

1. Introdução. A hierarquização de argumentos jurídicos proposta por Humberto Ávila.

Nos últimos anos, a comunidade jurídica brasileira tem se visto diante de um significativo crescimento do peso da *consideração das conseqüências da decisão* na fundamentação dos acórdãos de tribunais superiores – em especial do Supremo Tribunal Federal. A presença de argumentos dessa natureza no exercício da função jurisdicional coloca uma série de dificuldades conceituais e práticas para a teoria do Direito, em especial quanto à sua compatibilidade com a idéia de Estado de Direito, à definição das suas condições de racionalidade e à legitimidade dos magistrados brasileiros para utilizar a previsão de conseqüências como elemento decisivo na solução de casos. Neste trabalho, será enfrentado apenas um desses problemas: como um argumento que retira sua força de uma avaliação das *conseqüências de uma decisão específica* pode ser compatibilizado com a idéia de Estado de Direito? A construção de argumentos conseqüencialistas pode ser entendida como uma forma válida de obediência às normas jurídicas?

No plano jurídico, a análise deste tipo de argumento tem sido praticamente deixada de lado.¹ No Brasil, a concepção tradicional tem sido a de que a atividade dos juízes – seja ela encarada como “criativa” ou como “mecânica” – envolve a aplicação de normas gerais de forma relativamente independente de suas possíveis conseqüências, com exceção talvez de casos extremos. Um dos primeiros tratamentos sistemáticos sobre o peso dos argumentos conseqüencialistas no ordenamento jurídico brasileiro é o de Humberto Ávila, que, em seu artigo “Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico”, procura construir um conjunto de *regras prima facie de interpretação*. Para tanto, realiza dois movimentos analíticos distintos. Primeiro, partindo-se de um conceito de interpretação jurídica identificado com a tarefa de fundamentar a escolha das premissas (*justificação externa*) utilizadas na decisão, é feita uma distinção entre diferentes *tipos de argumentos jurídicos*, de acordo com o seu fundamento – lingüísticos, sistemáticos, históricos e práticos.²

* Pesquisador da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ SOLER, R.C.; VENIER, C. “Racionalidad de las justificaciones conseqüencialistas en las decisiones judiciales” (2003), p. 155. Esta observação se refere ao âmbito judicial, já que, no plano legislativo, as considerações sobre o resultado da promulgação de determinada lei são obviamente decisivas.

² ÁVILA, H. “Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico”, 2001, p.04.

Segundo Ávila, embora argumentos de diversos tipos possam ser usados na interpretação jurídica, não se pode dizer que todos tenham o mesmo *peso*. Nesse sentido, o segundo movimento analítico é *valorar este argumentos de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro*. O objetivo da distinção entre diferentes espécies de argumentos é, em última instância, a construção de parâmetros para avaliar do peso dos argumentos levantados em favor de uma determinada tese. Ávila tenciona explicar como “*os argumentos podem e devem ser utilizados na interpretação jurídica*” e, nesse sentido, o critério para se aferir a força de um argumento na decisão judicial é, como veremos a seguir, a sua *recondução ou não ao ordenamento jurídico*.³

Se esta ligação entre argumento e normas jurídicas vigentes (isto é, se estas fundamentam aquele), identificáveis segundo um critério formal e objetivo, pode ser verificada na prática, então o argumento será *institucional*. A partir deste critério, é proposta uma hierarquização dos diferentes argumentos de acordo com o seu peso, sendo este aferido a partir da recondutibilidade do argumento ao ordenamento jurídico brasileiro. Esta hierarquização é justificada da seguinte forma:

*"Os argumentos institucionais são aqueles que, por serem determinados por atos institucionais - parlamentares, administrativos, judiciais -, têm como ponto de referência o ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não-institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca. Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação."*⁴

Ser *institucional*, portanto, é possuir no ordenamento jurídico vigente um ponto de referência objetivo, isto é, um fundamento normativo passível de verificação por outros participantes do discurso. Mas quais argumentos seriam *não-institucionais*? Segundo Ávila, os argumentos práticos são os únicos integrantes do conjunto dos argumentos não-institucionais. Como não é sugerida a existência de outros argumentos não-institucionais, acredito ser correto pressupor que, na concepção do autor, *todo argumento prático é não-institucional e todo argumento não-institucional é necessariamente um argumento prático*. A partir daí, podemos inferir que não há erro em se falar indiscriminadamente em argumentos práticos ou em argumentos institucionais. A única diferença entre o conjunto dos argumentos

³ Idem, *ibidem*.

⁴ ÁVILA, H., *op. cit.*, p. 07.

práticos e o dos "argumentos não-práticos" parece residir na presença de uma única propriedade: ser ou não *institucional*.

A colocação dos argumentos práticos no degrau mais baixo da hierarquia proposta é justificada por Ávila da seguinte forma:

*"Os argumentos não institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vistas econômicos, políticos e/ou éticos. As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui."*⁵

No caso específico do livro eletrônico, o argumento prático citado por Ávila seria o de que considerá-lo como "livro" para fins de incidência da imunidade constitucional prevista no art. 150, IV, *b* implicaria uma redução significativa na receita estatal, tendo em vista que os livros eletrônicos devem se proliferar com o avanço tecnológico e a conseqüente diminuição dos seus custos de aquisição e produção. Assim – continuaria o argumento –, interpretar a imunidade constitucional como não sendo aplicável aos livros eletrônicos traria uma grave *conseqüência*, qual seja, a impossibilidade de o Estado incrementar sua receita com a tributação deste produto.

Embora não negue haver espaço para este tipo de argumento na justificação de decisões judiciais, Ávila lhe atribui peso *subsidiário* por ser *não institucional*. A análise das conseqüências econômicas ou sociais de uma dada interpretação não pode ser reconduzida ao ordenamento jurídico, ao contrário das considerações lingüísticas, sistemáticas e históricas. O argumento não tem por base imediata fundamentos jurídicos, mas sim econômicos. Assim, por força das exigências da separação de poderes e do princípio democrático, este e outros argumentos práticos não poderiam obrigar a decisão da mesma forma que os argumentos baseados no ordenamento jurídico obrigariam – pois a vinculação básica do juiz é com o direito, e não com a eficiência econômica, com a estabilidade política ou qualquer outro estado de coisas desejável segundo um critério de *dever ser*.⁶

⁵ ÁVILA, H., op. cit, p.18.

