

## Argumentos Consequencialistas: Legitimidade ou Arbitrariedade?

### Consequentialism Arguments: Legitimacy or Arbitrariness?

**DANIELA COPETTI CRAVO**

Mestre e Doutoranda em **Direito** pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

**RESUMO:** *Um assunto muito em voga atualmente é a utilização de argumentos consequencialistas na interpretação jurídica. Esse assunto desperta interesse e promove discussões acaloradas, não apenas pela dificuldade prática inerente a esses argumentos quando da sua aplicação, mas principalmente pelo risco que representam ao Estado Democrático de **Direito** e à separação de poderes. Apesar disso, acreditamos que ignorar as consequências no momento decisório não seja a solução que gere melhores externalidades ao desenvolvimento das instituições e ao **Direito**. Dessa forma, na luta por uma harmonia entre os argumentos consequencialistas e a dogmática jurídica, o trabalho busca afastar a valoração per se de subsidiariedade dos argumentos consequencialistas, a fim de verificar uma possível institucionalização desses.*

**PALAVRAS-CHAVE:** *Interpretação; argumentos consequencialistas; institucionalização.*

**ABSTRACT:** *A subject much in vogue today is the use of consequentialist arguments in legal interpretation. This issue arouses interest and promotes lively discussions, not only by the practical difficulties inherent in these arguments when they are applied, but mostly for the risk they represent to the democratic rule of law and the separation of powers.*

*Nevertheless, we believe that ignoring the consequences in the decision making time is not the solution that generates the best externalities to the development of institutions and law. Thus, in the struggle for harmony between the consequentialist arguments and legal dogmatics, the work seeks to exclude the valuation per se of the subsidiarity of consequentialist arguments in order to verify a possible institutionalization of these.*

**KEYWORDS:** *Interpretation; consequentialist arguments; institutionalization.*

**SUMÁRIO:** [Introdução](#); [1 Consequencialismo](#); [2 Problemática](#); [3 Possível institucionalização?](#); [Considerações finais](#); [Referências](#).

### INTRODUÇÃO

Ignorar que decisões judiciais possuem sim consequências que refletem no campo social, econômico e político do País é negar uma realidade latente, e sobre isso não há dúvidas. A questão se torna mais acalorada e tumultuada, por outro lado, quando se põe em pauta se os juízes devem ou não levar em consideração essas consequências quando forem decidir.

Tal problemática recebe ainda mais saliência pelo papel que o Poder Judiciário passa a assumir. Esse se tornou a instância decisória final, em grande parte pelo descrédito depositado nas outras instituições, servindo de arena às disputas políticas, econômicas e sociais. É também em decorrência disso que vão surgindo novos atores nos processos judiciais, bem representados pela figura do *amicus curiae*.

Apenas para melhor exemplificar, citamos o surto midiático do qual o Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, foi objeto. Isso decorre, evidentemente, das decisões sensíveis à sociedade tomadas por esse órgão, tais como demarcação de terra indígena, interrupção de gravidez de feto anencéfalo, cotas nas universidades, união homoafetiva e recorrentes casos de corrupção.

Nessa senda, emerge a dúvida sobre o peso que pode ser dado às consequências em tais decisões. Uma resposta a essa indagação, possivelmente, não fica adstrita à matéria de interpretação e de argumentação jurídica.

O debate evolui e põe em pauta o papel de cada instituição, em uma clássica discussão acerca do Estado Democrático de **Direito** e da separação de poderes. Longe de tentar dar uma resposta a essa problemática, busca-se verificar a possibilidade de uma harmonização entre a dogmática jurídica e os argumentos consequencialistas. A possível institucionalização dos argumentos consequencialistas, afastando a sua subsidiariedade *per se*, constitui, destarte, o âmago do presente estudo.

## 1 CONSEQUENCIALISMO

O consequencialismo possui uma conceituação bastante ampla e muitas vezes está associado a certos posicionamentos ideológicos. Transportado para a ciência do **Direito**, ele pode ser entendido como todo programa teórico ou atitude que se proponha a condicionar, explícita ou implicitamente, a adequação jurídica de determinada decisão à valorização de suas consequências.

Veja que da forma como foi exposto anteriormente, a ponderação das consequências na decisão pode englobar uma variedade infinita de considerações. Inevitavelmente, emerge a dúvida: o que considerar como consequência?

