

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO  
FACULDADE DE DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**MIGUEL CORDEIRO NUNES**

**CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E EFICIÊNCIA: UMA PERSPECTIVA ÉTICA**

**São Paulo  
2020**

**MIGUEL CORDEIRO NUNES**

**CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E EFICIÊNCIA: UMA PERSPECTIVA ÉTICA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge.

**São Paulo  
2020**

Nunes, Miguel Cordeiro.

"Consequencialismo judicial e eficiência: uma perspectiva ética". /  
Miguel Cordeiro Nunes . 2020.

148 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho -  
UNINOVE, São Paulo, 2020.

Orientador (a): Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge.

Consequencialismo judicial. 2. Eficiência. 3. Utilitarismo.  
4. Ética kantiana. 5. Teoria da justiça por equidade.

Jorge, André Guilherme Lemos.

II. Título.

**MIGUEL CORDEIRO NUNES**

**CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E EFICIÊNCIA: UMA PERSPECTIVA ÉTICA**

Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho como parte das exigências para a obtenção do título de Mestre em Direito

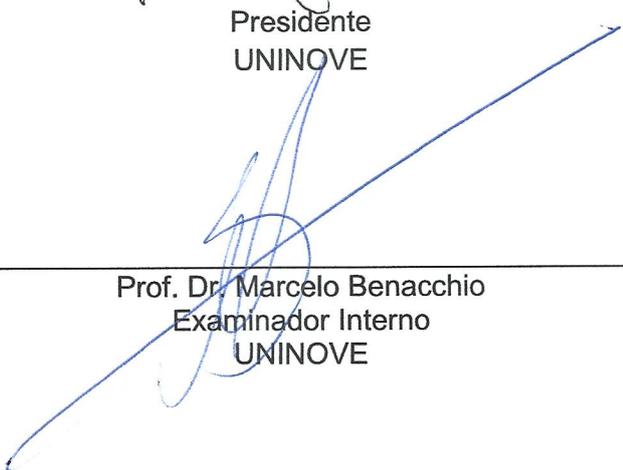
São Paulo, 14 de abril de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**



---

Prof. Dr. André Guilherme Lemos Jorge  
Presidente  
UNINOVE



---

Prof. Dr. Marcelo Benacchio  
Examinador Interno  
UNINOVE

---

Prof. Dr. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior  
Examinador Externo  
MACKENZIE

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da UNINOVE à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

À minha querida esposa e ao meu querido  
filho, motivos maior de viver.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha querida esposa Carolina e ao meu querido filho Gabriel, pelo amor e paciência incondicionais.

Ao Professor Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, exemplo maior e grande incentivador.

Ao meu orientador e Professor André Guilherme Lemos Jorge no que tange ao estímulo pela busca e sobretudo à convicção de que era possível.

E a Deus pela força quando o senso de orientação oscilou.

*“A justiça concentra em si toda a excelência.”*

(Aristóteles)

## RESUMO

A judicialização excessiva tem induzido à produção de decisões judiciais nem sempre balanceadas, pois, embora em muitos casos tenha solucionado a lide concreta entre as partes, tem produzido deletérios efeitos econômicos, sociais e políticos, muitas vezes de grande impacto, que não foram sopesados no momento da prolação. Inúmeros foram os exemplos e ruinosos os impactos gerados. O fenômeno justificou a discussão sobre a necessidade de o magistrado refletir sobre os efeitos potenciais de suas decisões antes de prolatá-las e a legislação civil veio a dispor sobre o dever nesse sentido. Muitos esforços relevantes têm sido feitos pelo Poder Judiciário para sopesar os efeitos de suas decisões antes de tomá-las, sem transgressão à lei, à jurisprudência, aos precedentes e aos princípios constitucionais, com vistas à assertividade e, sobretudo, eficiência de suas manifestações e, portanto, eficiência da própria jurisdição, numa perspectiva de sustentabilidade do sistema de distribuição de justiça. Entretanto, comumente ocorre de argumentos finalísticos embasarem decisões que se afastam da lei, o que, segundo os críticos, implica reprovável subordinação do justo e do bem a priori a meras considerações e cálculos consequencialistas. Nota-se que os opositores não fazem distinção entre esses dois modos de decidir, considerando a todos consequencialistas, por uma perspectiva negativista. O objetivo geral deste trabalho foi investigar se, do ponto de vista ético-filosófico, pode haver bom e mau consequencialismo e se há a possibilidade de decisões judiciais consequencialistas serem tomadas sem transgressão às regras e princípios que estruturam o ordenamento jurídico. Utilizou-se o método dedutivo, com pesquisa qualitativa exploratória, mediante levantamento bibliográfico e análise de caso. Diante dos resultados obtidos, concluiu-se pela possibilidade de mau uso do consequencialismo judicial, ante a ausência de critérios normativos de justificação da decisão que sopesem suas potenciais consequências, a incerteza sobre a confiabilidade de prognoses do magistrado e de mecanismos de estabilização de critérios normativos que evitem que o consequencialismo se torne mero artifício de justificação de decisões sem critérios claros e subordinadas a interesses desassociados de um senso adequado de justiça. Em contrapartida, apesar dos riscos apontados na primeira constatação, nota-se que o termo consequencialismo tornou-se polissêmico, induzindo a falhas de percepção que embasam críticas que não levam em conta a

efetiva possibilidade do magistrado, valendo-se da hermenêutica tradicional e elementos de outras áreas do conhecimento, sem afrontar a lei nem os princípios e regras constitucionais, extrair do ordenamento jurídico alternativas de solução, de modo que o sopesamento das potenciais consequências de cada alternativa sirva de suporte metodológico ao Magistrado no ato de decidir, sem nenhum comprometimento do bem, nem subordinação da justiça a valores de menor envergadura moral, não havendo necessariamente nenhuma tensão conceitual entre Estado de Direito e consequencialismo.

**Palavras-chave:** Consequencialismo judicial. Eficiência. Utilitarismo. Ética kantiana. Teoria da justiça por equidade.

## ABSTRACT

Excessive judicialization has induced the production of judicial decisions which are not always balanced, since, despite having in many cases solved concrete disputes between the parties, such decisions have resulted in detrimental economic, social and political effects that often have a great impact and that were not considered at the moment of the rendition of the judgment. Various have been the examples and ruinous has been the impact generated in such cases. This phenomenon has justified the discussion about the necessity that the magistrate ponder about the potential effects of his/her decisions before pronouncing them, and, in this sense, the civil legislation has provided for such duty. Many relevant efforts have been taken by the Judiciary Power to reflect on the effects of judges' decisions before taking them, without offending the law, the existing jurisprudence, precedents and constitutional principles, aiming at assertiveness, and especially at the efficiency of its manifestations, and, therefore, the efficiency of the very jurisdiction from a perspective of sustainability of the system of distribution of justice. Nevertheless, frequently there have been ultimate arguments grounding decisions that dismiss the law, and this, according to critics, implies unacceptable subordination of what is a priori right and good to mere considerations and consequentialist calculations. One can notice that opponents do not distinguish between these two modes of decision, by deeming them as consequentialist through a negativistic perspective. The main goal of the present study is to investigate whether, from the ethical-philosophical point of view, there can be good and bad consequentialism and whether there is the possibility that judicial consequentialist decisions can be made without violating the rules and principles that structure the legal system. For such an investigation the deductive method with qualitative exploratory research has been used along with a bibliographical survey and a case study. In the light of the findings, the conclusion was that there is the possibility of misuse of judicial consequentialism, in view of the absence of normative criteria for the justification of a decision which considers its potential consequences, the uncertainty about the reliability concerning the magistrate's prognosis, and mechanisms to stabilize normative criteria to prevent such consequentialism from becoming a mere expedient to justify decisions without clear criteria and subordinated to interests disassociated from an adequate sense of justice. On the other hand,

despite the efforts indicated in the first ascertainment, it is possible to notice that the term consequentialism has become polysemous, inducing errors of perception grounding criticism that does not take into account the effective possibility that the magistrate may have – by making use of the traditional hermeneutics and elements of other areas of knowledge, without any disregard for the law or the constitutional principles and norms – of extracting from the legal system alternative solutions in such a way that a consideration of the potential consequences of each alternative can be used as a methodological support to such Magistrate in the moment of decision neither doing any harm to the common good nor showing subordination of justice to lesser moral foundations, and, therefore, not necessarily showing any conceptual tension between a democratic rule-of-law state and consequentialism.

**Keywords:** Judicial consequentialism. Efficiency. Utilitarianism. Kantian Ethics. Theory of Justice for Equity.

## LISTA DE SIGLAS

ABRACRIM	Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ADCs	Ações Declaratórias de Constitucionalidade
AED	Análise Econômica do Direito
BACEN	Banco Central do Brasil
BB	Banco do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CEF	Caixa Econômica Federal
CEMN	Código de Ética da Magistratura Nacional
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
COPOM	Comitê de Política Monetária
EUA	Estados Unidos da América
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
SELIC	Sistema Especial de Liquidação e de Custódia
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>1 AS RAÍZES DO CONSEQUENCIALISMO NA ÉTICA UTILITARISTA</b> .....	<b>24</b>
1.1 A VIDA BOA NAS CONCEPÇÕES DA ANTIGA FILOSOFIA GREGA.....	24
1.2 TRAÇOS DAS IDEIAS UTILITARISTAS E CONSEQUENCIALISTAS EM MAQUIAVEL E DAVID HUME, E O UTILITARISMO DE WILLIAM PALEY E WILLIAM GODWIN .....	26
1.3 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E SEU PRINCÍPIO DA UTILIDADE .....	32
1.4 O ABRANDAMENTO DO UTILITARISMO DE BENTHAM EM JOHN STUART MILL .....	34
<b>2 JOHN RAWLS: A JUSTIÇA COMO EQUIDADE EM OPOSIÇÃO CONTEMPORÂNEA AO UTILITARISMO</b> .....	<b>41</b>
2.1 O QUE O UTILITARISMO E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE TEM A VER COM CONSEQUENCIALISMO? .....	41
2.2 AS BASES DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE .....	47
<b>2.2.1 Os fins não justificam os meios</b> .....	<b>47</b>
<b>2.2.2. Uma Releitura do Contratualismo: a Posição Original e o Véu da Ignorância</b> .....	<b>56</b>
2.2.2.1 O Contratualismo de Rawls .....	56
2.2.2.2 A Posição Original .....	58
2.2.2.3. A teleologia e o véu da ignorância.....	61
2.2.2.4. Pontos de partida imerecidos .....	64
<b>3 KANT E RAWLS: REFERÊNCIA E DISTANCIAMENTO</b> .....	<b>66</b>
3.1 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA EM RAWLS.....	66
3.2 BENS PRIMÁRIOS E AS DOCTRINAS ABRANGENTES .....	76
3.3 UNIVERSALISMO: DA ADOÇÃO À REJEIÇÃO NO PLURALISMO DE JOHN RAWLS.....	79
3.4 CONSEQUENCIALISMO EM RAWLS? .....	87

<b>4 EFICIÊNCIA E A POSITIVAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO.....</b>	<b>95</b>
4.1 ART. 20 DA LINDB E ART.25 DO CEMN: CONSEQUENCIALISMO E BUSCA DA EFICIÊNCIA .....	95
4.2 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, CONSEQUENCIALISMO E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA.....	111
4.3 O DEBATE NO SUPREMO .....	114
4.4 CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E EFICIÊNCIA: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO .....	117
<b>5 ANÁLISE DE CASOS.....</b>	<b>121</b>
5.1 MAXIDESVALORIZAÇÃO DO DÓLAR EM JANEIRO DE 1999 .....	121
5.2. REDUÇÃO FORÇADA DE JUROS PACTUADOS, CONTRATOS BANCÁRIOS E ELEMENTOS FORMATIVOS DA TAXA DE JUROS .....	127
5.3 EXTENSÃO INDEVIDA DE COBERTURA SECURITÁRIA.....	132
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>136</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>144</b>

## INTRODUÇÃO

As atuais demandas da sociedade brasileira, respaldadas e reconhecidas pelos direitos sociais e políticos inscritos na Constituição Federal (CF) de 1988, estão na base de uma significativa frustração coletiva decorrente do desatendimento a necessidades mezinhas nos campos da saúde, educação, segurança pública, emprego, previdência, ambiente de negócios, burocracia estatal, dentre outros.