⁶ Vale notar que, como já demonstrou Herbert Hart, os critérios de *dever ser* pelos quais avaliamos o Direito existente não são necessariamente morais (Cf. "Positivism and the Separation of Law and Morals", 1958). O exemplo do livro eletrônico ilustra com precisão este ponto, pois o que está em jogo no argumento prático mencionado por Ávila é um critério essencialmente econômico: o Direito *deveria ser* interpretado de modo a

Ávila apresenta ainda uma outra razão para conferir menor peso aos argumentos práticos. O fato de os argumentos institucionais possuírem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico não é decisivo apenas por força do papel específico do juiz em um Estado Democrático de Direito, mas também por possibilitar o controle intersubjetivo da argumentação que se desenvolve a partir destes argumentos. Quando indico como base para minha argumentação uma ou mais normas jurídicas, ofereço ao auditório um fundamento que pode ser objetivamente reconhecido. A interpretação que fazem da norma em questão pode ser diferente da minha, mas, ainda assim, *já há um acordo quanto ao fundamento a ser utilizado*; eu e meu auditório temos um ponto de referência comum, de validade e obrigatoriedade *prima facie* indiscutíveis, a partir do qual a consistência da minha argumentação pode ser avaliada e pesada. Segundo Ávila, o mesmo não ocorreria com os argumentos práticos; por não apresentarem um fundamento objetivamente identificável, “*apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se portanto às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, ínsitas ao princípio do Estado Democrático de Direito*”.⁷ Por promoverem em menor medida o ideal de racionalidade na justificação das decisões judiciais, devem possuir menor peso na argumentação jurídica.

A partir da pioneira sistematização de Humberto Ávila, pretendo mostrar que os argumentos “práticos” ou “conseqüencialistas” podem em muitos casos ser reconduzidos ao ordenamento jurídico vigente (isto é, não são necessariamente *não-institucionais*) e, conseqüentemente, seu peso que não deve ser *a priori* definido como subsidiário, já que podem ser decisivos mesmo em casos nos quais os argumentos de fundo lingüístico, sistemático e histórico apontam para o mesmo resultado na interpretação de normas jurídicas.

2. A possibilidade de (re)construção de argumentos conseqüencialistas institucionais

Para desenvolver as questões propostas, gostaria propor a seguinte definição geral do que seja um argumento jurídico *conseqüencialista*.⁸ Podemos defini-lo como sendo aquele

incrementar a receita estatal.

⁷ ÁVILA, H., op. cit., p.26.

⁸ Prefiro o termo "consequencialista" aos termos "prático" e "pragmático" – utilizados por Humberto Ávila e por Chaïm Perelman, por exemplo (cf. “O argumento pragmático”, reproduzido na coletânea **Retóricas** (1999)). O adjetivo “prático” pode gerar confusões, pois é possível fornecer *argumentos práticos não-conseqüencialistas*. 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. 7º, 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. 7º teria

tipo de argumento que *fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos desta decisão*. Assim, pode-se empregá-lo para justificar uma decisão com base tanto nas conseqüências indesejáveis ou desejáveis que a sua “não-realização” teria ou poderia ter, quanto nas conseqüências indesejáveis ou desejáveis que a sua efetivação teria ou poderia ter.⁹ Partindo desta definição, a questão que se coloca é determinar se, como afirma Ávila, argumentos do gênero “*não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito*”, ou se, ao contrário, podem ser reconstruídos de modo a se fundamentarem em pontos do ordenamento jurídico objetivamente identificáveis.

A objeção de que os argumentos não-institucionais (morais, políticos, filosóficos e econômicos, segundo Ávila) são necessariamente irracionais é enganosa. A chave de seu argumento não pode residir na afirmação de uma *irracionalidade intrínseca* destes argumentos – o que, aliás, seria difícil de ser sustentado –, mas sim na idéia de que eles não fornecem base para justificativas adequadas ao *tipo de racionalidade que é relevante para o direito*.¹⁰ O repúdio de Ávila aos argumentos “práticos” não se deve a uma suposta irracionalidade inerente a todo e qualquer uso que se faça deles. Na verdade, são considerados *irracionais* porque não se constituem *em pontos de apoio objetiváveis*, cuja validade deva ser reconhecida pelos participantes da argumentação. Assim, por não se compatibilizarem com o tipo de justificação mais adequada à função jurisdicional, tais argumentos são *subsidiários*. Esta concepção está intimamente ligada à idéia de que os argumentos “práticos” têm fundamentos necessariamente *extrajurídicos* – o que é reconhecido inclusive por muitos dos principais defensores da consideração de conseqüências na decisão.

O jurista norte-americano Cass Sunstein, por exemplo, em análise sobre os processos decisórios da Suprema Corte de seu país, observa que, muitas vezes, os *Justices* consideram fundamental antecipar os efeitos de suas decisões até mesmo para *decidir se vão decidir*.¹¹

como conseqüência a quebra. Se aceitarmos como corretos esses usos das palavras em jogo, pode-se dizer que o conjunto dos argumentos “práticos” ou “pragmáticos” contém o dos argumentos “consequencialistas”, mas que não se tratam de conjuntos idênticos. Além disso, o termo “argumento prático” tem um significado próprio na tradição filosófica, especialmente a partir do pensamento aristotélico. Opondo-se aos “argumentos teóricos”, que têm por finalidade levar o auditório a aceitar a verdade ou falsidade de alguma proposição, os “argumentos práticos” visam a fazer com que o auditório pratique ou se abstenha de alguma ação. Nesse sentido, todo argumento utilizado com vistas a conduzir a decisão judicial a uma determinada direção é “prático”. Agradeço a Noel Struchiner por ter me chamado a atenção para esse ponto.

⁹ CALVO, R.C; VERNIER, C., op. cit., p.157.

¹⁰ Sustentar a tese de que argumentos econômicos ou morais são intrinsecamente *irracionais* é um empreendimento difícil, dada a longa tradição de reflexão sobre modelos de decisão racional ou “correta” tanto no âmbito moral, quanto no econômico. Especificamente no pensamento econômico, o problema da racionalidade de processos decisórios vem sendo trabalhado com muito mais sofisticação do que no âmbito judicial. Cf., a título de exemplificação, as questões e debates abordados por Amartya Sen em **Sobre Ética e Economia** (1999) e “The Discipline of Cost-Benefit Analysis” (2000).