Deveras, se o conceito é amplo e abrange toda a forma de consequências, poderíamos aqui mencionar que até mesmo o aplicador do **Direito** mais conservador e formalista seria um consequencialista. Dessa forma, divergindo do que coloca Ricardo Luis Lorenzetti <sup>1</sup> acerca do juiz formalista e do juiz consequencialista, o primeiro seria, também, um consequencialista ao entender que a não observância estrita à norma geraria consequências sistêmicas e externalidades negativas, desestimulando o *compliance*, seja com relação às instituições, seja aos cidadãos, tendo em vista o precedente que seria aberto.

Destarte, apesar de os estudos sobre o consequencialismo estarem na maioria das vezes relacionados a valores de cunho econômico e político, o conceito aqui explorado abrange todas as consequências, isto é, extra e intrajurídicas, reais e legais, relacionadas às partes de determinada lide e às demais pessoas que serão afetadas por reflexo.

A respeito desse grande espectro dos argumentos consequencialistas, Sylvie Salles <sup>2</sup>, em seu estudo sobre a presença do argumento consequencialista nas deliberações do Conselho Constitucional Francês, bem enuncia:

*De plus, le spectre d'intérêt de l'argument conséquentialiste est large: il s'intéresse, tant à la gravité des effets politiques de la décision du Conseil, qu'à la prise en compte de la réaction que suscitera la décision auprès de l'opinion publique. Dès lors, seule une analyse qualitative, menée au cas par cas, permet de déterminer la nature formelle de l'argument conséquentialiste.* <sup>3</sup>

Nessa linha de raciocínio, precisamos frisar que preferimos o termo "consequencialismo" do que o "pragmatismo", isto é, argumentos práticos, uma vez que este pode abranger tanto questões de ordem consequencialista propriamente dita, quanto questões do contexto da realidade. A fim de melhor elucidar essa distinção, citamos o exemplo de Diego Arguelles <sup>4</sup>:

Pense-se, por exemplo, na discussão em torno da constitucionalidade do valor do salário mínimo, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1458 MC/DF. Por um lado, é possível formular o argumento prático segundo o qual seria impossível, dadas as condições econômicas do país, estabelecer um salário mínimo capaz de atender a todas as exigências do Art. 7, IV; por outro, seria igualmente possível fornecer um argumento diferente, segundo o qual a fixação do salário mínimo em um valor apto a atender às exigências do Art. 7 teria como consequência a quebra e o desemprego.

Feitas essas considerações preliminares, cabe aqui tecermos algumas linhas acerca dos fundamentos do consequencialismo, que serviram de base para muitas teorias bastante difundidas atualmente. Primeiramente, precisamos fazer menção ao utilitarismo, desenvolvido por Jeremy Bentham <sup>5</sup>.

Tal corrente filosófica possui como máxima a satisfação individual, através da maximização da felicidade, tendo como enfoque a utilidade. A grande crítica que emerge desse paradigma refere-se ao desrespeito a questões individuais, das minorias e de quantificação de certos valores.

Michael Sandel <sup>6</sup> bem simplifica: "*Jeremy Bentham's (1748-1832) principle of utility is open to the objection that it may well sacrifice the rights of the minority for the sake of the happiness of the majority*"<sup>7</sup>. Buscando rebater as inevitáveis críticas lançadas ao utilitarismo, ganha destaque os esforços de John Stuart Mill.

A esse respeito, Michael Sandel <sup>8</sup> observa:

*John Stuart Mill (1806-1873), himself a utilitarian, sought to rescue utilitarianism from this and other objections. In his essay Utilitarianism, Mill argues that respect for individuals rights as "the most sacred and binding part of morality" is compatible with the idea that justice rests ultimately on utilitarian considerations. But is Mill right to be confident? Can the principle of utility support the notion that some rights should be upheld even if doing so makes the majority very unhappy?*<sup>9</sup>

Assim, John Stuart Mill tenta, em uma difícil missão, aperfeiçoar os fundamentos do utilitarismo, principalmente nos seus pontos mais sensíveis. Em um momento posterior, na construção das bases dos argumentos consequencialistas aplicáveis à interpretação jurídica, temos o desenvolvimento do pragmatismo de Oliver Holmes, estampado em sua obra *The Path of the Law*<sup>10</sup>.

A essência desse pragmatismo era se contrapor ao formalismo. Compreendia que o **Direito** não decorreria de conceitos lógicos e formais, mas sim da própria experiência prática do **Direito** e de suas possíveis transformações.