Tais necessidades são históricas e antecedem a Constituição Federal, que nada mais fez que elencar no principal pacto social e político do Brasil contemporâneo o rol de itens cujo atendimento induziria não apenas a um país democrático e com liberdades políticas, mas sobretudo ao progresso geral de uma nação marcada desde sempre pela desigualdade de oportunidades.

Passados trinta anos de sua promulgação, são inegáveis os avanços em inúmeras áreas do cotidiano nacional, podendo-se dizer que a base sobre a qual se constrói o país idealizado naquela carta de intenções programáticas e consagrada de princípios que assumem notório caráter normativo, vai se consolidando gradativamente no que tange, pelo menos, à estabilidade política e democrática, apesar de tropeços de autoridades governamentais que flertam vez ou outra com o totalitarismo.

Tais alicerces, entretanto, são ainda frágeis no que concerne aos fundamentos essenciais ao desenvolvimento econômico e social, sem os quais resta ainda comprometido o avanço naquelas frentes de direitos fundamentais e de ambiente propício ao crescimento econômico que a Constituição tentou garantir.

Apesar do quanto certamente se progrediu a partir daquele momento histórico, e até mesmo em razão de sua ousada pretensão de ali abarcar vasta gama de aspirações nacionais no pós-regime de exceção, acentua-se progressivamente certa noção de que parte essencial dos direitos inseridos no texto constitucional não ultrapassa o status de garantia nominal. Não se conseguiu, ainda, erigir do plano de

intenções assentado naquele documento uma estrutura sólida e perene que viabilize o atingimento dos objetivos inicialmente traçados.

No plano político, tenta-se travar os embates que poderiam desatar os nós que retardam o desenvolvimento econômico do país para um satisfatório preenchimento das expectativas, até aqui frustradas, de um crescimento econômico sólido e sustentável.

Sempre se espera que desse processo democrático resultem reformas e alterações legislativas, assim como iniciativas do Executivo salutares e orientadas para o desenvolvimento que leve a efeitos distributivos e a oportunidades, de modo a induzir a uma menor desigualdade social e à redução da pobreza.

Notável, entretanto, que nessa área a progressão do debate se dê ainda de forma errática e insatisfatória. No plano federal, a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo tem sido marcada por certo clientelismo patrimonialista, com nítida subserviência do Parlamento, muito embora recentemente tenha cabido ao Legislativo Federal, principalmente à Câmara dos Deputados, certo protagonismo na tramitação e aprovação da reforma da Previdência Social, dada a inoperância do Executivo na articulação do avanço da reforma.

Mas, de modo geral, e de longa data, na espera de benesses vindas do Executivo na forma de incentivo a uma coalisão assumida como essencial à governabilidade, tem se apequenado o Parlamento na missão de dar curso a uma atuação que resulte em legislação satisfatória sobre temas essenciais à consecução dos objetivos inscritos na Constituição Federal.

Como consequência natural desse descompasso entre as expectativas geradas pela Lei Maior de um lado e, de outro, os tímidos avanços na concreção de direitos fundamentais, na criação de ambiente propício ao investimento e crescimento e na higidez da relação dos agentes econômicos com o Poder Público, as circunstâncias ensejaram que, por meio da advocacia, da imprensa e das redes sociais, os holofotes da nação se deslocassem gradativamente dos Poderes

Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, em suas várias instâncias, mas principalmente para o Supremo Tribunal Federal, em busca de “execução”, por assim dizer, forçada, de direitos e expectativas insatisfeitos, o que por si só tende a distorções e inúmeras tensões, inclusive entre os Poderes constituídos.

Apesar de inúmeros gargalos administrativos, a resposta do Poder Judiciário tem sido até notável em dar curso à uma demanda por Justiça que, desde então, cresceu e avolumou-se num nível que desafia os inúmeros esforços de planejamento e execução até aqui envidados, por mais sérios e robustos que sejam.

Ampliação de quadros, expansão de estruturas e reformas importantes ainda se mostram insuficientes para fazer frente aos reclamos de um país que, desde a promulgação da Constituição de 1988, enveredou pelo litígio judicial em detrimento das vias amigáveis da conciliação e autocomposição.

Para além do reconhecimento dos inegáveis esforços desse Poder em suas várias frentes e instâncias, há que se debruçar, porém, sobre as evidentes oportunidades de melhoria na prestação jurisdicional, por meio de uma reflexão crítica e construtiva que busque caminhos.

A complexidade que reveste as relações sociais, traduzidas em intrincadas interações entre indivíduo, sociedade civil, mercado e Estado, tornou a existência em sociedade e as demandas que dela surgem um desafio monumental para aqueles aos quais cabe institucionalmente decidir conflitos.

Para agravar o quadro, não importando a dimensão dos esforços feitos, fato é que, na percepção dos destinatários da prestação jurisdicional, o Judiciário brasileiro é considerado lento, ineficaz e caro.

Apesar das iniciativas legislativas no sentido de se prestigiar a força dos precedentes judiciais, na falta de previsibilidade na sua atuação, o Poder alçado à condição de última esperança para a concreção de direitos vê adentrar às suas portas, atônito, volume de demandas incompatível com sua capacidade de processamento, e

o que dirá de aprofundamento e compreensão das causas não corriqueiras e mais complexas.

Naturalmente, tais percalços tendem à prolação de decisões apressadas frente à necessidade de produção, já que, por outro lado e felizmente, internaliza-se aos poucos e a fórceps a noção de que a justiça lenta não é justiça. Ainda que imperfeita, a justiça se faz mediante celeridade na tramitação dos processos, pois, em termos análogos, não é útil que ao doente que entre numa farmácia em busca de medicamento, pague por ele para recebê-lo anos depois<sup>1</sup>.

Nem se diga, entretanto, que as decisões, em razão dessa necessidade de celeridade, são produzidas em série, como numa linha de montagem, e que isso teria o condão de comprometer a identificação de causas que mereçam maior atenção, dados os efeitos que a decisão pode gerar para além da mera relação entre as partes.

Esse seria um mal menor. Linha de montagem pressupõe método de produção, especialização de seus operadores, premissas de eficiência na utilização de recursos escassos como o precioso tempo dos magistrados, seus assessores e serventia, regras de segurança e *compliance*, como adotadas por grandes corporações nacionais em atendimento a disposições de inúmeras legislações.

Mas isso falta ao *modus operandi* da ainda arcaica e muitas vezes barroca administração da Justiça, tomando-se por parâmetro o atual grau de desenvolvimento de técnicas de gestão corporativa no setor privado.

Impõe-se a constatação de que, ressalvados louváveis esforços envidados pelo Conselho Nacional de Justiça no sentido de incorporar noções e princípios de modernização e eficiência ao sistema, falta ao servidor o incentivo meritocrático e, ao sistema de distribuição de justiça como um todo, falta sobretudo um urgente sentido

---

<sup>1</sup> Segundo dados do CNJ, em que pese sensível redução do tempo médio de vida de um processo, a média é ainda de oito anos, significativamente aquém do idealizado pelo princípio da duração razoável do processo.

de governança judiciária. Pode-se dizer ainda que, dada a monumental dimensão das estruturas do Poder Judiciário em seus vários níveis, falta-lhe a noção de eficiência e de governança que ordinariamente aparelha grandes estruturas privadas.

Porém, no que tange à razão primordial da Justiça - a tomada de decisões judiciais - a aclamação desse Poder como esperança última de realização de objetivos constitucionais idealizados, com frequência o seduz a resvalar por searas do conhecimento que ou não lhe são próprias ou com as quais não tem a necessária familiaridade para um exercício proficiente da jurisdição.

Apesar da possibilidade de o juiz poder se valer do expert ou, em situações especiais, do *amicus curiae*, tais recursos têm sido subutilizados nas causas que demandam maior aprofundamento, inclusive no que se refere à efetividade da decisão a ser tomada quanto à extensão de seus efeitos, e não se mostram ainda suficientes para sanar o hiato que separa as ciências jurídica e econômica no repertório de parte dos magistrados, em que pese a relação quase íntima entre ambas áreas do conhecimento.

No que tange a atuação de magistrados atentos à necessidade de maior interface não apenas entre essas duas áreas, mas do Direito com outras, como Sociologia, Ciências Políticas, Tecnologia etc., constata-se que seus esforços, com frequência, os levam a prolatar decisões monocráticas e colegiadas marcadas pela versatilidade, pelo equilíbrio, pela ponderação, com resultados satisfatórios que acabam por fixar entendimentos sólidos e balizados, um tributo à segurança jurídica e à pacificação social.

Quanto àqueles desatentos à necessidade de algum nível de interdisciplinaridade, que pautam suas decisões e votos mais pela intuição ou inclinação pessoal do que pelo exercício sério da hermenêutica, sem apreço pela extensão de suas consequências, cuja avaliação, como se verá neste trabalho, é salutar ao processo decisório, tribute-se a esses o desacerto de muitas decisões em demandas que, independentemente de grande ou pequena repercussão, têm no mínimo o condão de invariavelmente sinalizar para os jurisdicionados como

magistrados e tribunais tendem a decidir questões de direito em casos idênticos ou análogos.

É útil aos esforços para uma jurisdição mais efetiva e eficaz que se reconheça que, neste ponto, reside paradoxalmente um fator que inviabiliza a proficiência plena do sistema judicial brasileiro, na medida em que, não raro, prolatam-se decisões múltiplas e descoordenadas, muitas vezes sem um vetor de orientação claro e seguro, frequentemente sem observância de parâmetros fixados por Tribunais Superiores, em decisões esparsas ou mesmo com caráter vinculante.

É o que, em parte, induz o jurisdicionado à loteria de tentar a sorte em demandas judiciais que abarrotam varas e tribunais, apenas porque os sinais algumas vezes confusos emitidos pelo Poder Judiciário prometem, de certa forma, a chance de uma decisão favorável, quando o jurisdicionado, na verdade, e sobretudo, merece um grau satisfatório de previsibilidade das decisões judiciais, até para que, com maior grau de acerto, tome a decisão de aforar ou não a demanda em busca de tutela do direito que entende lhe ser devido. Aqui já se faz notar a íntima relação deste ponto com o assoberbamento das varas e tribunais.

Porém, reconheça-se que não tem se mostrado suficiente o quanto parte dos juízes se esforçam para ponderar e considerar os efeitos de suas decisões, sem se afastarem da lei e pautados por elementos de outras áreas do conhecimento úteis à decisão judicial. Tais esforços não anulam os efeitos de decisões de outros juízes que decidem com claro escopo finalístico, cujo resultado é o fim em si mesmo a justificar o afastamento da lei, da jurisprudência, das normas de agências reguladoras às quais são delegadas atividades essenciais ao bom funcionamento das estruturas básicas da sociedade, instituições e mercado.

A esse modo de decidir, que privilegia os fins em detrimento dos meios, a crítica acaba equivocadamente por equiparar a todos os esforços judiciais de se considerar os impactos econômicos, sociais e políticos das decisões, independentemente do quão mais ou menos cautelosos, legalistas e atentos à jurisprudência dos tribunais

tenham sido os prolores da decisão. Rotula-se de consequencialista a ambos os modos de decidir, sem que se faça distinção.

A crítica ao consequencialismo judicial parece não distinguir entre um e outro, o que não contribui para um debate sereno e que, inclusive, aponte para a solução de problemas como a falta de critérios normativos de orientação sobre como, quando e se deve o juiz levar em conta as consequências da decisão, a depender da causa sob sua análise.

Para além do fato do termo “consequencialismo” comportar mais de um significado, sendo portanto, polissêmico, nota-se ainda haver componentes de natureza ideológico-filosófica a nortear as discussões sobre o tema.