¹¹ SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**. Judicial Minimalism on the Supreme Court (2001), p.47: “*A clue to understanding minimalism is to recognize that in deciding constitutional cases, judges often lack relevant*

Atualmente, as competências recursais obrigatórias da Suprema Corte são extremamente reduzidas, de modo que, na prática, o conjunto dos *Justices* tem autonomia quase total para determinar quais processos serão julgados.¹² Controle total e, vale dizer, *discricionário*: os critérios legais para concessão do *writ of certiorari* não vinculam a Suprema Corte, que não tem, portanto, qualquer obrigação legal explícita de coerência ao decidir pelo conhecimento ou não de uma causa. Sunstein argumenta que essa prerrogativa tem sido utilizada para evitar julgar certos casos em relação aos quais há um déficit de informação, de modo que é preferível deixar a decisão para um momento posterior, ou ainda julgá-la de forma *minimalista* – isto é, não se aprofundando nos debates jurídicos além do necessário à resolução do caso e decidindo de forma a mais focada no caso possível, diminuindo assim os custos para a reversão de uma decisão que se mostre equivocada no futuro. O interessante é que, segundo Sunstein, os juízes da Suprema Corte levam em conta as conseqüências da decisão *mesmo quando têm certeza de que a sua resposta para o problema constitucional em jogo está correta*:

*“Of course the Court’s resolution may be right, in the sense that the Court identifies the just result. **But even if it is right, things may go badly wrong.** The Court may not produce appropriate social reform even if it seeks to do so. There may be unintended adverse consequences (...). The Court’s decision may activate opposing forces and demobilize the political actors it favors. **It may produce intense social backlash, in the process of delegitimizing itself as well as the goal it seeks to promote.**” (1999:59)*

Mesmo quando parece não haver dúvida acerca da interpretação correta e, conseqüentemente, da solução constitucional adequada para o caso, pode ser melhor para a sociedade – por motivos independentes da busca pela solução jurídica para o caso – que “*as coisas sejam deixadas em aberto*”, para usar a expressão de Sunstein. Um juízo eminentemente *político*. O leitor não terá problemas em aceitar a qualificação de tais considerações como *extrajurídicas*: dizem respeito às responsabilidades da Suprema Corte no sistema de governo norte-americano, mas não afetam *a interpretação em si das normas jurídicas*. Argumentos jurídicos podem levar à decisão correta em muitos casos, mas, mesmo nesses casos, argumentos extrajurídicos conseqüencialistas podem justificar uma *não decisão*.

information, and their rulings might have unintended consequences.”

¹² NOWAK, J.E.; ROTUNDA, R.D. *Constitutional Law* (1995), p. 26.

No Brasil, apesar de os tribunais superiores não possuírem a liberdade explícita de *decidir não decidir*, o emprego das conseqüências da decisão como algo *externo* à interpretação das normas envolvidas encontra amplo espaço na apreciação, por parte dos Tribunais Superiores, de pedidos de concessão de liminares em casos de conflitos de massa. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem cassado dezenas de liminares concedidas para assegurar a entidades prestadoras de serviço na área da saúde o direito de reajustar os valores da tabela do Sistema Único de Saúde. Nos termos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 01/PR:

Processual civil. Suspensão de tutela antecipada. Reajuste da tabela do Sistema Único de Saúde - SUS. Lesão à saúde e economia públicos. I - A Corte Especial firmou o entendimento de que as inúmeras ações propostas com o intuito de se reajustar a tabela do SUS têm potencial suficiente para causar lesão à saúde pública, visto que devem ser apreciadas em conjunto e não em cada caso particular. II - A proliferação de ações idênticas tem potencial suficiente para causar lesão à saúde pública, porquanto os recursos orçamentários destinados ao atendimento de todo o sistema público serão desviados para o atendimento de interesse de particulares. III - Agravo regimental desprovido.¹³

Assim, nesse caso, as conseqüências de uma possível decisão pela manutenção da liminar seriam drásticas, tendo em vista a proliferação caótica de casos idênticos que certamente ocorreria se o STJ não impedisse o reajuste feito por cada instituição. Em inúmeras decisões monocráticas posteriores, os Ministros do STJ utilizaram esse argumento para suspender liminares e aguardar o momento de apreciar os casos “em sua totalidade”.¹⁴

¹³ AgRg na STA 01/PR (Corte Especial). Rel. para o acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro. DJ 29/03/04.

¹⁴ Cf, por exemplo, o entendimento da Corte Especial nas Suspensões de Segurança n°s 1643/PR, 1649/RS, 1682/PR e 1822/PR. Vale observar que a decisão judicial na Suspensão de Segurança é explicitamente pautada por um juízo de conveniência e oportunidade, o que permite a aproximação com o argumento de Sunstein acima descrito. Nas palavras do Ministro Edson Vidigal, em decisão monocrática na Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) n.37 – MG, “[a] importância do instituto do pedido de suspensão no ordenamento jurídico pátrio está em ser instrumento ágil e eficaz para evitar lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Patente a possibilidade de se causar uma grave afronta ao interesse público, cumpre o Presidente do Tribunal deferir a suspensão requerida. Na suspensão não se examina o mérito da causa, que deve ser analisado nas vias ordinárias, nem se questiona a juridicidade da medida atacada, mas é com discricionariedade própria de juízo de conveniência e oportunidade que a Presidência avalia o pedido de suspensão” (DJ 01/02/2005). Ou seja: assim como ocorre com a Suprema Corte Americana, nesses casos o STJ leva em conta as conseqüências não para decidir o mérito da questão, mas para saber *se é conveniente deixar a decisão para mais tarde*.

Em linha similar, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, tem sistematicamente valorizado em declarações públicas e em seus votos o peso das conseqüências – sobretudo econômicas – nas decisões judiciais. Mas há uma diferença importante aqui. Para Jobim, embora “o importante [na tomada de decisões pelo Supremo] seja a conseqüência [da decisão]”, a consideração de conseqüências tem caráter *subsidiário*, já que só entraria em cena quando houvesse duas ou mais interpretações igualmente possíveis de uma norma jurídica em um determinado caso.¹⁵ Essa afirmativa não parece incompatível com a hierarquia proposta por Humberto Ávila. Ambos compartilham um relativo consenso em torno da idéia de que o juiz, exercendo um papel diferente em aspectos relevantes do papel do legislador ou do administrador, ainda que este consenso não se estenda aos fundamentos desta idéia de vinculação judicial ao ordenamento jurídico.