É desse contexto que surge a concepção de que os homens cumprem as leis quando assim acham mais conveniente e não pelas consequências ou imperatividade dessas. Essa é a razão pela qual Holmes, segundo Thomas C. Grey <sup>11</sup>, é considerado um "darwinista social", por ter analisado o **Direito** a partir da perspectiva do *bad man*.

Na sequência do desenvolvimento das teorias consequencialistas, destacamos o Realismo Jurídico, na década de 20, o qual sofreu influências da perspectiva sociológica do **Direito**. Michel Troper <sup>12</sup> leciona que o Realismo Jurídico é um conjunto de teses sobre a natureza ou o modo de operação da lei, de forma que a validade das decisões judiciais não dependem de sua conformidade com a lógica ou com a ideia de que a interpretação é uma função não do conhecimento, mas da vontade.

Há quem sustente que o Realismo Jurídico teria criado um ambiente propício para o desenvolvimento da famosa Análise Econômica do **Direito** (*Law and Economics*). Apesar das controvérsias a esse respeito, **certo** é que a Análise Econômica do **Direito** teria no mínimo se apoiado no Realismo Jurídico no que toca à crítica ao formalismo.

Alega-se, por outro lado, que a Análise Econômica do **Direito** teve como impulso as pesquisas desenvolvidas por Ronald Coase <sup>13</sup>, na elaboração e defesa de uma Nova Economia Institucional. De qualquer sorte, o que se busca defender é que a Análise Econômica do **Direito**, como apontam Cristiano Carvalho e Ely Mattos <sup>14</sup>, também possui como pilar o consequencialismo.

Essa metodologia de análise do **Direito** surgiu na Escola de Chicago, no contexto do Antitruste, tendo como precursor Aaron Director. Além de ser estendida a outros ramos do **Direito**, essa vem sendo difundida não só nos países de *commom law*, mas também no mundo todo, inclusive no Brasil.

Bruno Salama <sup>15</sup>, sinteticamente, descreve como ocorreu a disseminação dessa abordagem multidisciplinar:

O **Direito** e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado. Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de **Direito** Continental, inclusive no Brasil.

Richard Posner, em decorrência de sua obra *Economic Analysis of Law*<sup>16</sup>, é considerado o mais notável advogado da Análise Econômica do **Direito**. Essa consiste em utilizar métodos próprios da Economia para solução de problemas jurídicos, segundo informam Luciano Timm e Manoel Neubarth<sup>17</sup>.

A Análise Econômica do **Direito** é dividida em análise positiva e análise normativa. Ivo Gico Jr.<sup>18</sup> explica que a primeira se refere às consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra, e a segunda diz respeito à investigação de qual regra jurídica deveria ser adotada.

Em última análise, constata-se a grande amplitude conceitual do consequencialismo e seus fundamentos, ramificados em diferentes vertentes teóricas. Diante de tal contexto, é inevitável a emergência de questões acerca da insegurança jurídica e do desrespeito à separação dos poderes, que podem surgir com a aplicação do consequencialismo.

## 2 PROBLEMÁTICA

A valoração das consequências para resolução de um caso concreto pode ser bastante arbitrária e é defendida por todos os tipos de interesses, seja pelos mais conservadores, seja pelos mais progressistas. Além disso, surgem posicionamentos contraditórios no debate jurídico por aqueles que, por um lado, criticam decisões do Poder Judiciário envolvendo a implementação de políticas públicas e, por outro, defendem o sopesamento de consequências com apoio na ciência econômica.

Neste diapasão, impossível não indagar: mas caberia ao Judiciário verificar as consequências? Será que uma posição como essa não colocaria em vulnerabilidade a separação dos poderes, estampada constitucionalmente?

Veja-se, dessa forma, a importância que o estudo merece. Os argumentos consequencialistas, quando não bem estruturados em uma teoria clara e legítima, acabam servindo como uma válvula de escape, chancelando quaisquer preferências individuais do aplicador do **Direito**.

Evidente que não se pretende argumentar que qualquer quê de subjetivo deva ser extirpado da argumentação. Humberto Ávila<sup>19</sup> ilustra que o subjetivo é inevitável, mas esse, em respeito ao Estado Democrático de **Direito**, deve ser visível, permitindo, ao auditório, a possibilidade de controle.

