Do ponto de vista retórico, é possível especular que argumentos consequencialistas de cunho econômico são menos convincentes do que argumentos consequencialistas jurídicos. Embora haja no Brasil alguns defensores da análise econômica do direito,⁸⁶ quando se classifica um argumento como econômico certamente há uma perda da força para o convencimento. Especulando além do rótulo, o uso de argumentos consequencialistas de cunho econômico é comum, como o argumento de que a decisão inibiria investimentos estrangeiros, geraria desemprego etc., mas ainda assim é visto com reservas por boa parte dos autores.

Pode-se aqui ir além da proposta de Neil MacCormick e reconhecer um tipo de consequencialismo não expressamente aceito pelo autor escocês. Ter-se-ia como consequência jurídica – além de se prever a mensagem jurídica emanada da norma, isto é, o *status* jurídico provocado pela decisão no ordenamento como se ela fosse uma norma geral, ou melhor, um precedente para as ações humanas – a possibilidade de classificar como consequência jurídica as consequências econômicas e sociais que efetivamente são previsíveis e repercutem sobre o fato analisado, desde que protegidas por normas jurídicas.

⁸⁶ Entre eles: CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

No segundo caso, o típico consequencialismo jurídico é o previsto no mecanismo do controle de constitucionalidade que será exposto na segunda parte do trabalho, acerca da modulação de efeitos. Nesse exemplo, ainda mais forte que qualquer outro, o ordenamento jurídico brasileiro autoriza que o juiz ou o tribunal restrinja a produção de eficácia da norma desde que estejam ameaçados os valores juridicamente protegidos da segurança jurídica, ou do que a lei chama de “excepcional interesse social”. Claramente há um instrumento a autorizar a análise puramente consequencialista, pois investiga as consequências previsíveis da decisão para alterar a aplicação da incidência da norma jurídica sobre o caso a critério do juiz. Ou seja, a norma dá liberdade para modular para frente, ou para trás, desde que cotejados tais conceitos jurídicos indeterminados.

Outro ponto central e complexo é o da aferição dos pesos de argumentos consequencialistas. Pode-se buscar a objetividade e criar um sistema onde seja possível aferir quanto cada consequência seria pesada pelo juiz em cada caso. Tal esforço seria, no entanto, provavelmente inútil. Mas é possível pensar que, fortalecida a jurisprudência como “fonte do direito”,⁸⁷ critérios possam ser criados pela reiteração de decisões, estabelecendo precedentes de como cada consequência pode e deve ser avaliada, sendo infrutífero nesse momento tratar genericamente de fórmulas universais para tal análise.

Conclusão

O objetivo do artigo é o de propor a argumentação consequencialista no direito brasileiro, expondo suas características e limites.

Para tanto, expôs os sentidos de consequencialismo, com referencial teórico no consequencialismo jurídico do autor Neil MacCormick.

Viu-se que a argumentação consequencialista já é desenvolvida no Brasil, e defendeu-se que ela é essencial para uma boa argumentação, na esteira de MacCormick.

Fez-se a diferenciação entre argumentos consequencialistas de natureza jurídica e outros de natureza econômica social.

Mostrou-se enfim a possibilidade de construir uma argumentação consequencialista adequada ao sistema jurídico brasileiro, defendendo a possibilidade de se argumentar sobre os efeitos jurídicos da decisão.

Referências

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3ª ed. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 119.

BILLIER, Jean-Cassien & MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005, p. 405.

⁸⁷ No sentido usual, sem entrar no mérito da grande discussão de serem ou não fontes do direito a jurisprudência e doutrina. Sobre o assunto, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: linguagem e método. 3ª ed. Noeses: São Paulo, 2009, p. 413 e ss.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

BUSTAMANTE, Thomas da R. de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 17.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHRISTOPOULOS, Basile G. C. **Despesa Pública**: estrutura, função e controle judicial. Maceió: Edufal, 2011.

HURLEY, Paul. **Beyond Consequentialism**. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 10.

MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978.

_____. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar. Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, *in* RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de (Coord.). **Perspectivas de Reformas da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 163 e 164.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Argumentação Consequencialista na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in* SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 974 e 975.

PISCITELLI, Tathiane dos Santos. Interpretação e Justificação no Direito: o requisito da coerência, *in* SOUZA, Priscila de. **Sistema Tributário Brasileiro e Crise Atual**. VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2009, p. 990.

POSNER, Richard. **Law, Pragmatism, and Democracy**. Cambridge/London: Harvard University Press, 2003, p. 82.

PRAKASH, Saikrishna. **Radicals in Tweed Jackets**: why extreme left-wing Law professors are wrong for America. *Columbia Law Review*. Vol. 106, N. 8, 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40041696>>. Acesso em 1º/2/2012, p. 2.225.

SCHEFFLER, Samuel. From the Rejection of Consequentialism, *in* DARWALL, Stephen (org.). **Consequentialism**. Oxford: Blackwell Publishing, 2003, p. 109.

Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL. V. 6, N. 3 (2015). Constitucionalização dos direitos no Brasil, pp: 4-27. ISSN 2237-2261 (versão eletrônica) 1809-1873 (versão impressa). Submetido em 30/09/2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem, *in* MACEDO JR, Ronaldo Porto & BARBIERI, Catarina H. Cortada. **Direito e Interpretação**: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383 e 384.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 708.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. Trad. Maria Ermantina de A. P. Galvão. São Paulo, 2005, p 557.