Assim, o lugar que os argumentos conseqüencialistas ocupam no pensamento de Ávila e na fala do próprio Jobim parece ser claro: eles entram em cena *quando a discussão “estritamente jurídica” já se esgotou sem que tenha sido possível atingir uma resposta adequada* ou determinar um critério para escolher dentre diversas respostas igualmente plausíveis.¹⁶ Há nessas perspectivas uma nítida preocupação em manter a força normativa da idéia de Estado de Direito e de vinculação às decisões tomadas pelos poderes eleitos. Contudo, apesar de adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, a hierarquização de Ávila não explica certos usos de raciocínios conseqüencialistas na jurisprudência nacional.

No julgamento da ADI 1.946-DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o artigo 14 da Emenda Constitucional n.20/98 deveria ser interpretado conforme a Constituição de modo a excluir do seu âmbito de incidência o salário da licença à gestante prevista no artigo 7º, XVIII. O principal argumento seria o de que *a aplicação do dispositivo a essas hipóteses levaria a uma maior discriminação da mulher no mercado de trabalho*. O artigo questionado estabelecia que “o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição é fixado em R\$1.200,00 (...)”. Segundo o PTB,

¹⁵ Trechos extraídos respectivamente de JOBIM, N. “Discurso de posse no Tribunal Superior Eleitoral” (2002); JOBIM, N. Entrevista ao jornal **Valor Econômico** em 13/12/2004. A eventual desobediência do Ministro Nelson Jobim, em seus votos no STF, às teses enunciadas nesta entrevista não invalida o meu ponto. A possibilidade de ele ser incoerente não torna menos plausível meu argumento de que ele *afirma concordar* com uma vinculação do juiz à lei, ainda que mínima.

¹⁶ Segundo Ávila, “[o]s argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico passam a ser relevantes na interpretação no momento em que a linguagem e o sistema já não proporcionam uma justificação para a interpretação. Se o intérprete consegue construir um significado de acordo com argumentos lingüísticos e sistemáticos, não há razão suficiente para o recurso a outros argumentos.” (ÁVILA, Humberto, op. cit, pg. 20). A rigor, Ávila não afirma que os argumentos não-lingüísticos e não-sistemáticos são *extra-jurídicos*, mas sim que têm menor embasamento no ordenamento jurídico. Ainda assim, a aproximação com a posição de Nelson Jobim é válida na medida em que, para ambos, a consideração de conseqüências entra como um “critério de desempate” no momento da tomada de decisão.

autor da ADIn, aplicar este dispositivo ao benefício da licença-maternidade levaria à violação dos artigos 3º, IV (promoção do bem de todos) e 5º, I (igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações). O conflito aqui não era imediato, perceptível *em tese*, mas apenas no longo prazo. Se os empregadores fossem obrigados a arcar com o valor do salário da gestante licenciada, a própria Constituição estaria lhes dando um *incentivo* para não contratar mulheres em idade fértil. Por unanimidade, o Supremo concordou com os argumentos do PTB e decidiu pela não-aplicação do artigo em questão ao benefício da licença-maternidade. Como afirmou o Relator no acórdão, Ministro Sydnei Sanches:

*“Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no inciso I do art.5º da Constituição Federal. (...) Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência social, desatento a tais conseqüências.”*¹⁷

Neste caso, a inconstitucionalidade da norma *só pode ser compreendida* a partir do argumento conseqüencialista esgrimido pelo PTB e acolhido pelo STF: embora à primeira vista a EC/98 pareça garantir um direito da mulher, no longo prazo o seu impacto na realidade dificultará a inserção das mulheres férteis no mercado de trabalho. Em outras palavras: *é a conseqüência da existência da norma que a torna inconstitucional*, mesmo que o seu texto ou a sua conexão de sentido sejam compatíveis com o resto da Constituição. O que parece ficar explícito nesse caso é uma *maneira específica de cumprir o dever de fidelidade às normas jurídicas envolvidas*. É certo que, considerada em si, a previsão da EC/98 que onerava os empregadores em casos de licença-maternidade não violava o art. 5º, I; poderíamos dizer esta medida *respeitava* ou *honrava* a igualdade entre homens e mulheres, isto é, não estabelecia de modo imediato condutas discriminatórias. Mas é igualmente certo que, se levarmos em

¹⁷ ADIn 1946-DF. Rel. Min. Sydnei Sanches. Julgada pelo Tribunal Pleno em 03/04/2003. DJ 16.05.2003.

consideração o estado de coisas gerado pela aplicação da norma em questão, a EC/98 *promovia* um estado de coisas contrário ao exigido pela igualdade entre homens e mulheres.

A distinção entre *honrar* ou *respeitar* um valor e *promover* um valor, articulada por Philip Pettit no campo da moralidade, é útil para compreender como o raciocínio consequencialista pode ser compreendido como uma maneira específica de obedecer às normas jurídicas.¹⁸ Segundo Pettit, se eu determinar que o valor mais importante da vida humana é a lealdade para com a família, posso me perguntar: devo dedicar todo o meu tempo disponível a estar com meus familiares, *honrando* assim a lealdade que tanto prezo, ou devo deixar a minha própria família de lado e investir meus esforços na tentativa de conscientizar as pessoas para que passem mais tempo com suas próprias famílias, *promovendo* o valor da lealdade familiar?¹⁹ Qual é a maneira mais correta de responder ao valor que considero fundamental – honrá-lo ou promovê-lo?