Nessa linha de raciocínio, estampamos a preocupação de que o consequencialismo, fora dos limites institucionais, acabe se apropriando do **Direito**. Não se pode admitir que qualquer consequência, por certas vezes até incompatível com o que foi preconizado pela nossa Constituição, seja utilizada como justificativa para apartar ou restringir valores escolhidos democrática e legitimamente pelo legislador.

Assim, o grande alerta que se lança ao consequencialismo é que esse pode ser utilizado como um Cavalos de Tróia <sup>20</sup>, ignorando os próprios limites do **Direito**. Ademais, o foco central da discussão reflete no princípio republicano que institui a representatividade com responsabilidade.

O poder, conforme colocado em nossa Constituição, será exercido pelos representantes do povo, e os parlamentares, a quem cabe sopesar as consequências da lei, atuam por meio do procedimento legislativo. Como poderiam, então, os juizes (que não possuem a representatividade democrática para avaliar as consequências e nessas basear suas decisões) exercer um papel ativista, disfarçado no manto dos argumentos consequencialistas?

Luis Fernando Schuartz <sup>21</sup> muito se dedicou à utilização dos argumentos consequencialistas na interpretação jurídica. Em seus consistentes estudos sobre o tema, esse chegou a concluir que onde há fortemente a militância do consequencialismo, há, por conseguinte, uma intensa fragilidade das construções dogmáticas. Nesses ambientes, claramente se observa que qualquer justificativa pode embasar uma decisão: desde a cópia fiel de doutrinas estrangeiras, visões do mundo, até teorias científicas, filosóficas e poéticas.

Seguindo os estudos de Luis Fernando Schuartz <sup>22</sup>, pode-se dizer que a defesa de um consequencialismo sem limites nada mais é que um romance, que vê a figura do juiz como um exemplar visionário. Esse, experimentalmente, lança-se em direção a um futuro incerto, disposto a escolher aquela decisão que seria a melhor para o bem-estar da sociedade.

Um consequencialismo sem rigor e parâmetros faz emergir perigos, que se concretizam em equívocos. Tal situação decorre principalmente da dificuldade de os juizes preverem o futuro.

Neil Maccormick <sup>23</sup> pondera esse problema, ao tentar desenvolver um consequencialismo mitigado, já que não se pode esquecer a dificuldade que é medir determinadas consequências, especialmente se levamos em consideração a assimetria de informação.

O Ministro do STF Marco Aurélio, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 565089 <sup>24</sup>, frisa essa dificuldade lançada aos juízes:

O pragmatismo jurídico leva a considerar as consequências práticas da decisão judicial, lançando o magistrado em posição que não lhe é confortável. Ao reconhecer-lhe a condição de agente político no sentido estrito do termo, retira o juiz do hábitat natural e o põe na função de legislador, para que tome a decisão com fundamento na antecipação hipotética de resultados.

Postas essas dificuldades e complicações inerentes ao consequencialismo, não poderíamos deixar de tomar nota das espécies de consequencialismo e suas vicissitudes. Para tanto, lançamos mão da terminologia e da conceituação utilizadas por Luis Fernando Schuartz <sup>25</sup>.

O pragmatismo festivo é caracterizado por aqueles que desprezam os meios convencionais de solução dos problemas jurídicos, lecionados nas faculdades de **Direito** e aplicados usualmente pelos profissionais. Trata-se de um clamor pela doutrina norte-americana de Análise Econômica do **Direito**, que acaba sendo transportada para a realidade brasileira de uma maneira superficial e, por certas vezes, seletiva.

O pragmatismo militante, por sua vez, é bem representado por aqueles que utilizam a ponderação desenfreada dos princípios, a fim de alcançar as consequências desejadas. A propósito, essa técnica de "pular" diretamente à Constituição, ignorando as Leis, vem conduzindo, conforme Humberto Ávila <sup>26</sup>, um antiescalonamento normativo, de um lado, e, de outro, a perda da importância da Lei para uma aplicação quase que exclusiva dos princípios.

Os juízes justiceiros podem muito bem ser identificados nesses casos. Esses, por simpatia à determinada doutrina econômica e ideológica, acabam fraquejando no seu mister, substituindo os demais poderes públicos.