Qual a razão da prevenção e até mesmo aversão de parte da comunidade jurídica em relação à ponderação dos possíveis efeitos das decisões judiciais como fator decisório? Por que as críticas que se fazem raramente distinguem as decisões que, embora sopesem seus potenciais efeitos, não se afastam da lei nem de sólidos princípios de justiça, daquelas decisões que, sob pretexto meramente finalístico, buscam atingir objetivos, não importando os meios, contornando, se preciso, óbices legais por hermenêuticos mecanismos de interpretação? Por que é ainda incipiente a discussão sobre a elaboração de critérios normativos, no bojo de uma teoria da decisão judicial, que organizem e parametrizem as hipóteses em que o consequencialismo judicial desempenhe função de ferramenta útil ao magistrado, sem gerar tensões decorrentes de possíveis afrontas a princípios de Justiça e ao Estado de Direito?

Seria válido indagar se parte da comunidade jurídica comunga do racionalismo e do ideal kantiano de que uma ação boa a priori simplesmente vale por si, não dependendo de nada mais, muito menos de suas consequências, para que se lhe reconheça o valor intrínseco?

Seria pertinente supor que a ética utilitarista, dominante pelos dois últimos séculos nas democracias ocidentais, sendo o inverso do racionalismo kantiano, tenha

levado a sua lógica de valorizar as ações pelas consequências que possam produzir, e não por algo que lhe seja intrínseco, aos estertores do egoísmo e das desigualdades econômicas e sociais, gerando em parte dos pensadores e da comunidade jurídica prevenção contra éticas que privilegiem os fins em detrimento dos meios para alcançá-los, e que tal racionalização marginalize todo e qualquer procedimento de decisão, judicial inclusive, que tenha nas consequências um fator decisório?

O objetivo deste trabalho consiste na investigação sobre se, do ponto de vista ético-filosófico, haveria um bom e um mau consequencialismo. Busca-se resposta à questão sobre se é factível que o magistrado decida de modo consequencialista, sem transgressão da lei, de princípios constitucionais e de direitos fundamentais, em que a ponderação dos potenciais efeitos da decisão seja não mais que importante, porém não obrigatória, ferramenta de apoio hermenêutico, e não um protagonista mecanismo de justificação para o alcance de resultados ao arrepio do que importa para um ordenamento jurídico que inspire justiça, previsibilidade e segurança jurídica.

Para o alcance desse objetivo geral, foram definidos os seguintes passos. Primeiramente, buscou-se os traços do princípio teleológico na Antiguidade, perpassando pelos precursores do Utilitarismo na Idade Moderna, investigando suas motivações e sua ética do prazer e da felicidade em relação a objetivos finalísticos condicionadores das ações. Pontualmente, confrontou-se tal ideário com a rival escola filosófica de Kant, que postulava princípios opostos no que tange ao idealizado valor universal da boa ação humana.

A partir daí, procurou-se identificar na contemporaneidade os desdobramentos desse pensamento kantiano, consistente na teoria da justiça como equidade, expressão da filosofia política de John Rawls, que, tendo partido do racionalismo e do conceito de imperativo categórico de valores universais, deu um passo adiante para deduzir princípios de justiça pretensamente hábeis à concepção de uma sociedade justa e pacífica, ainda que profundamente dividida em suas crenças morais, filosóficas, políticas e religiosas, num pluralismo de coexistência pacífica entre éticas abrangentes.

Procurou-se ainda interpretar e compreender as razões da aversão ao consequencialismo à luz da evolução dessas linhas de pensamento, algumas marcadas por forte viés pragmático, outras pautadas pelo racionalismo e pela busca de princípios de índole universal.

Especulou-se, por fim, sobre a possibilidade de que tais arcabouços ético-filosóficos operem em níveis de subconsciência, de modo a predispor a academia e operadores do direito a um debate que pouco esclarece sobre os efetivos riscos em contraposição a possíveis vantagens de um processo decisório que contemple o consequencialismo como método, como ferramenta de hermenêutica que aprimore a teoria da decisão judicial.

O presente estudo justifica-se pela necessidade de uma reflexão que contemporize valores jurídicos que se antagonizam em torno de posições que, embora igualmente designadas de consequencialistas, são essencialmente diferentes. Isso porque, é possível que ambas tenham nas consequências apenas um breve ponto de intersecção, que não autoriza que sejam consideradas sem distinção como se governadas pelos mesmos desígnios psicológicos. É possível que para uma das posições, a consequência seja um fim em si mesmo a ser atingido a qualquer custo, quando, para outra, a consideração das consequências não seja mais que uma referência de valor, passível de eventual utilização num conjunto mais amplo de regras de hermenêutica, como suporte útil à uma decisão judicial que mais atenda a necessidade das partes, sem, entretanto, produzir efeitos deletérios no espectro mais amplo da sociedade.

O método científico utilizado neste trabalho é o dedutivo. A pesquisa qualitativa exploratória baseou-se em bibliografia adequada ao tema, ainda que escassa no que concerne especificamente ao “consequencialismo”, tendo perpassado por autores filiados à filosofia política e moral, assim como juristas, com posterior análise de caso.

Para fins de uma melhor compreensão, o trabalho encontra-se estruturado em capítulos. No capítulo um, faz-se uma digressão pelo pensamento filosófico em busca

das raízes teleológicas da ação humana, com ênfase na ética utilitarista, pela relação que tem com o tema do trabalho.

No capítulo dois, reflete-se sobre a teoria da justiça como equidade, de forte base kantiana e contraponto, em grande medida, à ética utilitarista da justificação das ações pelo valor de suas consequências, em detrimento do valor a priori das próprias ações.

No capítulo três investiga-se a relação entre princípios de justiça, universalismo kantiano e o consequencialismo diluído na ação humana como elemento indissociável de sua natureza na busca do sentido da existência.

No capítulo quatro discute-se o consequencialismo no contexto do pensamento jurídico nacional, suas fragilidades, seus acertos e, em traços insipientes, em que consistiriam as possibilidades de seu aprimoramento em busca de maior eficiência.

No capítulo cinco, faz-se a análise de três exemplos, em dois dos quais o tema consequencialismo, mais pela ausência de avaliação dos possíveis efeitos da decisão, desempenhou papel relevante no ato decisório, fazendo-se sentir na forma e na extensão dos problemas efetivos ou potenciais que se seguiram.

Espera-se que as reflexões sobre o tema possam de algum modo contribuir para um novo olhar sobre o consequencialismo e as oportunidades de aperfeiçoamento de sua utilização como suporte ao magistrado no ato de decidir.

Por fim, o tema, como desenvolvido, amolda-se à primeira linha de pesquisa sugerida pela Universidade, com concentração na sustentabilidade dos Sistemas de Justiça, sob o paradigma da eficiência.

## 1 AS RAÍZES DO CONSEQUENCIALISMO NA ÉTICA UTILITARISTA

### 1.1 A VIDA BOA NAS CONCEPÇÕES DA ANTIGA FILOSOFIA GREGA

A tese central do Utilitarismo, tal como inicialmente concebida no século XVIII, centra-se na premissa de que as ações devem buscar o maior bem-estar possível para o maior número de pessoas possível. Infere-se da proposição que, com tais ações, deve-se igualmente objetivar que aquele bem-estar produza o menor sofrimento para o menor número possível de pessoas.

Nessa concepção, o prazer é inerente à noção de bem-estar. Há, portanto, intrínseco ao conceito de bem-estar, um inequívoco elemento de hedonismo como finalidade a ser alcançada pelo menos por uma maioria.

A ideia de que há um propósito para todas as ações humanas remete à antiga filosofia grega. Desde a Antiguidade, tem-se a noção de que é inerente ao ser humano a busca da felicidade, o que os filósofos chamavam de “vida boa”.

Nisso reside o germe da noção de que as ações, assim como as intenções que as precedem, existem e se dão em função de um fim desejado, mas não sem dividir os críticos e aderentes a essa ideia que, na linha do tempo, vão se posicionar de várias maneiras ante a natureza da relação que possa haver entre a escolha das ações e seus resultados, no que tange ao valor intrínseco das primeiras ou ao valor que se lhes atribuem as consequências. Amaral (2019, p. 188), ao discorrer sobre o tema, afirma:

Os cínicos e os sofistas na antiguidade já demonstraram que a busca dos *fins* sem preocupação com os *meios* fará da justiça um ideal meramente secundário, tema que será retomado pelo relativismo moral, que tudo aceita e a tudo se conforma. Nesse sentido é essencial dar a palavra a uma ética verdadeiramente humanista, que centra no caráter do ator, iluminado pela *prudência*, o foco das atenções – e não apenas na consequência dos atos, como os utilitaristas [e os neopositivistas]; no cumprimento de deveres, como os estóicos, ou na sua imperatividade, como os kantianos -, e que deverá tornar a *iustitia*, enquanto virtude social e propósito fundamental do direito, da qual é objeto, coluna mestra da atividade jurídica e da formulação das políticas públicas. (grifo do autor).

Se por um lado, Sócrates e Platão associavam a vida boa à virtude de valores moralmente elevados, indutores de paz e harmonia interiores, Epicuro foi o filósofo que mais diretamente sustentou que a principal razão de viver, o que dava sentido à vida, era o prazer.

Muito embora Epicuro alertasse para o risco do abuso desenfreado dos prazeres comprometer a saúde, e apesar de sustentar que os prazeres superiores como o estudo e a amizade são tão importantes quanto os prazeres da carne, sendo a virtude, portanto, um pressuposto da boa vida, alguns de seus contemporâneos imaginavam que Epicuro vivesse uma vida de prazeres inferiores, sendo que essa noção de certa forma se estende aos dias atuais, já que no Ocidente, com ligeira conotação negativa, considera-se hedonista, no senso comum, quem vive uma vida boa, porém desregrada e no sentido dos prazeres recreativos e frívolos, se comparados à virtude moral de Sócrates e Platão como condição para uma boa vida.

Parte da percepção negativa que se tem do Utilitarismo e do consequencialismo que motiva as ações reside nessa leitura reducionista e menos condescendente que se tem do pensamento epicurista sobre a função do prazer como elemento constitutivo do bem-estar, da vida boa, do bem viver.

Sócrates e Platão viam na virtude moral, assim como Epicuro via no prazer, a essência da vida boa, embora este último não descurasse da importância de valores éticos como âncora para que o homem não se perca na busca da felicidade.

Aristóteles, todavia, com um olhar mais amplo, concilia de certa forma essas duas visões, considerando que a virtude e os prazeres desempenham relevante papel na equação que possa resultar num viver com plenitude.

A filosofia aristotélica, que na *Ética a Nicômaco* salienta o papel da virtude no bem viver (ARISTÓTELES, 2009), pois a ética teria por escopo a busca da excelência

como finalidade do ser humano, não deixa de reservar ao prazer relevante papel na pavimentação dos caminhos que podem levar à felicidade<sup>2</sup>.

Para Luc Ferry, “a questão da vida boa para os mortais é a questão suprema da filosofia, aquela que determina mais ou menos secretamente todas as outras sem por isso excluí-las”, pois, segundo ele, “todas as grandes filosofias, sem nenhuma exceção, culminam com a questão da vida boa, que sempre está ligada, explicitamente ou não, à questão da vitória sobre o medo da morte, da finitude humana” (FERRY e CAPELIER, 2017, p. 22 e 26).

Desde a Antiguidade, portanto, o critério teleológico das ações orienta a busca do prazer e do bem-estar constitutivos da noção de felicidade, não se podendo, portanto, deixar de considerá-lo como fundacional do quanto a ética utilitarista, da qual é inerente o consequencialismo, viria a propor vinte séculos depois.

## 1.2 TRAÇOS DAS IDEIAS UTILITARISTAS E CONSEQUENCIALISTAS EM MAQUIAVEL E DAVID HUME, E O UTILITARISMO DE WILLIAM PALEY E WILLIAM GODWIN

É preciso reconhecer que, antes que Jeremy Bentham viesse a lançar as bases conceituais sobre as quais mais solidamente edificaria sua ética utilitarista, cuja ancestralidade remonta à Antiguidade, não se pode deixar de registrar que Maquiavel (2000), embora criticasse dois séculos antes a teleologia aristotélica, ao descrever o Estado como ele é e não como deveria ser, propõe, em *O Príncipe*, um *modus*

---

<sup>2</sup> Na *Ética a Nicômaco*, Aristóteles pontua: “Portanto, o supremo bem será uma certa forma de prazer, ainda que haja muitas formas de prazer más, podendo até acontecer que haja uma forma de prazer absolutamente má. É por este motivo que todos pensam que a vida feliz é uma vida doce e envolvem o prazer na felicidade, o que de resto faz todo o sentido, porquanto nenhuma atividade está completada se experimentar algum impedimento, e a felicidade é uma das atividades completas. É por esta razão que para um homem ser feliz precisa ainda de bens para o corpo, bens exteriores, e ainda de sorte, para que a falta dela não se converta em nenhuma forma de impedimento. [...] É por se precisar tanto da boa sorte que parece a alguns ser o mesmo que felicidade, embora não o seja. Pois, na verdade, quando a boa sorte é excessiva pode constituir-se numa forma de impedimento de uma atividade e, assim, talvez não seja adequado chamar-lhe boa sorte, porquanto ela apenas pode ser definida por relação com a felicidade.” (p.170 e 171).