Os mesmos problemas surgem na esfera das decisões institucionais – o que inclui as decisões judiciais, especialmente dos tribunais superiores. A Suprema Corte dos EUA, por exemplo, está imersa em uma forte tradição de valorização da liberdade de expressão. Não há dúvida de que as instituições judiciais dos EUA devem responder de alguma forma a esse valor. Mas a pergunta de Pettit permanece: devo procurar *honrar* a liberdade de expressão ou me esforçar para *promovê-la*, ainda que isso implique violá-la no curto prazo, em um julgamento específico? Não há motivo para supor que toda e qualquer decisão vá necessariamente percorrer esses dois caminhos, promovendo o valor no longo prazo ao mesmo tempo em que o preserva no caso concreto; a experiência norte-americana é fecunda de exemplos em sentido contrário. Consideremos, por exemplo, o caso *RAV. vs. City of St. Paul*, no qual um grupo de adolescentes que queimara uma cruz no quintal de uma família negra foi considerado pela Suprema Corte como passível de proteção pela 1ª Emenda.²⁰ Ainda que aceitemos a tese de que a decisão *honrou* a liberdade de expressão ao não punir os rapazes, é minimamente plausível supor que esta mesma decisão pode ter *efeitos negativos* na liberdade de expressão na sociedade como um todo (por exemplo, pelo fato de que a disseminação de idéias racistas e nazistas, de modo a mobilizar o aparato estatal ou a opinião

¹⁸ A eventual adoção de uma separação rígida entre “valores” e “princípios” - aqueles operando na lógica da preferência e da graduabilidade, estes na da obediência estrita –, especialmente na versão defendida por Jürgen Habermas (Cf. **Between facts and norms**: contributions to a discourse theory of law and democracy, 1998), não prejudica a relação proposta entre a teoria consequencialista de Pettit e a argumentação jurídica. Como se desenvolverá adiante, certas normas podem ser interpretadas como se *descrevessem estados de coisas* que devem ser atingidos. Na sua aplicação, a *promoção do estado fático de coisas* será passível de graduação, sem que a obediência à norma seja necessariamente afetada em sua lógica binária.

¹⁹ PETTIT, P. “Consequentialism” (1993), p. 231. Cf. também PETTIT, P.; SMITH, M. “Global Consequentialism” (2002).

²⁰ 505 U.S. 377 (1992).

pública a seu favor, pode implicar a supressão da liberdade de expressão de milhões de integrantes de minorias étnicas). A preocupação da Corte em assegurar que nenhuma posição política seria varrida para fora do “mercado de idéias” deixa em aberto a possibilidade de que a livre expressão de uma posição política *intolerante* conduza à exclusão de outras posições.

Analisando as doutrinas judiciais de aplicação da 1ª Emenda nos EUA, Robert Nagel observa que, em muitos casos, a conexão entre a proteção da liberdade de expressão em decisões singulares e a “promoção sistêmica” da liberdade de expressão é problemática.²¹ Uma decisão judicial que obrigue uma comunidade judaica a tolerar a passagem de uma passeata nazista – como ocorreu no caso *Village of Skokie vs. National Socialist Party of Am.* – pode gerar sentimentos de ódio e frustração tão intensos que sobrepujarão qualquer incentivo que os membros da comunidade teriam para tolerar espontaneamente opiniões contrárias às suas. O estado de coisas produzido pela decisão acaba sendo desfavorável ao exercício do direito de liberdade de expressão que o aplicador do Direito visava a proteger.

Assim, determinar a “ação correta” em relação a um mesmo valor nos leva necessariamente a uma bifurcação: nem sempre honrá-lo em minhas ações aqui e agora será a melhor maneira de promovê-lo no longo prazo. Mas por que essas considerações seriam aplicáveis à argumentação jurídica e, mais especificamente, à argumentação jurídica que ocorre a partir do ordenamento jurídico brasileiro? Como já observado, os argumentos baseados nas conseqüências da decisão são encarados por Ávila como um subsidiário na interpretação de normas jurídicas, ainda que possivelmente relevante, na medida em que “*nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por conseqüência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito*”.²² Como já discutido, Ávila encara as conseqüências como *externas* às normas que, em última instância, representam os deveres básicos do juiz para com a sociedade em geral.

Essa perspectiva encontra eco no âmbito da ética normativa, onde é bastante freqüente o recurso à distinção entre o que é *certo* [right] e o que é *bom* [good]. As condutas *certas* são aquelas moralmente devidas e/ou exigíveis. Condutas *boas* são aquelas desejáveis sob

²¹ NAGEL, R. **Constitutional Cultures** (1996), pp. 35-36. O autor observa, porém, que uma proteção judicial da liberdade de expressão pode ser “modestamente justificada” com base na idéia de que os tribunais têm o dever de aplicar a 1ª Emenda, afastando assim violações a este direito, independentemente da utilidade dessas decisões judiciais na promoção de uma situação de debate público vigoroso e tolerante. O ponto a ser ressaltado é que não há razão para supor que os esforços do Judiciário para resolver casos concretos de forma adequada ao direito contribuirão necessariamente para o vigor, a qualidade ou a tolerância do debate público e do uso da liberdade de expressão em uma dada sociedade (idem, pp. 37-38). Esta constatação reforça a idéia aqui defendida de que *honrar* um valor é algo distinto de *promovê-lo*.

²² ÁVILA, op. cit., p. 26.

determinado critério de “bondade”. Dependendo da concepção ética normativa que se adote, pode-se definir o que é certo em função do que é considerado bom por um critério qualquer (como fazem o utilitarismo e as teorias “teleológicas” em geral), ou, por outro lado, definir a correção de uma conduta como independente dos resultados bons que produza ou das boas motivações que a geraram (teorias “deontológicas”).²³

A partir da díade “certo/bom”, poderíamos reconstruir a argumentação de Ávila da seguinte maneira. Em um regime de separação de poderes, o juiz tem o dever de obedecer às decisões do legislador, cujas decisões constituem o ordenamento jurídico. Logo, o juiz tem o dever de obedecer ao ordenamento jurídico. Ainda que existam formas distintas de obedecê-lo na tomada de uma decisão judicial, existem inúmeras outras maneiras de desobedecê-lo, e a linha entre estes dois grupos pode ser traçada com nitidez. Em um nível mais amplo, pode-se falar na “obediência ao ordenamento” de forma binária: ou se obedece ao Direito, ou não se obedece ao Direito. Uma decisão que não possa ser reconduzida ao ordenamento jurídico de alguma forma não honra este dever de obediência, por mais valiosa que essa decisão possa ser do ponto de vista econômico, político, filosófico, social etc. Assim, *o dever de obediência ao ordenamento jurídico é definido de forma independente do valor que uma decisão ou outra possa ter sob pontos de vista não-jurídicos*. O fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente.²⁴

