

Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência

Há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos

DANIEL WEI LIANG WANG

Fonte: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018>

Conrado Hübner Mendes criticou dias atrás na Época o “consequenciachismo” nas decisões judiciais. O consequenciachismo, uma versão vulgarizada do consequentialismo, define-se pela tentativa de avaliar o impacto do Direito na realidade por meio do uso pouco cuidadoso de dados empíricos (sem avaliar fontes, métodos, escopo, incertezas e objeções) e por apresentar como fato meras especulações e intuições sobre a realidade social, política e econômica. Ao buscar na aparência de empiria e objetividade um reforço argumentativo, o uso seletivo de fatos e dados acaba explicitando as preferências pessoais do aplicador do consequenciachismo e a sua pouca preocupação com o mundo real.

José Vicente Santos de Mendonça, no site Direito do Estado, respondeu em seguida ao artigo e fez a defesa do consequenciachismo. Seu argumento é instigante: o uso de “palpites informados” não é ideal, mas seu uso é justificável porque ele é melhor que seu principal concorrente, o “principiachismo”. O principiachismo é o uso expansivo da retórica dos princípios na fundamentação de decisões, como o mau uso do princípio da dignidade da pessoa humana para justificar qualquer decisão em qualquer circunstância, livrando o julgador do ônus de enfrentar questões fática ou moralmente complexas. O consequenciachismo teria a vantagem de ser falseável (é possível mostrar que o julgador se equivocou) enquanto que o principiachismo mantém a argumentação judicial obscura. O consequenciachismo permite avanços na discussão e, portanto, o “toscamente empírico” é preferível ao “toscamente bacharelesco”.

José Mendonça está certo na sua crítica ao principiachismo. Parafraseando a provocação de Carlos Ari Sundfeld no livro Direito Administrativo para Céticos, princípios podem se tornar um refúgio retórico seguro onde se escondem o jurista preguiçoso ou que conhece pouco o Direito. Porém, a sua crítica a Conrado cria um falso dilema entre principiachismo e consequenciachismo.

A grosso modo, o Judiciário tem três opções frente a disputas cuja resolução envolve questões factualmente complexas e com grandes implicações sociais, políticas e econômicas: (1) ignorar a complexidade para julgar sem se preocupar com fatos ou consequências (“Fiat justitia, et pereat mundus”), ou com base apenas em palpites informados; (2) reconhecer a complexidade e tentar compensar suas limitações com debate amplo e métodos robustos para coletar e

analisar informações; e (3) reconhecer a complexidade e exercer deferência a Executivo e Legislativo por razões de legitimidade democrática e capacidade institucional. O dilema entre principiachismo e consequenciachismo existe apenas na opção (1).

A opção (2) tem tido aderência no Direito brasileiro com a abertura do Judiciário, e em particular o STF, a *amici curiae* e audiências públicas que buscam oferecer a julgadores pluralidade de informações e perspectivas. No caso da saúde, houve a criação nos tribunais de núcleos técnicos formados por profissionais da saúde para fornecer aos juízes informações sobre tratamentos demandados.

Porém, a literatura sobre o impacto destas iniciativas não traz razões para grande entusiasmo. Falta evidência de que elas resultem em decisões judiciais mais bem fundamentadas, seja porque a informação que chega ao Judiciário segue limitada ou porque são usadas apenas para criar uma fachada de deliberação e informação de onde juízes pinçam dados para reforçar uma posição previamente tomada. É possível que a opção (2) resulte apenas em um consequenciachismo mais confiante. Ademais, a opção (2) bem executada é viável apenas para um número pequeno de casos porque demanda o recurso escasso mais importante do Judiciário: tempo.

A opção (3) parte da premissa que, em regra, o Judiciário tem uma estrutura inferior ao de órgãos com burocracias específicas para avaliar o impacto de normas e políticas. Claro que Executivo e Legislativo se equivocam, assim como o Judiciário, mas a probabilidade de erro aumenta à medida que diminui a capacidade de uma instituição para uma determinada tarefa. Ademais, muitas vezes o que se apresenta como erro é na verdade a disputa entre diferentes alternativas e valores.

Nestes casos, por razões de legitimidade democrática, preocupa o uso de qualquer um dos dois achismos de forma a permitir que magistrados imponham sem grande ônus argumentativo suas preferências pessoais a respeito dos objetivos públicos a serem alcançados e o melhor meio de alcançá-los. O Judiciário – que só age se provocado, é limitado por um processo predominantemente adversarial, reconhece a coisa julgada, e tem um tempo diferente da política e da administração – também possui menos flexibilidade para adaptar ou rever decisões frente a incertezas e mudanças e, por isso, deve evitar impor seus palpites como fatos consumados.

A deferência não é um cheque em branco e nem exclui da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. É o reconhecimento de que há situações em que o Judiciário deve decidir por respeitar as escolhas e avaliações feitas em outros âmbitos. É papel do Judiciário determinar o grau devido de deferência avaliando se a resolução de uma disputa requer a análise de fatos e dados complexos, bem como se uma norma ou política pública é resultado do arbítrio ou de um processo transparente, refletido e informado.

Aqueles que esperam do Judiciário grandes transformações sociais talvez se incomodem com a ideia de deferência, mas vale lembrar que o uso pouco rigoroso da empiria e dos princípios

pode ser igualmente usado para promover ou barrar reformas conservadoras ou progressistas, liberalizantes ou estatizantes. Falar em deferência também pode soar descolado da realidade de desconfiança na política e na Administração, mas consequenciachismo e principiachismo seguramente não colaboram para a credibilidade da Justiça.