O mais maléfico dos pragmatismos, sem dúvida, segundo Luis Fernando Schuartz <sup>27</sup>, é o pragmatismo sofisticado, apelidado de "malandro". O malandro, diante de seus profundos conhecimentos técnicos, consegue reconstruir os elementos da argumentação, de forma que esses fiquem favoráveis à decisão que se pretende chegar, sem perfurar a moldura da dogmática.

A comunidade jurídica espera um posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito dos argumentos pragmáticos, especialmente ao analisar os processos que envolvem os planos econômicos, tais como Collor I e II, Bresser e Verão. No entanto, podemos notar a recusa do Supremo Tribunal Federal de ser visto como um órgão de apoio ao Poder Executivo, fazendo malabarismos técnicos para salvar as finanças daquele.

Tal posicionamento foi adotado pelo Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Faria Mello no Recurso Extraordinário nº 565089 <sup>28</sup>, que versou sobre a falta de revisão geral anual dos servidores públicos do Estado de São Paulo. O Relator consignou que não se pode impor o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas. Cabe aos poderes constituídos agir com responsabilidade, e não simplesmente jogar para o Supremo o ônus de impedir que as promessas políticas inconsequentes tornem-se realidades desastrosas.

Apesar de toda essa problemática, inerente à utilização dos argumentos consequencialistas na interpretação jurídica, buscar ignorar a existência das consequências nas decisões judiciais é negar uma realidade latente. Sylvie Salles <sup>29</sup> bem destaca que, ao observamos cuidadosamente a presença do argumento consequencialista em deliberações, esse é indiscutivelmente aparente nas amostras.

Assim, o desafio que nos recai é verificar a possibilidade de uma conciliação entre os argumentos consequencialistas e a dogmática jurídica.

### 3 POSSÍVEL INSTITUCIONALIZAÇÃO?

A análise acerca da valoração dada às consequências na argumentação jurídica é apenas a ponta do *iceberg*, isto é, simplesmente a "ponta" de um problema muito maior. Trata-se da delimitação do papel que cabe ao Poder Judiciário em um Estado Democrático de **Direito** .

É, em decorrência disso, que se pode sustentar que os juízes devem abster-se de ponderar as consequências de suas decisões. No entanto, não podemos concordar que essa seja a solução mais benéfica e que gere melhores externalidades ao desenvolvimento do **Direito** e das instituições, pois, conforme assinalado anteriormente, as decisões possuem sim consequências e essas, muitas vezes, podem ser bastante gravosas.

Claro que isso não significa que as consequências devam ser utilizadas para velar decisões parciais e tendenciosas. Até mesmo para evitar a utilização simulada de certos instrumentos da caixa de ferramentas fornecidas ao aplicador do **Direito** é que os argumentos não possuem o mesmo peso na interpretação e na tomada de decisões.

Leciona Humberto Ávila <sup>30</sup> que os argumentos devem ser valorados de acordo com ordenamento jurídico. Nesse sentido, caso os argumentos sejam identificáveis segundo um critério formal e objetivo, o argumento será institucional, referenciando o papel específico do juiz em um Estado Democrático de **Direito** e possibilitando o controle intersubjetivo da argumentação, isto é, oferecendo ao auditório um fundamento que possa ser objetivamente reconhecido.

Por terem uma maior capacidade de objetivação, esses argumentos, em uma escala de hierarquização, estariam acima dos não institucionais, os práticos, que incluem questões políticas, sociais e econômicas. Para Humberto Ávila <sup>31</sup>, seria nesse último em que os argumentos consequencialistas estariam localizados, já que esses fazem apelo a qualquer outro elemento que não ao próprio ordenamento jurídico.

Como conclusão do posicionamento posto anteriormente, podemos identificar um consequencialismo subsidiário, em que os argumentos dessa natureza são apenas aplicados em *ultima ratio*. É evidente que não há como se sustentar o oposto a esse consequencialismo, ou seja, o consequencialismo forte, que dá aos argumentos consequencialistas caráter exclusivo, em detrimento dos institucionais. No entanto, será que não poderíamos afastar essa valoração *per se* de subsidiariedade dos argumentos consequencialistas? Haveria possibilidade de os argumentos consequencialistas serem institucionalizados?

Como marco referencial, trazemos o pensamento Neil Maccormick <sup>32</sup>, que rejeita extremos com relação ao consequencialismo e busca desenvolver uma posição intermediária. Na tentativa de desenvolver esse consequencialismo mitigado, Neil Maccormick <sup>33</sup> enfrenta muitos problemas.