*operandi* marcado pelo cálculo estratégico das consequências que se deve buscar em cada ação planejada e refletida por quem detém e deseja manter o poder.

Ao sugerir que o mal deve ser feito de uma vez, assim como o bem deve se fazer aos poucos, Maquiavel pressupõe que seja da natureza humana alguém esquecer rapidamente o bem que lhe é feito, de modo que o fracionamento, na linha do tempo, do fazer o bem tende a manter satisfeito por mais tempo o destinatário da benesse.

Contrário senso, segundo o pensador, convém fazer o mal de uma vez, pelo trauma que causa, já que seu fracionamento só tenderia ao acirramento e intensificação da contrariedade do destinatário da ação.

Não se tratando de um teórico do absolutismo, Maquiavel admite que o poder possa ser tomado ao herdeiro do trono por quem se mostre mais competente para o exercício do poder, pois, na sua concepção, ao povo interessa mais quem possa bem exercer o poder com maior competência, do que se submeter a um herdeiro que não reúna as virtudes essenciais ao mando.

A amoralidade que marca o pensamento de Maquiavel tem um viés notadamente prático por apartar a ética do pensamento político, assim como seu distanciamento da ética cristã o torna livre para propor as soluções que, embora choquem pela frieza calculista, destinam-se claramente à estabilidade do governo, numa época de instabilidades corriqueiras que tendiam a conflagrações sucessivas e consequente perda de vidas.

Esse traço de praticidade voltado à manutenção do poder permeia toda a obra referida, razão pela qual vale o registro de que, analisadas sob esse aspecto, as proposições contidas em *O Príncipe* configuram estratégias políticas de caráter teleológico e, portanto, consequencialista, que acabam induzindo a um senso comum equivocado de que o filósofo era de fato, por tal razão, a encarnação do mal, nos termos da aparente maldade de suas proposições.

Não obstante, é inexorável a constatação de que os postulados da obra sejam atualmente, ainda que com adaptações, largamente aplicados por quem seja detentor de poder em quaisquer níveis que se considere.

E talvez nisso ainda resida, em parte, o ressentimento de que a premissa de que “os fins justificam os meios”, embutida no pensamento de Maquiavel, estaria de algum modo associada à percepção de riscos de decisões judiciais pautadas exclusivamente pela consideração de suas potenciais consequências, como se a consecução do bem e do justo pudesse estar, de algum modo, subordinada a frias e insensíveis fórmulas calculistas voltadas apenas ao atingimento de objetivos determinados.

Ainda antes de Bentham, David Hume (1711-1776), filósofo escocês, cético na metafísica, ensaiou um viés certamente utilitarista e consequencialista nos campos da moral e da política, evitando buscar a legitimidade do governo na sua origem, como fazia John Locke, para centrar essa legitimidade na utilidade do governo<sup>3</sup> (HUME, 1999, p. 195, 208 e 212).

Como visto, a noção do que mais adiante viria a ser conhecido como Utilitarismo esteve, assim, esparsa na ideia de filósofos desde a Grécia Antiga, mas veio a tomar forma como escola filosófica autônoma em fins do século XVIII, no pensamento de iluministas como William Paley, Jeremy Bentham e William Godwin.

---

<sup>3</sup> No ensaio *Da Origem do Governo*, David Hume sustenta preocupação de natureza consequencialista quando assevera que “O Sultão é senhor da vida e da fortuna de qualquer indivíduo, mas não lhe é permitido cobrar novos impostos de seus súditos; um monarca francês pode cobrar os impostos que lhe aprouver, **mas consideraria perigoso atentar contra a vida e a fortuna dos súditos**” (HUME, David, *Da Origem do Governo*, In: *Os Pensadores*, p.195, grifo nosso). No ensaio *Do Contrato Original*, na página 208 da mesma obra, Hume, contestando John Locke, sustenta a legitimidade do governo na sua utilidade e não na sua origem, quando diz que “[...] seria totalmente impossível viver em sociedade ou pelo menos numa sociedade civilizada, sem leis, magistrados e juízes para impedir os abusos dos fortes contra os fracos, dos violentos contra os justos e equitativos [...]. **Se se perguntar qual a razão dessa obediência que somos obrigados a prestar ao governo, prontamente responderei que ‘porque de outro modo a sociedade não poderia subsistir’**” (grifo nosso), e na página 212, que “A Doutrina que baseia todo governo legítimo num ‘contrato original’ ou no consentimento do povo, pertence a esse tipo, e o mais conhecido de seus partidários (citando J. Locke na nota 1), em sua defesa, não hesitou em afirmar que a monarquia absoluta é incompatível com a sociedade civil, e portanto de modo algum pode ser uma forma de governo civil”.

William Paley, em *The Principles of Moral and Political Philosophy*, de 1786, professando sua fé religiosa, e sendo ele mesmo um homem ligado à Igreja da Inglaterra, postulava a premissa de que os homens deveriam agir de modo a promover o bem-estar geral das pessoas, pois isso era o que Deus, por sua benevolência, esperava da humanidade.

Em que pese o conservadorismo do pensamento religioso de William Paley, as concepções utilitaristas acabaram por restar mais associadas ao radicalismo político de William Godwin e ao ateísmo de Jeremy Bentham (MULGAN, 2014, p. 14 e 15).

William Godwin, em *Political Justice*, de 1793, tinha predileção por defender suas teses por meio de exemplos heterodoxos e impactantes, tal como o dilema do arcebispo e da camareira, que consistia na opção que alguém, estando no interior de um prédio em chamas, e podendo salvar apenas uma pessoa, deveria fazer entre salvar um arcebispo ou uma camareira. Para o filósofo, o arcebispo deveria ser salvo por representar um valor maior para o bem-estar da maioria das pessoas do que a vida da camareira (MULGAN, 2014, p. 134).

Por maior que seja a controvérsia suscitada pela escolha que faz o filósofo pela vida do arcebispo em detrimento da vida da camareira, considera-se, para fins de compreensão da ideia central de seu utilitarismo, que a decisão a ser tomada deve conceitualmente colimar um resultado que seja mais proveitoso para um maior número de pessoas possível.

A literatura tende a expressar o pensamento dominante de seu tempo. Para Otto Maria Carpeaux (CARPEAUX, 1962), a Revolução Francesa teve o condão de contagiar a Europa e o continente americano com uma literatura marcadamente emocional, que veio a ser intitulada de Romantismo, cujo movimento se expressa, de certa forma, nas revoluções desencadeadas entre fins do século XVIII e meados do século XIX. Carpeaux assim se referiu ao Romantismo:

É literatura política, mesmo e justamente quando pretende ser apolítica. A Revolução Francesa satisfaz reivindicações que se exprimiram através do pré-romantismo: o descontentamento sentimental e o popularismo

encontram-se na mística democrática do “instinto sempre certo” do povo. Mas a revolução não satisfaz da mesma maneira àqueles pré-românticos, que não eram políticos, nem homem de negócios, nem homens do povo, e sim literatos, os primeiros literatos profissionais: estes foram logo excluídos da nova sociedade burguesa, que não admitiu outro critério de valor, senão o utilitarista. (CARPEAUX, 1962, p. 1651).

A literatura, assim, não deixou de registrar adesão àquele conceito básico do Utilitarismo consistente no bem que se busca em favor de uma maioria, ainda que, para tanto e por vezes, seja incontornável o sofrimento de uma minoria de pessoas.

Mary Shelley, filha do utilitarista William Godwin e da escritora feminista Mary Wollstonecraft Godwin<sup>4</sup>, passava o verão com seu marido, o poeta inglês Percy B. Shelley, às margens de um lago suíço, na companhia de Lorde Byron e outros intelectuais em 1816, discutindo teorias sobre a vida orgânica e temas relacionados, tendo-se, na ocasião, abordado inclusive a possibilidade de reanimação de cadáveres, quando Lorde Byron propôs que cada um ali presente escrevesse uma história fantasmagórica (CARPEAUX, 1962, p. 1935).

Em meio aos debates filosóficos e especulações científicas, Mary Shelley concebeu o núcleo de uma história que, a pedido de seu marido, viria a ser ampliado para o formato de um romance que veio a ser publicado em 1818, sob o título de *Frankenstein ou o Prometeu Moderno*.

Na trama, Victor Frankenstein, um jovem estudante de Ciências naturais, ambicionando descobrir o mistério da vida para criar um ser idealizado, dá forma, a partir de partes de cadáveres, a um ser de dimensões gigantescas e aparência horripilante que, após animado, horroriza a seu próprio criador e é por este abandonado.

---

<sup>4</sup> Assim, Otto Maria Carpeaux se refere ao casal de progenitores da autora de *Frankenstein ou o Prometeu Moderno*: “O utopista inglês é William Godwin, anarquista teórico, herdeiro das ideias de Helvétius e Holbach e companheiro de Paine; como este, foi de descendência sectária, insuflando ao enciclopedismo francês o hálito do sectarismo da “Terceira Igreja”. Ao seu lado, sua mulher Mary Wollstonecraft Godwin é a primeira feminista partidária do amor livre, representando um anarco-comunismo sentimental, entendendo-se a palavra “sentimental” no sentido de “instintivo”, “irracional”.

Posteriormente, pela rejeição que sofre por parte da humanidade, o monstro exige de Frankenstein a criação de uma fêmea, portadora das mesmas deformidades, com quem pudesse conviver e por quem pudesse se sentir amado. O desatendimento à exigência implicaria a perda dos entes queridos de Frankenstein.

Trata-se da primeira obra de ficção científica e que, no título, já traz embutido o dilema moral consistente no drama de Prometeu que, segundo a mitologia grega, por amor aos homens, enganou a Zeus, tendo-lhe roubado o fogo da vida para entregá-lo aos homens, submetendo-se, por isso, ao castigo de ficar permanentemente acorrentado ao cume do monte Cáucaso, com o fígado exposto sendo devorado por um abutre durante o dia para que, à noite, regenerando-se o órgão, continuasse a ser devorado durante o dia, num suplício sem fim, por trinta mil anos.

O dilema posto pelo monstro ao seu criador, portanto, tinha por medida as consequências nefastas que porventura adviriam do desatendimento ao pedido de criação de uma fêmea: a morte dos entes queridos.

O cálculo racional levado a efeito por Victor Frankenstein pautou-se evidentemente pela ética do Utilitarismo, então sempre em discussão nas rodas intelectuais de que participava a autora da obra.

Por considerar que uma fêmea tornaria o monstro mais forte e imprevisível, elevando o risco para a humanidade, principalmente diante da hipótese de prole portadora das mesmas monstruosidades, Victor adota a medida que, a seu ver, traria maior benefício a um maior número de pessoas possível – a humanidade, ainda que isso representasse um alto custo pessoal, com a perda de vidas de pessoas próximas<sup>5</sup> (SHELLEY, 1998, p. 161).

---

<sup>5</sup> O elemento de justificação da decisão que faz o protagonista constitui-se num evidente racional consequencialista, em aplicação direta do postulado utilitarista que se consolidava no pensamento filosófico de então: “Mesmo que viesse a deixar a Europa e habitar as paragens do Novo Mundo, poderia advir que um dos primeiros resultados do relacionamento por que suspirava o monstro fosse a geração de filhos, e uma raça de demônios se propagaria pela Terra, espalhando o terror entre a

Aqui, portanto, ainda que no plano ficcional, a aplicação prática de uma ética que, nas consequências de atos e decisões, encontraria sua justificação plena.