Contudo, se adotarmos a noção de que a obediência a uma norma jurídica pode ser entendida como a *promoção* dos valores que visa a tutelar, o caráter “binário” da aplicação do direito parecerá inadequado, comprometendo a própria idéia de “obediência” que o sustenta. Vejamos. Uma das fontes de força justificativa dos argumentos jurídicos é o seu maior ou menor embasamento em valores constitucionalmente constituídos.²⁵ Estes valores são tutelados por meio das normas constitucionais, que muitas vezes estabelecem diretamente quais condutas devem ser adotadas. Mas nem todas as normas jurídicas instituem de forma imediata a obrigatoriedade de um curso de ação. Em muitos casos, o que o aplicador do direito tem diante de si é um comando que *torna obrigatória a consecução de um estado de*

²³RAWLS, J. **A Theory of Justice** (1971), p.24; DAVIS, N. “Contemporary Deontology”, 1993, p.206 e seguintes). Vale notar que uma teoria deontológica pode também definir o que é bom em função do que é certo, adotando a “correção moral” ou a “conformidade com deveres morais” como critério de “bondade” (cf. RAWLS, J., op. cit, p. 30).

²⁴ O reconhecimento dessa vinculação moral do juiz ao ordenamento jurídico não é pacífica. Confirma-se, por exemplo, a concepção de pragmatismo jurídico de Richard Posner, para quem a obediência aos precedentes e à lei é tão somente uma necessidade prática de atender à segurança jurídica (POSNER, R. “Legal Pragmatism” (2004), p. 150-152).

²⁵ ÁVILA, H., op. cit, p. 22.

coisas determinado, sendo obrigatórias as condutas (indeterminadas) que levem a este estado de coisas e vedadas aquelas que o impeçam de ser atingido. Essa constatação é especialmente verdadeira quando se precisa aplicar normas que não descrevem de forma imediata quais *condutas* devem ser tomadas, mas sim o estado de coisas a ser promovido. É o caso das normas de estrutura principiológica. Os princípios determinam um *estado ideal de coisas*, sendo a contribuição ou não de uma conduta para esse estado ideal de coisas o principal critério pelo qual se verifica a sua adequação ao princípio.²⁶ Ora, sendo os “estados de coisas” um conjunto de propriedades a serem encontradas em um “mundo possível”, a verificação do seu atingimento parcial ou total por uma determinada decisão judicial não pode ser efetuada apenas com recurso a argumentos lingüísticos ou sistemáticos. Vejamos, por exemplo, o dispositivo contido no artigo 5º, IX da Constituição:

“IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

A interpretação deste dispositivo pode tanto dar fundamento a uma regra que, se aplicada, *permite* a expressão de determinada idéia e/ou *obriga* a tolerância dessa expressão, quanto a um princípio que torna obrigatórios os comportamentos e medidas necessários à promoção de uma situação social na qual as pessoas possam usufruir de maior espaço e de mais oportunidades de expressão de suas idéias.²⁷ Combinando este peculiar caráter das normas de natureza principiológica com o vocabulário proposto por Philip Petit, podemos dizer que, em muitos casos, é possível argumentar tanto pela *promoção* das finalidades subjacentes à norma, quanto pela simples *obediência* aos comportamentos que ela descreve.

O “estado de coisas” deonticamente caracterizado pode ser encarado como um *mundo possível*, e a obrigação jurídica dos destinatários das normas consiste em torná-lo *efetivo*, fazendo com que coincidam o mundo possível e o mundo atual. Como observam Raúl Calvo Soler e Carlos Vernier, o que se exige do juiz como destinatário da norma envolvida é que *introduza um fato na cadeia causal de eventos do mundo* de modo a produzir um estado de coisas com propriedades idênticas ou semelhantes às do mundo possível querido pela norma.²⁸

²⁶ ÁVILA, H., **Teoria dos Princípios** (2005), p. 63.

²⁷ Como já observado acima, uma evidência de que nem sempre a mesma medida atenderá às duas normas hipotéticas reside no fato de que, no longo prazo, permitir a expressão de ideais totalitários ou de alguma forma não-democráticos pode gerar um estado de coisas no qual as pessoas têm menor liberdade de expressarem suas idéias (por exemplo, se a propaganda totalitária permitir que grupos contrários à liberdade de expressão detenham poder suficiente para fazer valer essa convicção).

²⁸ SOLER, R.C; VERNIER, C., op. cit, p. 160.

A decisão judicial é um evento que se insere nessa cadeia causal, na medida em que fará cessar ou permitirá a continuidade de certos comportamentos, bem como por sua aptidão para *multiplicar* ou *diminuir* a ocorrência de outros comportamentos desejáveis ou indesejáveis na sociedade. Deve-se averiguar em que medida cada uma das decisões possíveis *promoverá* na prática o fim cuja consecução é obrigatória. Isso fica evidente no caso das normas construídas como princípios, embora valha também para as regras. Se as normas jurídicas podem ser interpretadas como uma exigência de transformação do mundo atual em um mundo possível por meio da introdução de um novo fato em uma cadeia causal, então é possível afirmar que o trabalho do juiz envolve necessariamente um componente de avaliação empírica *conseqüencial*.²⁹ No mesmo sentido, Humberto Ávila afirma que, na aplicação de princípios, o aplicador deve “*argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta e a realização gradual do estado de coisas exigido*”.³⁰

Vale insistir no fato de que a *promoção* e a *obediência em sentido estrito* são na verdade duas formas de obedecer a normas jurídicas. *Prima facie*, não há motivo para pensar que a transposição dos conceitos de filosofia moral elaborados por Pettit prejudicará o caráter deontológico da obrigação do juiz para com a aplicação do Direito. Vejamos. A argumentação com base nas conseqüências pressupõe a adoção de algum critério para sua valoração;³¹ se quem avalia as conseqüências é o juiz, vinculado ao ordenamento jurídico, o que conta não são suas preferências, mas sim as *preferências expressas pelas normas*. Dadas duas possibilidades de decisão (x;y), se a decisão (x) promove o estado de coisas determinado pela norma aplicável em grau maior do que a decisão (y) (isto é, se as conseqüências de (x) contribuirão mais do que as de (y) para a efetivação desse estado de coisas), então a decisão (x) deve ser “preferida” pelo juiz em detrimento de (y). É preciso ter em mente, porém, que por trás da graduação de um conjunto de decisões (x;y;z) em função da preferência expressa nas normas jurídicas está, na verdade, a graduação do *nível de promoção da finalidade da norma que uma decisão terá como resultado* (avaliação empírica), cabendo ao juiz determinar se este nível específico de promoção *é ou não é o curso de ação exigido pela aplicação do*

²⁹ SOLER, R.C; VERNIER, C., op. cit, p. 160.

