

Consequenciachismo, principialismo e deferência: limpando o terreno

Dilema é, de fato, meramente aparente

FERNANDO LEAL

Fonte: <https://www.jota.info/stf/supra/consequenciachismo-principialismo-e-deferencia-limpando-o-terreno-01102018>

A crítica de Conrado Mendes a um consequentialismo judicial baseado em meras especulações produziu dois tipos de reações. De um lado, enfocando possíveis vantagens relativas de um consequentialismo intuitivo, José Vicente de Mendonça considerou esses “consequenciachismos” preferíveis ao que chamou de “principiachismo” – o uso frouxo de ideias vagas como “dignidade humana”, “moralidade” e “interesse público” em decisões judiciais. Segundo Mendonça, mesmo argumentos “consequenciachistas” podem ser empiricamente falsificados. De outro lado, Daniel Wang rejeita os dois tipos de “achismos” e, para resolver o que considera um falso dilema, propõe como solução níveis mais altos de deferência judicial a escolhas e avaliações feitas por outras instituições.

Esse dilema é, de fato, meramente aparente.

Em primeiro lugar, porque princípios e consequências estão mais próximos do que parecem. Se aplicar princípios exige, em alguma medida, raciocínios consequentialistas, o próprio raciocínio baseado em consequências poderia (e, de certa maneira, deveria) acomodar princípios jurídicos.

Segundo uma visão convencional, princípios apontam para a realização de estados de coisas sem determinar os meios que devem ser aplicados para promovê-los. Assim, decidir agora se um ato do poder público é compatível com certo princípio exige um esforço de antecipação dos efeitos que a opção (executiva ou legislativa) pode promover na realidade. Nesse processo, não apenas valorações jurídicas entram em jogo, mas também (i) preocupações sobre como o futuro pode vir a se conformar e (ii) considerações sobre a evolução do estágio do conhecimento científico a respeito de determinados assuntos se tornam decisivos.

Quando debatemos a constitucionalidade da legalização da maconha, por exemplo, se quisermos usar a ideia de proporcionalidade com rigor, é preciso ir além de uma desorientada disputa entre liberdade e saúde pública. Teremos que discutir a aptidão de certas escolhas públicas para promover o estado de coisas por ela visado; comparar medidas que possam promover a liberdade com a mesma intensidade da legalização, mas que eventualmente restrinjam menos a saúde pública; e apurar a confiabilidade das premissas empíricas que sustentam os objetivos constitucionais em tensão (o que a comunidade médica dispõe de informações sobre os potenciais efeitos nocivos da maconha, por exemplo). Em todas essas

dimensões, considerações consequencialistas entram em cena, ainda que o rótulo utilizado para esse tipo de raciocínio seja “ponderação de princípios”.

Ao mesmo tempo, se a decisão consequencialista requer a aplicação de um critério de valoração para ordenar os possíveis estados do mundo que podem decorrer de diferentes alternativas decisórias, princípios podem entrar em cena como os parâmetros jurídicos capazes de justificar a preferência por certo curso de ação. Mais ainda, para ranquear diferentes cenários possíveis como melhores ou piores, é possível recorrer a uma teoria normativa que sustente ser preferível que o juiz recorra a princípios em vez de simplesmente adotar apenas as suas preferências pessoais para desempenhar essa tarefa.

Isso permitiria que um critério propriamente jurídico, ainda que de significado vago, fosse usado para justificar a decisão. Nesse aspecto, o raciocínio preocupado com efeitos futuros não seria oposto ou incompatível com a aplicação de princípios, ainda que essa seja apenas uma das peças das engrenagens de raciocínios consequencialistas.

O dilema entre consequencialismo e principialismo é falso também por outra razão. Se o que está em jogo é a redução de incertezas que podem afetar a decisão judicial, tanto a decisão com princípios como a orientação em consequências padecem de dificuldades estruturais talvez insuperáveis. Se já há muita discussão sobre os limites da ponderação de princípios, ainda é preciso enfatizar que argumentações consequencialistas não são simples mesmo para quem tenta desenvolvê-las com seriedade. Como já sustentei questionando os alegados efeitos positivos que nova Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, raciocínios consequencialistas precisam lidar com dois tipos de dificuldades.