### 1.3 O UTILITARISMO DE JEREMY BENTHAM E SEU PRINCÍPIO DA UTILIDADE

É Jeremy Bentham (1748-1832) quem vai estruturar os postulados utilitaristas como escola filosófica autônoma:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma que distingue o que é reto do que é errado, e por outra, a cadeia das causas e dos efeitos. (BENTHAM, 1974, p. 9).

Além de ter se envolvido de modo relevante com a política de sua época, Bentham desenvolveu ainda o sistema penitenciário conhecido e intitulado como panóptico, cujo modo de vigilância era possível em razão de uma arquitetura peculiar, com objetivo bem específico e endereçado, aplicável não apenas a prisões, mas a escolas, aos hospitais e ainda, aos hospícios.

O projeto continha uma edificação periférica e uma edificação central, que seria uma espécie de torre de vigilância com acesso ilimitado a todos os cômodos da edificação periférica, em razão do projeto arquitetônico que tinha.

Através de construções vazadas, janelas e orifícios era possível monitorar o que se passasse no interior de cada sala, aposento ou cela da edificação periférica. A privacidade devia ser vedada no cárcere.

Segundo Anna Gicelle Garcia Alaniz, Bentham, que de fato tinha um olhar peculiar e exótico sobre as coisas, via nos direitos humanos um traço de egoísmo a

---

espécie humana. Tinha eu o direito de, em meu próprio benefício, infligir tal maldição às gerações vindouras?"

ser combatido em nome do bem comum, em razão do que se opunha as agitações sociais que culminaram na derrocada da Coroa Francesa em 1789:

Bentham acreditava que a privacidade não era saudável do ponto de vista social. Ele se opunha à Revolução Francesa porque acreditava que os direitos humanos aprofundavam o egoísmo, característica suficientemente ruim no ser humano que não precisava ser estimulada, ao contrário, precisava ser combatida em nome do bem comum, da felicidade humana. (ALANIZ, 2013, 6'50").

A felicidade humana viria a ser o objetivo principal das formulações filosóficas de Bentham. E ao descrever o princípio da utilidade, verifica-se que Bentham, na verdade, por esse termo quer significar o princípio da maior felicidade<sup>6</sup>. O princípio da utilidade, ou princípio da maior felicidade, consistiria em “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”. (BENTHAM, 1974, p. 9).

É Bentham quem vai propor e dar forma ao princípio ético do qual aqui se tem falado, de que a boa ação seria aquela capaz de produzir o maior bem para o maior número de pessoas possível, com o menor sacrifício e dor ao menor número de pessoas possível.

O pensador, de certa forma, endossa o hedonismo epicurista, na medida em que professa “[...] a visão de que o prazer e a dor são a base da moralidade [...]” (MULGAN, 2014, p. 18).

Na visão que propõe Bentham, há que se fazer um cálculo utilitarista que mensure “quantitativamente” o bem que se deve buscar com as ações, residindo nisso a característica consequencialista desse paradigma de conceito ético.

---

<sup>6</sup> Bentham vai sustentar, na nota 1 da página 9 da obra citada, que “ ‘o princípio que estabelece a maior felicidade de todos aqueles cujo interesse está em jogo, como sendo justa e adequada finalidade da ação humana e até única finalidade justa, adequada e universalmente desejável; da ação humana, digo, em qualquer situação ou estado da vida, sobretudo na condição de funcionário ou grupo de funcionários que exercem os poderes de governo.’ A palavra ‘utilidade’ não ressalta as ideias de prazer e dor com tanta clareza como ‘felicidade’ (*happiness, felicity*)...”

Nessa perspectiva, o prazer mais intenso seria melhor que o prazer menos intenso. O prazer de um fausto banquete seria superior àquele produzido pela leitura de uma obra literária densa e longa, por mais edificante que fosse.

A concepção de cálculo do prazer, que para Bentham finalisticamente se deve buscar com as ações, pode ser representada pelo exemplo do trem desgovernado que, podendo ser desviado numa bifurcação que levaria ao atropelamento de cinco trabalhadores braçais, deve ainda assim ser mantido em seu curso normal, se no outro lado da bifurcação estiver um médico que atenda a um grande número de pessoas numa aldeia em que é o único profissional da saúde.

Por essa ótica, a vida do médico valeria, então, mais que a das outras cinco pessoas, pelo bem que ele, vivo, pode ministrar aos pacientes da comunidade em que é único profissional da área.

As controvérsias que naturalmente e desde então surgiram de tais e polêmicas proposições são em grande parte responsáveis pelos dilemas éticos que até o presente acaloram discussões sobre a conveniência de se praticar uma ação em função de suas possíveis consequências, pautada no Utilitarismo clássico.

De um lado, há quem aplauda o sacrifício das minorias em prol de uma bem-aventurada maioria, pelo menos até que não se esteja entre os que compõem a minoria a ser sacrificada, quando a má sorte bater à porta. De outro lado há os detratores dessa proposição, que não admitem a injusta concepção de que a finalidade do bem a ser proporcionado ao maior número de pessoas possa se dar, de forma eticamente justificada, ao elevado custo do mal que se cause a uma minoria.

#### 1.4 O ABRANDAMENTO DO UTILITARISMO DE BENTHAM EM JOHN STUART MILL

Pupilo de Bentham, porque o também utilitarista James Mill confiou àquele a educação de seu filho, John Stuart Mill veio a dar um passo adiante no sentido de abrandar as proposições de seu mentor.

Para Mill, o Utilitarismo de Bentham era frio e calculista. Mill passa a incorporar em seus argumentos os Direitos Humanos e o direito ao voto feminino.

Ele vai buscar na Filosofia clássica a recuperação dos elementos aptos à distinção entre bem e mal. Os prazeres como componentes da equação da busca pela felicidade vão desempenhar em Mill um papel relevante nas escolhas e na forma de calcular os resultados em função dos quais as ações devem ser tomadas.

Se, por um lado, em Bentham havia certa noção coletivista na busca do bem-estar para o maior número de pessoas possível, Mill, para além de distinguir e qualificar os prazeres entre superiores e inferiores com vistas a nortear o tomador de decisões, ainda incluiu um componente essencial ao liberalismo, consistente numa noção de maior individualidade.

Mas como para Bentham, em Mill, as pessoas podem ser verdadeiramente felizes se buscarem maximizar a utilidade, ou a felicidade, incrementando o que lhes proporcione prazer, diminuindo o que lhes cause dor.

Porém reconhece-se que, de certa forma, J. S. Mill humaniza o Utilitarismo de Bentham, conforme se verifica em inúmeras passagens de sua clássica obra, *Utilitarismo* (MILL, 2007, p. 84):

As regras morais que proíbem a humanidade de prejudicar um ao outro (na qual nunca devemos nos esquecer de incluir interferência injusta na liberdade do outro) são mais vitais para o bem-estar humano do que quaisquer máximas, por mais importantes que possam ser, que apenas indicam o melhor modo de administrar alguns departamentos dos assuntos humanos.

Mill vai incorporar à fórmula do Utilitarismo a liberdade do indivíduo<sup>7</sup>. Na sua visão, naquele contexto do nascente liberalismo econômico, Mill vai defender, em

---

<sup>7</sup> Na p. 70 do *Utilitarismo*, Mill sustenta que “Ninguém deseja que as leis devam interferir em todos os detalhes da vida privada; ainda assim cada um admite que, em toda a conduta diária, uma pessoa se possa mostrar justa ou injusta [...]. Sentiríamos sempre prazer, e em concordância com nossos sentimentos de adaptação que atos considerados injustos devessem ser punidos, embora nem sempre achemos conveniente que isso deva ser realizado por tribunais. Renunciamos a tal satisfação por causa das inconveniências acidentais.” (MILL, 2007, p. 70).

*Princípios da Economia Política*, que “Qualquer um que professe o menor respeito pela liberdade ou dignidade humana, colocará em dúvida que há ou deve haver, na existência de todo ser humano, um espaço que deve ser sagrado [...]” (SIMÕES, 2016, p. 5).

O filósofo e economista político vai também expressar a preocupação de distinguir os prazeres inferiores e abomináveis, e que possam causar mal às pessoas, daqueles prazeres superiores, ligados, por exemplo, ao exercício do intelecto (MILL, 2007, p. 25 e 26):

É melhor ser um ser humano insatisfeito do que um porco satisfeito; melhor ser Sócrates insatisfeito do que um tolo satisfeito. E se o tolo ou o porco são de opinião diferente, é porque eles apenas conhecem seu próprio lado da questão. A outra parte, em comparação, conhece ambos os lados. Pode ser contestado que muitos que são capazes dos prazeres mais elevados, ocasionalmente, sob influência de tentações, os preterem pelos inferiores. Mas isto modo algum é incompatível com uma avaliação total da superioridade intrínseca dos prazeres superiores. Os homens, frequentemente, por fraqueza de caráter, escolhem o bem mais próximo, embora saibam que ele é menos valioso; e isso não ocorre menos quando a escolha se dá entre dois prazeres corpóreos do que quando ocorre entre corpóreo e o mental. Eles buscam, prazeres sensuais em detrimento de sua saúde, embora estejam perfeitamente conscientes de que a saúde seja o bem maior.

Entretanto, umas das principais críticas aos postulados utilitaristas, especialmente no que tange à premissa de que uma ação é boa se produz o bem-estar da maioria, concerne à probabilidade de desrespeito aos direitos individuais, pois, pelo senso comum de tal premissa, poder-se-ia sugerir a conveniência de se lançar aos leões os cristãos, ou até mesmo de punir inocentes com vistas a se evitar a revolta da turba (MULGAN, 2014, p. 135). Para os críticos, ação deve ter valor em si, independentemente de seus efeitos.

Segundo Rawls, tanto Hume quanto Kant acreditavam que é na própria natureza humana que surge a ordem moral, como o sentimento, a razão:

Acreditam também que saber e ter consciência de como agir é dado diretamente a toda pessoa que seja normalmente razoável e conscienciosa. E, por fim, acreditam que somos constituídos de tal modo que temos em nossa natureza motivos suficientes para nos levar a agir como devemos, sem a necessidade de sanções externas, ou pelo menos não sob a forma de

recompensas ou punições impostas por Deus ou pelo Estado. (RAWLS, 2000, p. 35).

Mill se contrapunha a Kant quanto aos fundamentos de sua moral nos princípios a priori, pois, como visto acima, para Kant, uma ação deve valer por si mesma, pelo princípio que a suporta, pouco importando suas consequências (KANT, 2018, p. 41):

Portanto, o valor moral da ação não se situa no efeito esperado, e também não em algum princípio da ação que precise emprestar sua motivação desse efeito esperado. Pois todos esses efeitos (a comodidade da própria situação, ou até a promoção da felicidade alheia) poderiam ser produzidas também por outras causas, e, portanto, para isso não haveria necessidade da vontade de um ser racional, o único lugar em que pode ser encontrado o bem incondicional e supremo. Por isso nada pode importar além da ideia da lei em si, que naturalmente socorre o ser racional, na medida em que ela, e não o esperado efeito, é a motivação determinante da vontade, ou seja aquele bem tão excelente que chamamos de moral, e que já está presente na própria pessoa que age de acordo, mas que não deve ser esperado, em primeiro lugar, do efeito.

Ademais, o imperativo categórico, pressuposto fundamental da filosofia moral de Kant, pressupõe o dever de toda e qualquer pessoa agir conforme os princípios que ela própria pretende que sejam observados e seguidos por todos os seres humanos, como se tais princípios se constituíssem numa verdadeira lei da natureza humana.

A universalidade, portanto, ou a imponível característica de ampliação universal do dever de agir conforme preceitos a priori, seria componente do agir pautado pela ética de uma ação boa em si mesma.

Vale aqui um parêntese para o destaque de que a conexão desta ideia com o tema do consequencialismo judicial consiste no fato de que os críticos deste último não raro invocam a necessidade de universalidade de uma decisão judicial, ou seja, na possibilidade de ela ser aplicada a todos os casos de litígio análogo indistintamente, do que decorreria a inadequação de se ponderar a tomada de uma decisão tida por universal e justa em função de alguma consequência que ela possa gerar.