³⁰ ÁVILA, H., **Teoria dos Princípios** (2005), p.66. Fica patente, portanto, que a correção de argumentos conseqüencialistas depende não apenas da plausibilidade de sua recondução ao ordenamento jurídico, mas também da verdade dos *enunciados condicionais* que os sustentam – “Se eu adotar a decisão (x), então será produzida a conseqüência C”. Se não for verdadeira a correlação entre as ações possíveis e certos eventos, a correção do argumento ficará comprometida (SOLER, R.C; VERNIER, C., op. cit, 175). Este exame, que é necessariamente empírico, coloca sérios problemas para qualquer tentativa de se racionalizar a atividade de aplicação do Direito com base apenas em critérios jurídicos. Para uma análise dos problemas decorrentes dessa inevitável “transição do jurídico para o empírico” na argumentação baseada na promoção de estados de coisas, cf. SCHUARTZ, L.F. **Norma, Contingência e Racionalidade** (2005).

³¹ SOLER, R.C; VERNIER, C., op. cit, p. 168-171.

princípio (avaliação jurídica). A avaliação da compatibilidade entre o nível de promoção produzido pela decisão e o conteúdo normativo do princípio aplicado terá apenas dois resultados possíveis: “sim” ou “não”, “compatível” ou “incompatível”.

Assim, não há qualquer incompatibilidade entre a idéia de obediência como *promoção* e o caráter “deontológico” da aplicação de normas jurídicas, que a tradição do pensamento jurídico vê como uma exigência do ideal de Estado de Direito. Ao contrário, muitas vezes o órgão judicante *dependerá* de uma análise das possíveis conseqüências de cada curso decisório para identificar o que a aplicação do Direito exige no caso, como o exemplo da liberdade de expressão torna evidente.

Essas constatações são ainda mais persuasivas quando várias normas incidirem sobre o caso. Há certas relações de *interdependência* nos estados de coisas deonticamente caracterizados por princípios jurídicos que só podem ser identificadas e devidamente resolvidas por meio da análise das suas possíveis conseqüências.³² Na prática, a promoção da finalidade subjacente a um princípio pode interferir na promoção da finalidade de outro.

O Supremo Tribunal Federal se viu diante de evidente questão de interdependência no julgamento do Recurso Extraordinário n.135.328-7-SP.³³ O Estado de São Paulo argumentava que, a partir da Constituição de 1988, o Ministério Público somente poderia *exercer “funções compatíveis com a sua finalidade”*, qual seja, *“a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis”*, nos termos dos arts .127 e 129.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Dessa forma, segundo o Estado de São Paulo, o art. 68 do CPP, que estabelece a legitimidade do MP para a propositura de ação na esfera cível para reparação *ex delicto*, não

³² Se a efetivação dos mundos possíveis se dá em um mundo atual de recursos escassos, a consecução de certas metas em algum ponto comprometerá a de outras. Referindo-se especificamente aos *trade-offs* de proteção de direitos em uma dada sociedade, o economista Amartya Sen já demonstrou como o raciocínio consequencial *“facilita o discernimento quando investigamos os inescapáveis problemas de interdependência”* envolvidos (SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*, p. 90).

³³ Julgado em 29/06/1994. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 20.04.2001.

teria sido recepcionado pela Constituição. A função de representação judicial de pessoas com baixa renda teria sido atribuída pelo Constituinte a uma instituição específica: a Defensoria Pública, nos termos dos arts. 5º, LXXIV e 134.

Art. 5º.(...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

No decorrer dos debates entre os Ministros, o que poderia ter sido apenas uma interpretação de expressões como “funções compatíveis com sua finalidade”, “interesses sociais e individuais indisponíveis”, ou ainda das normas constitucionais que delimitam a competência da Defensoria Pública e do Ministério Público, tornou-se uma investigação acerca das possíveis *conseqüências* da não-recepção do art. 68 do CPP. A mudança de enfoque ficou particularmente evidente no Voto do Ministro Néri da Silveira, que asseverou:

*“Se o artigo 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 artigo 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 conseqüência contrária ao espírito da própria Constituição, pois ela quer os necessitados tenham assistência jurídica e judiciária pelo Estado”.*³⁴ (grifos meus)

Redescrevendo este raciocínio nos termos desenvolvidos ao longo do presente ensaio, poderíamos dizer que a decisão pela não-recepção do art. 68 do CPP seria um “elo” em uma cadeia causal que resultaria em um estado de coisas no qual *os pobres não teriam o seu acesso à justiça garantido* – um “mundo possível” contrário ao disposto no art. 5º, LXXIV da Constituição. Assim, a *obediência estrita* aos arts. 127, 129 e 134 impediria a *promoção* de

³⁴ No caso, o Supremo decidiu por unanimidade que o artigo 68 do CPP deixaria de ser aplicável *de forma progressiva* – isto é, somente poderia ser considerado incompatível com a Constituição na medida em que as Defensorias Públicas fossem sendo organizadas e aparelhadas nos Estados brasileiros.

fins deonticamente caracterizados pela Constituição Brasileira.³⁵ 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.

3. Conclusão. De volta à classificação de Humberto Ávila.

Podemos agora retornar à classificação proposta por Humberto Ávila. Conforme se pode observar a partir do julgamento da ADI 1.946-DF (Reforma da Previdência), os argumentos jurídicos fundados na avaliação das consequências da decisão podem, sim, ter como referência os “modos de ser” do Direito. Não há, em princípio, nenhum óbice à recondução de argumentos consequencialistas a *pontos objetivamente verificáveis* do ordenamento.³⁶ Não são, portanto, necessariamente menos compatíveis com os ideais do Estado de Direito e da Separação de Poderes do que argumentos lingüísticos ou sistemáticos. Ao contrário: em certos casos, argumentar com base nas consequências pode ser uma *maneira específica* de obedecer a normas jurídicas, voltada para a *promoção* de estados de coisas cuja consecução o ordenamento institui como obrigatória. Assim, *muitos argumentos fundados nas consequências podem ser reconstruídos como argumentos institucionais*.