Na dimensão propriamente normativa do raciocínio, o critério de valoração de consequências precisa, em primeiro lugar, (i) ser conhecido. Além disso, é necessário que ele (ii) receba sentido operacionalizável e que esse sentido se mantenha estável no tempo. De nada adianta, por exemplo, definir que “excepcional interesse social” ou a “moralidade” são importantes critérios de valoração de estados de coisas se não se sabe com alguma precisão o que essas palavras e expressões querem dizer. Finalmente, é preciso, ainda, que exista (iii) alguma metodologia segura capaz de justificar a prioridade de um critério de valoração em situações em que mais de um parâmetro pode ser aplicável para sustentar decisões opostas para um mesmo problema de decisão. Nesse último aspecto, se, por exemplo, em um cenário com duas alternativas de decisão possíveis (declarar uma medida constitucional ou inconstitucional, suponhamos), o valor segurança jurídica sustentar uma preferência pela inconstitucionalidade da medida e um objetivo social relevante reforçar a sua constitucionalidade, qual dos critérios deve prevalecer? Esses não me parecem ser problemas diferentes daqueles que, no geral, afetam o trabalho com princípios jurídicos, incluindo a confiabilidade da proporcionalidade para conduzir processos de tomada de decisão que envolvem princípios em colisão.

Na dimensão positiva, raciocínios prospectivos estão sujeitos a uma assimetria necessária entre o futuro imaginado agora e o futuro que realmente chegará. Essa assimetria exige rigor na realização de diagnósticos confiáveis sobre o que pode acontecer. Em alguns casos, ela pode

ser neutralizada. No entanto, mesmo a inclinação prudente do que José Vicente Santos de Mendonça chamou de “consequencialismo consequente” não evita problemas de escolhas entre alternativas cujos efeitos não podem ser antecipados. Em um cenário menos cruel, ainda que efeitos possíveis possam ser antecipados, pode faltar experiência acumulada capaz de garantir a fixação de probabilidades seguras de sua ocorrência. Nem toda estimativa sobre o futuro funciona como um jogo de dados, em que é possível estimar as chances de ganho a priori, ou a previsão do tempo. Em problemas de tomada de decisão sob condições de incerteza radical ou ignorância sobre o futuro, a busca pela melhor resposta ganha, em uma medida relevante, uma dimensão de aposta. Por isso, o argumento da possibilidade de falsificação de “chutes” sobre o futuro que sustentariam uma decisão para um problema específico nem sempre fará sentido – na teoria e na prática.

Por fim, na verdade, também é falsa a oposição entre consequencialismo x principialismo, de um lado, e deferência x ativismo, de outro. Deferência judicial não é uma resposta para o tipo de pergunta que separa a escolha entre justificar uma decisão judicial em princípios ou consequências. São debates distintos, que envolvem conjuntos independentes de perguntas e respostas.

O debate sobre deferência enfatiza prioritariamente a questão “quem deve decidir?”, enquanto a discussão sobre fundamentar ou não decisões em princípios ou em consequências enfoca a pergunta “como decidir?”. Exatamente porque as perguntas são diferentes e independentes, é possível sustentar com razões consequencialistas, por exemplo, posturas de maior deferência judicial. Por exemplo, podemos argumentar que as consequências da adoção de uma ou outra postura decisória são comparativamente melhores às das alternativas concorrentes em um dado arranjo institucional.

Os problemas e confusões levantados decerto não esvaziam a importância das discussões sobre modelos de justificações de decisões e posturas judiciais em conflitos atuais ou potenciais com outros poderes. Os textos dos três autores funcionam como alertas para o recurso ingênuo ou estratégico a consequências e normas vagas como fundamentos de decisões.

No entanto, uma ênfase exagerada no debate entre principialismo e consequencialismo pode levar à crença falsa de que essas são as opções mais viáveis para justificar decisões judiciais – seja porque são as únicas, seja porque são consideradas as melhores. Esse reducionismo pode, como efeito perverso, retirar o foco daquilo que talvez realmente falte ao direito brasileiro: reconhecer os textos legais e precedentes como limites resistentes – ainda que não intransponíveis – a escolhas judiciais e levar a sério, na formulação e na aplicação, o trabalho dogmático. Um tipo de formalismo e esforços de formalização que parecem desempenhar um papel cada menor na academia jurídica e na prática decisória do país.

Com o terreno mais limpo, o debate sobre “achismos” justificatórios pode servir para voltarmos a discutir algum tipo de formalismo como alternativa – não no sentido caricato, geralmente tido como retrógrado, rudimentar ou insensível à justiça, mas sim como uma prática decisória que pode ser parte necessária do que torna o direito socialmente valioso.