De volta à oposição entre os pensadores, na percepção de Mill, o problema de se lastrear a moral em conceito a priori, é que a moral se torna formal e por demais abstrata:

Quando Kant propõe (como observado anteriormente) como princípio fundamental da moral, “Age de modo que a regra de tua ação possa ser adotada como lei por todos os seres racionais”, ele virtualmente reconhece que o interesse da humanidade como coletividade, ou pelo menos da humanidade sem discriminações, deve estar no espírito do agente quando julga de forma consciente sobre a moralidade de uma ação. (MILL, 2007, p. 76).

Fato é que um dos motivos centrais do antagonismo que opõe Kant a Mill reside exatamente no critério de valoração de uma determinada ação, pois, se para o primeiro, o valor da ação baseada em princípio de aplicação universal é intrínseco a ela mesma, não dependendo das boas, más ou nefastas consequências que possam vir a produzir, para o segundo, não se concebe o valor de uma ação ou decisão sem consideração de seus efeitos práticos.

Vale aqui pontuar, em síntese, as seis questões que J. S. Mill trabalha em seu Utilitarismo, de 1861, e que importam pelos relevantes efeitos que tais ideias de lastro do liberalismo político produziram no Ocidente desde o século XIX até o presente:

1. A felicidade, como a coisa mais desejada, é representada pelo bem-estar, consistente este na ausência de dor. É um equívoco pensar que se busca outra coisa, pois de fato nada mais se faz do que buscar evitar a dor e maximizar o prazer da existência (maximizar a utilidade), o que não tem o condão de afastar a virtude, porque esta não se opõe à busca do bem-estar, já que a felicidade é um de seus elementos integrativos;
2. O fazer o bem implica o incremento da felicidade geral, assim como, por outro lado, tem-se por imoral satisfazer o prazer de poucos com sacrifícios suportados por muitos;
3. Ao distinguir os prazeres superiores dos prazeres inferiores, Mill estabelece um marco moral orientador da busca da felicidade;

4. Ao contrário de Kant, cuja moral assenta-se nas intenções das ações como parâmetro de sua valoração, para Bentham e Mill são as consequências do ato que devem nortear a decisão sobre como agir, sendo irrelevante a intenção, já que o que se busca é maximizar a utilidade (a felicidade), entendida esta como bem-estar para o maior número de pessoas possível, ao menor custo de sofrimento para o menor número de pessoas possível;
5. É eticamente válido o sacrifício de poucos em benefício da maioria, da coletividade, sem descurar-se, para Mill, do objetivo de preservação dos direitos individuais toda vez que recomendável que não se aplique o consequencialismo da regra utilitarista;
6. O natural sentimento de justiça tende a motivar o ser moral, sendo que, pela educação, tal sentimento tende a se expandir entre os homens, assentando esse sentimento que todos acalentam.

De todo o modo, se de um lado as elaborações ético-conceituais do Utilitarismo por vezes levam a dilemas de difícil superação no que concerne à moral de determinadas ações pautadas exclusivamente em objetivos teleológicos, por outro lado o rigor kantiano de desconsiderar as consequências das ações para fins de sua valoração culminam, muitas vezes, em ações que, embora conceitualmente possam ter valor intrínseco, acabam por gerar efeitos deletérios para relevante número de indivíduos afetados pela ação ou decisão.

Tal aspecto pode facilmente levar a que se inquine de inconsequente o agir ou o decidir que desconsidere os efeitos das decisões ou das ações. É a postura que provavelmente tomarão não apenas os afetados direta ou potencialmente, mas por quem se dedique ao estudo da temática da ética filosófica, opondo-se aos postulados de Kant e aos filósofos a ele filiados, no que tange ao valor intrínseco dos princípios e das intenções e a aversão ao consequencialismo que, na visão de Kant, tende sempre a depender das inclinações pessoais de quem decide praticar determinada ação.

Já se alegou que o Utilitarismo seria um modo de tratar questões morais sem Deus. Porém, a imparcialidade, que é um dos componentes da equação utilitarista, parece tangenciar comandos morais tipicamente cristãos, tais como aqueles contidos na Bíblia (MATEUS, 5:44-48), segundo os quais há mais mérito em amar o inimigo e orar por aqueles que os perseguem, do que amar àqueles que os amam, já que nada de mais há nisso, procedendo assim “publicanos e pagãos”.

Entretanto, essa imparcialidade, como uma das características centrais da ética utilitarista, não a desonera dos constrangimentos que suas proposições por vezes provocam.

## **2 JOHN RAWLS: A JUSTIÇA COMO EQUIDADE EM OPOSIÇÃO CONTEMPORÂNEA AO UTILITARISMO**

### **2.1 O QUE O UTILITARISMO E A JUSTIÇA COMO EQUIDADE TEM A VER COM CONSEQUENCIALISMO?**

No capítulo anterior, esboçou-se uma síntese da evolução do pensamento moral em busca do que se poderia entender por uma vida boa e de sua interdependência com a ideia de prazer, de utilidade ou, ainda mais especificamente, com a ideia de felicidade, nas palavras de Jeremy Bentham (1974).

Tratou-se, ainda que de forma breve, do pensamento de Bentham e de seus antecessores, bem como dos postulados de seu principal pupilo e sucessor, John Stuart Mill, e de como esse modo de pensar sobre a sociedade levou à construção de uma polêmica ética vinculativa do valor das ações às suas consequências, como se o valor de uma ação dependesse exclusivamente dos efeitos que viesse a produzir, subordinando-se o ato de decidir, que antecede à ação, a uma avaliação de suas consequências.

Pontuou-se a oposição de J. S. Mill à ética kantiana do agir com base em princípios a priori, eis que o imperativo categórico, de Kant, pressupõe o valor de uma ação condicionado à sua universalidade, para que possa ser por todos adotada (“aja de tal forma que a sua máxima se transforme numa lei universal”).

Viu-se que, nessa perspectiva kantiana, da qual Mill diverge, abomina-se qualquer ética, principalmente a utilitarista, que porventura subordine o valor de uma ação à conveniência da avaliação de suas consequências.

A importância desse enfrentamento kantiano-utilitarista liga-se intimamente ao objetivo deste trabalho no que concerne às considerações sobre a necessidade de o magistrado ser conseqüente ao exarar suas decisões, e se tal preocupação consequencialista implica inevitavelmente à subordinação do justo e do bem a postulados utilitaristas que possam ser inquinados de menor envergadura moral.

Isto, porque, uma das significativas críticas que se faz ao consequencialismo judicial ou, como queira, à prática de sopesar as consequências da decisão judicial antes de tomá-la, consiste no que se poderia caracterizar como reprovável submissão da ideia do justo e do bem a inconvenientes e imorais cálculos e avaliações sobre as possíveis consequências da decisão, já que, por um viés kantiano, valores tidos por universais, como, por exemplo, o direito à vida, jamais poderiam se submeter a quaisquer outros condicionantes que não os estritos meios pelos quais tais valores devam ser, a qualquer custo, alcançados e satisfeitos.

Exemplo prático de tal dilema pode ser representado pela realidade de muitos municípios brasileiros de orçamento modesto que, constrangidos por determinações judiciais imponíveis de custeio de tratamento médico de alto custo, acabam por, antecipadamente, reservar parte relevante de suas receitas, às vezes excedendo a 40%, apenas para atender a tais e análogas determinações que, por certo, continuarão a ser prolatadas.

Exaradas sob o argumento de prevalência do princípio do direito constitucional à vida, tais decisões, por vezes, produzem nefastas consequências orçamentárias e sociais, de um lado engessando a administração, e de outro privando a população local do mínimo básico em termos de atendimento à saúde.

Decisões assim, por certo, não se renderam ao princípio utilitarista de focar nas consequências como fator modulador dos termos da própria decisão tomada, dada a universalidade do valor atribuído à vida e à dignidade da pessoa humana.

Outra severa crítica que se faz está atenta aos artifícios voltados a estratégias processuais que contornem a literalidade dos textos legais, em franco desserviço ao uso responsável do sopesamento das consequências das decisões.

É inescapável a constatação do fato de que a ética utilitarista, de certa maneira, acabou formatando e orientando, pelos dois séculos que se seguiram ao seu surgimento, desde os precursores dessas linhas filosóficas, o pensamento e as ações da contemporaneidade ocidental, não se descartando que, no caso brasileiro, a

grande desigualdade social decorra, em parte, de se ter erigido, sobre fatores moralmente aleatórios e inadequados, instituições sociais e políticas públicas pouco aptas à correção de distorções e assimetrias (SCHÜLER, 2017, 34'4"), em que pese esforços envidados nas últimas duas décadas.

Portanto, é natural que, dadas as desigualdades material e de oportunidades que grassam na sociedade brasileira, alguns magistrados, sucumbindo ao canto das sereias, alcem-se à condição heroica de dizer não a preocupações aparentes e meramente consequencialistas, quando na mesa de decisão remanescem direitos fundamentais à espera de tutela jurisdicional.

É ainda inexorável a percepção de que a impotência e incapacidade dos Poderes Executivos e Legislativos federais em dar concretude às expectativas geradas pela Constituição de 1988 acabaram por colocar o Poder Judiciário, antes coadjuvante na periferia do sistema, no centro do teatro de operações, no qual assumiu protagonismo que, por vezes, o faz resvalar pelo ativismo judicial, pelo decisionismo e pelo intuicionismo, geradores de insegurança jurídica.

É também notável que, sob pretexto de se combater os deslizos do Poder Judiciário, coloque-se em sua conta as alegadas mazelas do artifício de apoio hermenêutico em que consiste o consequencialismo judicial, como se este fosse mais um resquício utilitarista de um pouco elevado objetivo de subordinar a consecução de relevantes direitos fundamentais a fórmulas e cálculos destinados à mera avaliação de potenciais consequências que, sendo verdade, implicaria gravosa e perigosa inversão de valores.

Não bastasse, constata-se grande confusão e generalização no uso do termo consequencialismo judicial. Louváveis esforços judiciais, pautados na lei e nos princípios e regras constitucionais, e que se apoiam, quando necessário, numa avaliação das possíveis consequências das alternativas de decisão que se extraem do ordenamento são, por vezes, indevidamente irmanados a decisões que, à margem de uma sólida referência legal, e sob pretexto de aplicação de um princípio constitucional qualquer, culminam em puro decisionismo sem lastro em pesquisa

empírica que ateste a dimensão das consequências, não raro sob o argumento *ad terrorem* do quanto, por exemplo, poderá custar aos cofres públicos uma decisão diversa (MAGALHÃES, 2017, 7'48").

Trata-se de um desserviço, tal tipo de confusão, pois inquina-se de consequencialista, sem qualquer distinção, tanto aquelas decisões açodadas e mal-fundamentadas, quanto aquelas outras decisões pautadas pela legalidade, pelos princípios e regras constitucionais e por dados empíricos essenciais à análise de seus potenciais impactos econômicos e sociais.

Não a destempo, o pensamento político-filosófico progrediu a ponto de se estabelecer, em face do Utilitarismo, uma salutar tentativa de equacionamento de graves problemas relacionados ao binômio igualdade-liberdade que, na perspectiva das filosofias políticas dos séculos XIX e XX, pareceu ser de insolúvel incompatibilidade.

Fruto de reflexões iniciais e elaborações filosóficas que datam dos anos 50 do séc. XX, John Rawls (1921-2003) apresenta, em 1971, *Uma Teoria da Justiça*, que já surge como obra-prima, aclamada e celebrada por muitos como a obra de filosofia política mais relevante do século, e cujos postulados provocaram ampla discussão no âmbito acadêmico que, nos anos seguintes, levaram a algum nível de revisão pelo filósofo, todavia sem alteração substancial de suas ideias, algumas bastante originais, e que, de certa maneira, fizeram frente ao até então reinante Utilitarismo.

Rawls segue sendo, no séc. XXI, um dos autores mais discutidos e debatidos no campo da filosofia política, tendo se dedicado por décadas à tentativa de elaboração de uma teoria da justiça:

Vale a pena lembrar, de toda a forma, o esforço de Rawls para dar conta das objeções de seus leitores. Poucos pensadores contemporâneos foram tão discutidos e tão minuciosamente criticados. Poucos levaram tão a sério as observações de seus leitores mais atentos. (KUNTZ, 2011, 4'25").