Além disso, em casos de *interdependência* entre os estados de coisas deonticamente caracterizados por normas distintas, os argumentos consequencialistas podem funcionar como *argumentos sistemáticos* (“contextuais”, nos termos de Ávila), pois tratam da combinação teleológica entre outros princípios e a norma objeto de interpretação.³⁷ Analisar as consequências da aplicação de uma norma mostra como ela deve ser interpretada de forma sistemática em relação às demais normas do ordenamento, como no caso da imunidade do livro eletrônico. A polêmica em torno de sua tributação se funda na interpretação do artigo 150, VI, d), onde se encontra textualmente a expressão “imunidade do livro”.³⁸ Mas é possível argumentar em favor da imunidade do livro eletrônico conectando esta norma com o estado

³⁵ Utilizo a expressão “obediência estrita” para caracterizar um modo de aplicação que não se pauta pelas consequências da aplicação da norma.

³⁶ Não se nega que a pertinência dessa recondução possa sempre ser problematizada no caso concreto, especialmente por meio do questionamento da *relação de causalidade* apresentada entre a decisão e o mundo possível. Ainda assim, esse tipo de objeção deve ser feita *caso a caso*, não em *tese*; além disso, a própria problematização da relação de causalidade em um caso específico já pressupõe a possibilidade *em tese* de recondução de argumentos consequencialistas a normas jurídicas.

³⁷ ÁVILA, H., “Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico”, p. 11.

³⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

de coisas cuja consecução a liberdade de manifestação do torna obrigatória: tributar estas obras levaria a um mundo efetivo no qual as pessoas não desfrutam de plena liberdade de manifestação de pensamento. Neste caso, o que está em jogo é menos a “obediência estrita” (já que a simples tributação do livro eletrônico *não impedirá diretamente a manifestação do pensamento*), e mais a promoção da liberdade de pensamento. A relação sistemática entre as duas normas em jogo só fica evidente na consideração de conseqüências.

A classificação e a hierarquização de Ávila são pertinentes na medida em que argumentos *não-institucionais* devem possuir, de fato, um peso relativo menor na justificação de decisões judiciais. Mas não se pode afirmar que todo e qualquer argumento que apele a conseqüências ou efeitos práticos de um curso decisório vá ser necessariamente não-institucional. É preciso desfazer a identidade entre “argumentos não-institucionais” e “argumentos práticos”.

Um último ponto a ser ressaltado é que a análise conseqüencial nas decisões judiciais pode ser utilizada independentemente da adoção de qualquer concepção *conseqüencialista* ou *pragmatista* da função judicial.³⁹ Como afirma Perelman, a atribuição de *valor decisivo* às conseqüências de um ato na argumentação prática depende um acordo entre os participantes do discurso, ainda que implícito.⁴⁰ No caso da argumentação jurídica, é preciso que o auditório parta da premissa (em si já resultante de uma valoração) de que a correção das decisões judiciais dependerá *exclusivamente* do valor positivo de suas conseqüências. Não se afirma aqui um acordo deste tipo, mas sim que – contrariamente à posição de Ávila – um argumento fundado nas conseqüências não oferece necessariamente uma impossibilidade à recondução ao ordenamento jurídico, de modo que é precipitado atribuir-lhe por definição um peso subsidiário. Com base na argumentação desenvolvida até aqui, podemos afirmar que o *raciocínio conseqüencialista* parece ser inerente ao trabalho de interpretação e aplicação do Direito quando houver *princípios* envolvidos, na medida em que, nesses casos, sempre é possível argumentar pela *promoção do estado de coisas visado pela norma jurídica*.

5. Referências Bibliográficas

³⁹ No mesmo sentido, mas referindo-se à argumentação moral em geral, Amartya Sen afirma que o raciocínio baseado em conseqüências “*pode ser empregado de modo proveitoso mesmo quando o conseqüencialismo propriamente dito não é aceito*” (*Sobre Ética e Economia* (1999), p. 91).

⁴⁰ PERELMAN, C., op. cit, p. 22.

ÁVILA, H. “Argumentação Jurídica e Imunidade do Livro Eletrônico”, in **Revista Diálogo Jurídico**, v. I, nº. 5. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

_____. **Teoria dos Princípios**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOLER, R.C.; VERNIER, C. “Racionalidad de las justificaciones consecuencialistas en las decisiones judiciales”, in **Isonomía**, n.19, Out 2003.

DAVIS, N. “Contemporary Deontology”, in SINGER, P (ed.). **A Companion to Ethics**. 2ª ed. Blackwell Publishing, 1993.

HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge (MA): MIT Press, 1998.

HART, H. L. A. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in **Harvard Law Review**, v. 71, 1958.

JOBIM, N. “Discurso de posse como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral”, in **Revista Diálogo Jurídico**, nº. 11. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, fevereiro de 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/12/2004.

_____. Entrevista ao Jornal **Valor Econômico** de 13/12/2004.

NAGEL, R. **Constitutional Cultures**. The mentality and consequences of judicial review. London: University of California Press, 1989.

NOWAK, J. E.; ROTUNDA, R. D. **Constitutional Law**. St. Paul: West Publishing Co, 1995.

PERELMAN, C. **Retóricas**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PETTIT, P. “Consequentialism”. In SINGER, P (ed.). **A Companion to Ethics**. 2ª ed. Blackwell, 1993.

PETTIT, P; SMITH, M. “Global Consequentialism”, in HOOKER, B; MASON, E; MILLER, D. E. (eds.). **Morality, Rules and Consequences**. A critical reader. Edinburgh: Edinburg University Press, 2002.

POSNER, R. “Legal Pragmatism”, in **Metaphilosophy** Vol. 35, Nos.1/2, Jan 2004.

RAWLS, J. **A Theory of Justice**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1971.

SCHUARTZ, L. F. **Norma, Contingência e Racionalidade**. Estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEN, A. K. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. “The Discipline of Cost-Benefit Analysis”, in **Journal of Legal Studies**, vol. XXIX, Jun. 2000.

SUNSTEIN, C. **One Case at a Time**. Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2001.