Primeiro com relação à extensão das consequências, ou seja, sua esfera de abrangência. Segundo, com relação à mensuração das consequências, que sequer para economistas é uma tarefa fácil, como bem podemos observar nos casos envolvendo o **Direito** da Concorrência.

Destarte, como se pode inferir do pensamento de Neil Maccormick <sup>34</sup>, a melhor alternativa seria identificar quais seriam os comportamentos permitidos e quais não. Perceba-se, dessa forma, que os requisitos de objetividade da decisão que leva em consideração as consequências estariam determinados e limitados no próprio ramo específico do **Direito**, ao qual a decisão está relacionada.

Diego Werneck Arguelhes <sup>35</sup> enfrenta esta problemática buscando demonstrar de que forma um argumento que retira sua força de uma avaliação das consequências pode ser compatibilizado com a ideia de Estado de **Direito**. Dessa forma, Diego Werneck Arguelhes <sup>36</sup> busca responder a seguinte pergunta: a construção de argumentos consequencialistas pode ser entendida como uma forma válida de obediência às normas jurídicas?

Nessa linha de raciocínio, Diego Werneck Arguelhes <sup>37</sup> identifica na finalidade da lei a institucionalização do consequencialismo. A avaliação do consequencialismo, portanto, possibilitaria a promoção do estado de coisas cuja consecução o ordenamento teria instituído como obrigatória.

Veja-se que, por possibilitar, pois, a promoção do estado de coisas que foi elevado como meta no ordenamento jurídico, o consequencialismo pode passar a ser visto como um instrumento de auxílio e complementação da interpretação teleológica. Dessa forma, o mesmo poderia ser valorado como um argumento institucional.

Diego Werneck Arguelhes <sup>38</sup>, a fim de elucidar a questão, colaciona o julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328-7/SP <sup>39</sup>. Conforme esse relata, o Estado de São Paulo argumentava que a atribuição conferida pelo art. 68 do Código de Processo Penal, qual seja a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação na esfera cível para a reparação *ex delicto*, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Assim, sustentava-se que a função de representação judicial de pessoas com baixa renda teria sido atribuída pelo Constituinte a uma instituição específica, a Defensoria Pública. Durante o julgamento, os Ministros evoluíram para uma investigação acerca das consequências decorrentes da interpretação que entenderia pela não recepção do art. 68 do Código de Processo Penal.

Tal avaliação das consequências pode ser constatada no voto do Ministro Néri da Silveira [40](#).

Se o art. 68 do Código de Processo Penal, que é norma anterior ao sistema da Constituição de 1988, prevê que, "quando o titular do **direito** à reparação do dano for pobre, a execução da sentença condenatória" será requerida "pelo Ministério Público", não me parece que, a esta altura, em face do art. 134, parágrafo único da Constituição, ao afirmar que o Ministério Público não deve mais dar assistência judiciária aos pobres, poderá a Corte assentar decisão de consequência contrária ao espírito da própria Constituição, pois ela quer que os necessitados tenham assistência jurídica e judiciária pelo Estado.

Diego Werneck Arguelles [41](#), ao analisar o mencionado precedente, conclui que a decisão no sentido pela não recepção do referido artigo acarretaria um estado de coisas no qual os pobres não teriam o seu acesso à justiça garantido, o que iria de encontro aos fins buscados pela Constituição Federal. Nesse sentido, Diego Werneck Arguelles [42](#) arremata: "Neste caso, portanto, o argumento consequencialista do Ministro Néri da Silveira esclareceu a conexão sistemática entre as normas que instituem o Ministério Público, de um lado, e o princípio constitucional da prestação de assistência jurídica gratuita aos que dela necessitarem, de outro".

Portanto, quando falamos na finalidade da Lei, por meio de uma interpretação teleológica, é onde podemos verificar a institucionalização do consequencialismo. A valoração das consequências serviria de ferramenta para a identificação da interpretação que mais se aproxima do estado de coisas eleito pela norma, auxiliando, pois, na promoção desse.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A essência dos argumentos consequencialistas é por si só complexa e pode englobar uma variedade infinita de considerações. Diante das dificuldades que lhes são inerentes - não só em relação à sua extensão, mas também à sua mensuração, já que prever o futuro é algo que foge da competência técnica dos juízes -, a valoração dada às consequências nas decisões é bastante flexível, dando ensejo a arbitrariedades e subjetivismo.