Sua teoria da justiça está centrada em intensos e contínuos esforços de compatibilização de dois valores que, durante os dois séculos anteriores, colocaram em posições antagônicas pensadores e formuladores de propostas de reestruturação das sociedades humanas: os valores da liberdade e da igualdade.

Se, de um lado, o Utilitarismo objetiva o bem-estar de uma maioria, ainda que para tanto, uma minoria sofra de forma justificada em razão de um bem maior; e deve-se buscar a execução de ações que levem a esses fins, sem o que tais ações seriam desprovidas de valor, por outro lado, Rawls se contrapõe a isso, reprovando a busca de consequências que possam justificar as ações.

Se a partir de J. S. Mill, em seu Utilitarismo abrandado e mais humanizado em relação a Bentham, passa-se a valorizar em boa medida a individualidade e, portanto, a liberdade, em Rawls, as liberdades da cidadania numa sociedade justa não podem ser passíveis de negociação e de cálculos sobre as possíveis consequências das ações que afetem tais liberdades, ainda que em prol do bem-estar de uma maioria:

**Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.** Por essa razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. **Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.** Portanto numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; **os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais.** A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior. Sendo virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça são inegociáveis. (RAWLS, 1997, p. 4, grifos nossos).

Se em Bentham, o gênero humano foi colocado sob o domínio soberano de dois senhores, o senhor da dor e o senhor do prazer, competindo-lhes apontar o que deve ser feito, bem como subordinando-lhes a norma que distingue o que é reto do que é errado, assim como a cadeia das causas e dos efeitos (BENTHAM, 1974), Rawls, nutrindo-se dos fatos e da realidade de seu tempo e espaço, mais especificamente nos Estados Unidos da América (EUA) do pós-Segunda Guerra Mundial, vai propor uma perspectiva diferente e, em boa medida, original.

Através de seus vários escritos, Rawls buscou elaborar uma teoria da justiça que contemplasse dois valores supremos, o da liberdade e o da igualdade. Atribuiu à conjugação de tais valores a busca pela mais abrangente solução que satisfatoriamente pudesse responder à questão que tem desafiado as grandes filosofias políticas dos últimos séculos:

[...] responder uma pergunta aparentemente simples, aparentemente trivial, mas que é uma questão complexa, difícil de ser respondida, ela não admite respostas simples. A pergunta é: o que é uma sociedade justa? (ARAÚJO, 2003, 3'50").

O autor é explícito em contestar o Utilitarismo, colocando em cheque a ética que tolere o método pelo qual o fim justifica os meios, principalmente os artifícios através dos quais um ser humano possa ser por outro utilizado como um meio para o atingimento de um objetivo particular qualquer:

Rawls, quando escreveu essa sua obra em 1971, ele apresentou sua teoria da justiça com esse termo: *fairness* (equidade) para mostrar com clareza que ela se apresentava como uma alternativa clara ao utilitarismo, na medida em que ela é inspirada num princípio ético fundamental, segundo o qual o outro jamais pode ser utilizado como um simples meio para atingir meus próprios fins. Essa é uma ideia fundamental para o Rawls, **um princípio ético deve governar qualquer sociedade e suas instituições. É a ideia de que o outro, e a relação com o outro, deve ser pautada na ideia de que ele é um fim em si mesmo, e nunca um meio para os meus próprios fins.** (ARAÚJO, 2003, 43'25", grifo nosso).

O ponto de partida e os sofisticados mecanismos de reflexão tendentes à edificação dos postulados da "justiça como equidade" sobre os valores da liberdade e da igualdade eram promissores desde os escritos seminais, e se confirmaram, em *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, e foram ratificados em *O Liberalismo Político*, de 1993, como aptos ao confronto com o Utilitarismo, notando-se, desde o início, a filiação rawlsoniana ao pensamento de Kant, o que por certo manteria em cheque a ética da busca das consequências como vetor valorativo das ações, por se constituir este em um dos atributos principais do Utilitarismo:

Em 1958, ele lançou um *paper* que é o primeiro, digamos assim, é o *paper* seminal da Teoria da Justiça, *justice as fairness*, onde ele apresenta já uma formulação kantiana da teoria da justiça, da ideia de justiça, a partir do que viria a ser depois a visão da "posição original". (SCHÜLER, 2017, 2'45", grifo nosso).

A teoria da justiça como equidade não trata de teoria da decisão judicial, mas dos arranjos institucionais que pessoas livres e iguais, irmanadas em espírito cooperativo e numa perspectiva contratualista, engendram hipoteticamente para responder àquela questão já aqui citada: o que é uma sociedade justa?

De todo o modo, tais correntes de pensamento e os embates filosóficos entre elas travados, são, na perspectiva deste trabalho, o leito onde se lança a âncora das discussões sobre a conveniência da adoção de posturas consequencialistas pelos magistrados, sobre riscos, fragilidades e vantagens do consequencialismo judicial, quando, nesta última hipótese, é adotada por juízes atentos ao que acontece à sua volta. Essa perspectiva se desdobra, portanto, em um viés filosófico e em um outro, de praticidade, sendo que este último será tratado nos dois capítulos finais.

No que tange ao viés filosófico, dada a sobreposição que o tema sofre por força dos robustos, porém contestados, postulados de Rawls e respectivas imbricações com o Utilitarismo e, portanto, com a anti-kantiana ética finalística de valoração das ações a partir de suas consequências potenciais, vale uma incursão pelos pilares do pensamento rawlsoniano acerca de sua tese principal da justiça como equidade.

## 2.2 AS BASES DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

### 2.2.1 Os fins não justificam os meios

A ideia da justiça como equidade, que Rawls vai lapidar em *Uma Teoria da Justiça*, tem como poderosa motivação a busca de respostas à questão do que deve ser entendido por uma sociedade justa, questão de fato aparentemente simples, porém de uma extrema ousadia, se considerada a complexidade da sociedade e as dificuldades de conciliação de inúmeros fatores que comprometem um caminho tranquilo em direção a um conjunto de soluções que culminem num arranjo social que resulte em um incontroverso e razoável sentimento de justiça. Sim, uma utopia.

Rawls faz todo um esforço para equacionar conflitos da tradição do pensamento de John Locke, que valoriza direitos individuais como as liberdades de pensamento, de consciência e de propriedade - as chamadas liberdades dos modernos, e a tradição representada por Jean-Jacques Rousseau - tais como as chamadas liberdades dos antigos - as liberdades políticas e as liberdades da vida pública. Para Kuntz:

[...] justiça como equidade, é o conceito forjado por Rawls na tentativa de articular de forma equilibrada os valores de liberdade e igualdade embutidos nessas tradições. Essa articulação é uma tarefa essencialmente política e passa pela configuração das instituições básicas da sociedade. (KUNTZ, 2011, 2'09").

Na formulação de seu pensamento, Rawls se inspira em Aristóteles, convencendo-se de que é da natureza humana o desejo de desenvolver as próprias capacidades, bem como realizar as tarefas em suas versões mais elaboradas, porque os indivíduos são ainda estimulados pela capacidade alheia, na medida em que veem outras pessoas desempenhando bem suas atividades. Segundo Eduardo Wolf:

[...] vendo que nós temos em nossa natureza isso, nós nos sentimos motivados a desenvolver isso também em nós. Então não apenas tem um espírito cooperativo como tem um espírito, filosoficamente falando, que é razoavelmente elogioso da natureza humana e das suas possibilidades [...]. (WOLF, 2017, 40'1").

Para José Reinaldo de Lima Lopes (2017), escandalizar-se com as desigualdades na sociedade americana, que havia se tornado potência hegemônica após ter-se sagrado a maior vencedora da Segunda Guerra Mundial, era um ponto de partida válido para Rawls.

Naquele momento em que Rawls formula a questão sobre o que é uma sociedade justa, o Utilitarismo já não atendia à demanda de inúmeros questionamentos, não apenas filosóficos, mas de caráter eminentemente prático, em um mundo então dividido pela Guerra Fria e ainda marcado por relevantes desigualdades econômicas e assimetrias no que tange à fruição de direitos fundamentais.

Valorar as ações que pudessem resultar em objetivos que atendessem ao maior número de pessoas possível, ainda que pelo gargalo do princípio sacrificial “discriminatório” daqueles que não fossem contemplados pelos benefícios da ação, mostrava-se por demais apartado de um legítimo anseio por uma justiça que contemplasse a todos, indistintamente.

Nos termos das premissas que Rawls viria estabelecer como base de seu pensamento, havia um anseio de que os seres humanos fossem considerados como um fim em si mesmo, porque, idealmente, devem ser livres e iguais numa sociedade justa.

Faça-se parênteses para a observação de que, por razão assemelhada, nos dias atuais, no campo do processo judicial brasileiro, valer-se da técnica utilitarista dos fins (entendidos como resultados do processo) justificados pelos meios (entendidos como as técnicas de interpretação e eventual distanciamento da lei para se chegar aos resultados pretendidos) igualmente deixou de soar hígido e legítimo e, talvez, jamais o tenha sido.

O que se discutirá adiante é se esse *modus operandi* - decidir, afastando-se da lei ou contornando-a, com um fim determinado - pode ser adequadamente rotulado de consequencialismo judicial e se esse termo - consequencialismo - não seria polissêmico, podendo comportar eventualmente outros modos de decidir, sem afronta à lei ou a princípios e regras constitucionais. Constitui-se nisto, portanto, o propósito central deste trabalho, partindo-se da análise das raízes filosóficas dos sentimentos atuais que o tema suscita.

Vale lembrar, conforme Lopes (2017), que no campo do Direito, há muito, a ideia de justiça havia sido banida das discussões, por supostamente ser insuscetível de racionalização:

[...] porque essa fundamentação agora pretende ser racional num campo em que tradicionalmente havia sido, nas últimas décadas, antes dele escrever, tratado ou como insuscetível de racionalização ou propriamente irracional. Eu venho do ambiente jurídico e os juristas abandonavam, e abandonavam com o orgulho, a discussão da justiça: “Essa é uma discussão que não tem fim,

não pode ter fundamentos racionais, os fundamentos são sempre de interesse, e de poder.” Eu acho que é isso que vai acontecer com Rawls [...] vai nos dar a possibilidade de pensar outra vez nesses termos, nesse sentido, dentro da tradição formal, dentro da tradição racional moderna, [...] Há uma possibilidade de discussão racional dos termos do contrato que nós queremos fazer. (LOPES, 2017, 14’32”).

Logo no início da obra, Rawls evidencia que esse enfoque na justiça, que adiante se mostrará inovador, vai se constituir numa de suas importantes contribuições para o debate público sobre os vários temas relacionados, e não apenas no campo político e econômico, mas também para o Direito, pela razão anteriormente já mencionada:

A justiça é a primeira das virtudes sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. (RAWLS, 2000, p. 3).

De volta à questão de Rawls, no caminho de sua resposta, inúmeras outras indagações surgiriam, igualmente ambiciosas, mas que, de certa maneira, pavimentariam o caminho que ele trilharia até que sua teoria ganhasse forma, reconhecimento e o respeito de muitos:

Como pode existir e sobreviver uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e iguais que permanecem profundamente divididos por doutrinas razoáveis de caráter religioso, filosófico e moral? Essa pergunta resume os grandes temas que John Rawls tentou elucidar durante mais de quarenta anos de reflexão filosófica. (KUNTZ, 2011, 1’25”).

A dimensão das pretensões do autor fica evidente quando, na formulação dessa outra pergunta, que é desdobramento da primeira e, na verdade, o cerne fundamental de seu pensamento, vem embutida a pretensão de que pessoas livres e iguais, porém profundamente divididas por suas crenças em todas as áreas possíveis, possam juntas, uma vez superadas suas diferenças no consenso que admita alguma sobreposição de interesses, elaborar princípios de justiça que possibilitem a coexistência pacífica e tranquila numa sociedade justa e estável.

Mas ao falar em justiça, Rawls deixa claro que não se refere à justiça interpessoal, que é individual, distributiva, mediada às vezes por um magistrado. Ele

não está interessado nas condições gerais da justiça, mas na boa ordenação da sociedade (KUNTZ, 2011, 6'46").