Como confirmação disso, podemos verificar a defesa das consequências com viés tanto progressista quanto conservador. Outras vezes, deparamo-nos com aqueles que criticam a implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, mas, por outro lado, defendem o sopesamento de consequências com apoio na ciência econômica.

Assim, a discussão sobre os argumentos consequencialistas, além de identificar esses perigos ao Estado Democrático de **Direito**, evolui para debates antigos e acalorados sobre ativismo judicial e separação de poderes. Cabe ao Judiciário verificar as consequências em suas decisões? Teria o juiz *representatividade democrática e legitimidade para tanto*?

Longe de dar uma resposta a perguntas desse nível, o estudo buscou verificar como os argumentos consequencialistas podem ser utilizados na interpretação jurídica, de uma maneira legítima e não arbitrária. Buscou-se não se limitar à defesa do consequencialismo subsidiário, mas sim ver a possibilidade de sua institucionalização.

Na luta por uma harmonia entre argumentos consequencialistas e a dogmática jurídica, já que partimos do pressuposto de que ignorar as consequências nas decisões judiciais é negar uma realidade latente, afastou-se, em primeiro momento, a valoração *per se* de subsidiariedade dos argumentos consequencialistas. Assim, em um segundo momento, defendeu-se que a utilização dos argumentos consequencialistas seria institucional na medida em que esses estariam incluídos dentro da interpretação teleológica.

A valoração das consequências serviria, então, como um indicador ao intérprete. Ou seja, a partir dos argumentos consequencialistas seria possível verificar se a interpretação adotada pelo aplicador do **Direito** seria aquela alinhada à promoção do estado de coisas visado pela norma.

Ressalva-se, evidentemente, que essa utilização das consequências na defesa da finalidade elegida pela Lei não pode ser desmedida. A interpretação finalística, que se apoia no consequencialismo, não é ilimitada, estando subordinada, em última análise, aos argumentos imanentes ao sistema jurídico, tais como os linguísticos e os sistemáticos.

## REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego. Argumentação consequencialista e estado de **direito**: subsídios para uma compatibilização. XIV Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, 2005.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 19, p. 157, 2001.

\_\_\_\_\_. Interpretación de Las Leyes. In: MATUS, Jean Pierre (Org.). *250 Años Después: Dei Delitti e Delle Pene*. Buenos Aires: Euros, v. 1, 2011, p. 61-70.

BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. New York: Prometheus Books, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 135.328-7/SP. Min. Marco Aurélio, J 29.06.1994.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 565089. Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, 2011.

CARVALHO, Cristiano; MATTOS, Ely. Entre princípios e regras: uma proposta de análise econômica no **direito tributário**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 157, p. 27-44, 2008.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, n. 3, p. 1-23, 1961.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do **Direito**. Disponível em: <[http://www.iders.org/textos/ivo\\_gicco\\_metodologia\\_epistemologia\\_da\\_aed.pdf](http://www.iders.org/textos/ivo_gicco_metodologia_epistemologia_da_aed.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2012.

GREY, Thomas. Holmes and Legal Pragmatism. *Stanford Law Review*, v. 41, n. 4, apr. 1989.

HOLMES, Oliver. *The Path of the Law*. Harvard Law Review, 1897.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos do Direito*. São Paulo: **Revista** dos Tribunais, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MATHIS, Klaus. *Efficiency, sustainability, and justice to future generations*. Lucerne: Springer, 2011.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. Wolters Kluwer Law & Business, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é Direito e Economia?* Disponível em: <[http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/16](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16)>. Acesso em: 10 maio 2012.

SALLES, Sylvie. La Présence de l'argument Conséquentialiste dans les Délibérations du Conseil Constitutionnel. VIIIe Congrès Français de Droit Constitutionnel, AFDC, Nancy, 2011.

SANDEL, Michael. Justice. Disponível em: <<http://www.justiceharvard.org/resources/j-s-mill-utilitarianism-1863/>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do **Direito** de Defesa da Concorrência. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz\\_-\\_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 1º fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1724/consequencialismo%20racionalidade%20e%20malandragem%20schuartz%20final.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1º fev. 2013.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da *Law and Economics*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 178, p. 157, 2009.

TROPER, Michel. Le Réalisme et Le Juge Constitutionnel. Cahier du Conseil constitutionnel nº 22 (Dossier: Le Réalisme en Droit Constitutionnel), juin 2007.