Muito embora haja alguma discussão incipiente sobre a possibilidade do ambiente familiar - na esfera privada, portanto - dobrar-se ao universo das instituições geridas com base nesses princípios de justiça derivados da proposição de Rawls, está evidente que sua preocupação se centra nas instituições e não nas relações interpessoais puramente privadas (WOLF, 2017, 38'0").

Ele está interessado na justiça social, pois, a seu ver:

[...] o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social. (RAWLS, 1997, p.7 e 8).

Sua preocupação, no que concerne ao estabelecimento das condições de existência de uma sociedade justa e estável, composta por pessoas livres e iguais profundamente divididas por suas convicções morais, religiosas, políticas e filosóficas remete necessariamente à noção de que sua teoria se presta a um certo e específico tipo de sociedade, as sociedades da cultura ocidental, as democracias modernas, identificadas pela valorização pública da autonomia individual, assim como da igualdade no tocante a determinados direitos fundamentais e sobretudo à valorização da tolerância (KUNTZ, 2011, 6'58").

A constatação de Rawls, então, era a de que, mesmo em sociedades com tais características, remanesce ainda grande dissenso quanto a alguns relevantes pontos de tensão. No caso da sociedade americana, no pós-guerra, se acentuavam as insatisfações e divergências quanto aos direitos civis, havendo na época, ainda, gritante disparidade econômica e social entre os mais bem aquinhoados e os menos privilegiados.

Portanto, apesar das divergências profundas que apartavam os vários segmentos da população que, juntos, formam aquela federação, tal dissenso

reclamava alguma forma de recomposição, ainda que a partir de interesses comuns ou que admitissem resiliência quanto a algum nível de coexistência ou sobreposição.

Para Kuntz (2011), a dificuldade, para além de não ser pequena, é, na verdade, monumental. Logicamente, a grande maioria poderá concordar sobre a injustiça da escravidão e sobre o trabalho infantil. No entanto, sempre haverá tensão sobre um sem número de temas que se situam em zonas de intersecção de interesses conflituosos entre os mais variados segmentos da sociedade:

É evidente que essas noções são interpretáveis de várias maneiras e são combináveis segundo critérios diferentes de ponderação. Algumas pessoas dirão que a posse de arma é um componente essencial de liberdade e, portanto, um direito democrático, mas que o salário desemprego não é. Alguns dirão que o salário desemprego é financiado com um assalto aos contribuintes privados, mas defenderão como essencial à democracia o direito de ter uma bazuca na sua casa. Defenderão como essencial ao direito democrático espancar o carteiro, porque ele é um funcionário federal e o governo federal é uma fonte de opressão. (KUNTZ, 2011, 8'10").

Portanto, para Rawls, apesar de passados dois séculos de democracia nos EUA, estava claro que não se tinha ainda chegado a um acordo que satisfatoriamente arranjasse as instituições básicas daquela democracia constitucional de modo a satisfazer o que chamou de termos equitativos de cooperação entre cidadãos livres iguais. Era preciso repactuar.

Rawls teria se empenhado em encontrar um desenlace filosófico para o imbróglio da então recente história americana:

[...] Rawls considera-se empenhado na tarefa de descobrir uma solução filosófica para um problema: o impasse na história política recente americana, que revela uma falta de acordo no modo como as instituições básicas devem ser estruturadas para se conformarem com a liberdade e a igualdade dos cidadãos enquanto pessoas morais. Para Rawls, “acabar com o conflito entre diferentes entendimentos de liberdade e igualdade” (1980, p. 517) é simultaneamente uma tarefa prática e filosófica. (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 172).

Assim, feita tal constatação, ele introduz duas noções intuitivas que descreve como pontos de referência, os quais serão essenciais aos desdobramentos de sua teoria.

A primeira delas é a concepção de que uma sociedade democrática consiste num arranjo cooperativo entre cidadãos livres e iguais. Trata-se do que ele chama de uma autorrepresentação, porque possibilita acomodar de algum modo as possibilidades de combinação de valores básicos dessa sociedade.

Essa cooperação seria composta por três elementos essenciais: regras e procedimentos aceitos por todos; equidade, já que cada participante deve aceitar razoavelmente certas condições, desde que os demais as aceitem igualmente; e a vantagem racional, que justifica a sujeição a tais regras.

A cooperação equitativa concebida por Rawls tem extensão intergeracional, conforme expõe Kuntz:

A esta ideia de cooperação social corresponde a noção de pessoa especificada também por atributos fixados na tradição do pensamento democrático. Uma pessoa concebida como alguém que pode ser um membro plenamente cooperativo da sociedade ao longo de uma vida vai exercer a cidadania ao longo de uma vida completa. Menciona-se a vida completa porque a sociedade não é um arranjo cooperativo para fins limitados, mas para um enorme conjunto de funções que afeta as condições dos indivíduos do nascimento à morte, e de certa forma, até depois da morte. Há momentos que o Rawls introduz a discussão da justiça intergeracional. (KUNTZ, 2011, 11'46").

Posteriormente, em *O Liberalismo Político*, Rawls retoma esse ponto da justiça intergeracional, reafirmando a responsabilidade dos cidadãos livres e iguais disporem sobre princípios de justiça que não estarão adstritos apenas ao seu tempo de existência, porque pensados em termos de aplicabilidade impositivo ao longo das gerações. Explicita o autor:

Em vez de imaginar um acordo direto (hipotético e não-histórico) entre todas as gerações, as partes podem ser chamadas a concordar com um princípio de poupança sujeito a mais uma condição: a de que devem querer que todas as gerações anteriores o tenham obedecido. Desse modo, o princípio correto é aquele que os membros de qualquer geração (de todas, portanto) adotariam como aquele que sua geração deve respeitar, e como o princípio que as gerações anteriores tivessem respeitado (e que as próximas respeitem), por maior que seja a distância no tempo, para trás ou para frente. (RAWLS, 2000, p. 327).

A outra noção que Rawls introduz é a de que as pessoas, como integrantes livres e iguais de um sistema equitativo de cooperação, possuem duas capacidades morais básicas que as habilitam para a cooperação: o senso de justiça e capacidade de conceber o bem.

Essas duas noções, a de que os indivíduos livres e iguais cooperam num empreendimento equitativo, exercendo suas duas capacidades morais, o senso de justiça e a capacidade de conceber o bem, correspondem a ideias que, na cultura de uma sociedade democrática, são presumidas como presentes, e por isso integram, como condição, o racional da teoria desenvolvida por Rawls.

Diante de tais precondições, seria possível, então, conceber hipoteticamente que essas pessoas, dotadas dessas capacidades morais e aptas à cooperação equitativa, poderiam se desincumbir da tarefa de definir os termos equitativos de cooperação.

Então, Rawls, nesse ponto, vai fazer provocações sobre como deveriam ser fixados os termos equitativos de cooperação social:

São simplesmente formulados por uma autoridade externa? Distintas das pessoas que cooperam? São, por exemplo, estabelecidos pela lei de Deus? Ou esses termos devem ser reconhecidos pelas pessoas como equitativos em relação a seu conhecimento de uma ordem moral independente? Por exemplo: são reconhecidos como termos exigidos pela lei natural, ou por um reino de valores de que tomam conhecimento por intuição racional? Ou esses termos são estabelecidos por um compromisso entre as próprias pessoas à luz do que consideram como benefício recíproco? Dependendo da resposta que damos, chegamos a uma concepção diferente de cooperação social. (RAWLS, 2000, p. 65).

Em linhas gerais do que será melhor detalhado no próximo capítulo, não podendo os cidadãos livres e iguais de uma sociedade democrática seguirem se submetendo ao esquema utilitarista da maximização da felicidade, do bem-estar, sempre expostos ao risco da má sorte bater à sua porta para que, chegada a sua vez, sujeitem-se aos efeitos do princípio sacrificial em prol da maioria bem-aventurada, Rawls conceberá, numa perspectiva neocontratualista, que será preciso repactuar o contrato social.

As partes nesse contrato, todos os cidadãos dotados daquelas capacidades morais relativas ao senso de justiça e à concepção do bem, estarão nessa “assembleia” hipotética e a-histórica para definir quais serão, então, os princípios de justiça que regerão a vida em sociedade.

Ele vai, de modo inovador em relação aos seus antecessores contratualistas, conceber o que chamou de posição original. A inovação diz respeito à falta de ciência que cada um dos participantes terá a respeito de si próprio, de sua condição e de sua posição futura na sociedade, de modo que, ao desenhar o modelo de sociedade onde viverão, adotarão postura conservadora, pois não sabem a que estarão expostos quando finalmente o jogo da convivência em sociedade começar.

O artifício visa a que os “legisladores” das regras da sociedade, não podendo contar com vantagens anteriores oriundas da família em que nasceram, da renda que acumularam, do poder que detiveram, da geração em que estão inseridos, dos dotes intelectuais com que foram agraciados etc., assumam posição de cautela pois, na pior das hipóteses, seria desejável que as regras que criarem possam contemplar a possibilidade de uma vida que, face às oportunidades disponíveis, possa ser vivida com dignidade e chances de prosperidade.

Rawls, assim, nesse exercício intelectual e hipotético, desenha um modelo contratualista igualitário na partida, já que todos serão iguais neste momento. É a posição original.

E adicionalmente, impõe o desconhecimento que cada participante deverá ter de suas reais condições nessa sociedade, cujas regras desenharão, para que, ao as definirem, assim como aos princípios de justiça, não se inclinem por essa ou por aquela posição, pois decidirão sob o signo do receio dos riscos que tais regras poderão significar. É o que chamou de véu da ignorância.

Por fim, Rawls concebe que essas pessoas morais livres e iguais, numa posição original e sob o véu da ignorância, numa perspectiva de justiça com equidade e atentos aos riscos de sofrerem os efeitos de regras injustas que venham a legislar,

adotam como princípios de justiça que: a) toda pessoa deve ter um direito igual ao mais amplo esquema de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos; b) as desigualdades sociais e econômicas são aceitáveis desde que sejam: 1- para o maior benefício dos menos privilegiados; e 2- vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

O alinhamento político liberal de Rawls, como se vê, reserva ao Estado uma relevante função organizadora das condições que permitam esse arranjo, esse empreendimento cooperativo equitativo, com vistas a que tais direitos e liberdades ultrapassem o mero e formal status de reconhecimento estatal, sem maiores efeitos práticos. Por certo, nessa concepção idealizada, o Estado rawlsoniano está longe do Estado mínimo preconizado por boa parte do pensamento liberal.

## **2.2.2 Uma Releitura do Contratualismo: a Posição Original e o Véu da Ignorância**

### 2.2.2.1 O Contratualismo de Rawls

De acordo com Wolf (2017), já na abertura de *Uma Teoria da Justiça*, Rawls reclama seu pertencimento à escola dos contratualistas, onde se situam como pilares, dentre vários outros, Kant e Rousseau:

Neste capítulo introdutório esboço algumas das principais ideias que desejo desenvolver. [...] Apresento em seguida a ideia da justiça como equidade, uma teoria da justiça que generaliza e leva a um nível mais alto de abstração o conceito tradicional do contrato social. (RAWLS, 2000, p. 3).

Rawls deixa claro que seu contratualismo funciona como um instrumento de pensamento crítico. Segundo Lopes, trata-se de um esforço que se vê mais identificado entre Rawls e Kant do que com Rousseau, pois este afirma que, a rigor, para fazer leis numa sociedade humana, seria preciso de gente que conhecesse a situação humana, mas que não se identificasse com nenhuma paixão em particular, elencando uma série de características, e concluindo que, em verdade, precisaria de deuses como legisladores:

Para descobrir as melhores regras da sociedade que convém às nações, seria necessária uma inteligência superior, que, descobrindo todas as paixões humanas, não experimentasse nenhuma, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza, e que a conhecesse a fundo, cuja felicidade fosse independente de nós, e que, por conseguinte, pudesse ocupar-se da nossa, e finalmente, que no transcurso dos tempos, contentando-se com uma glória longínqua, pudesse trabalhar num século para gozar sua obra no outro. Seriam precisos deuses para legislar aos homens. (ROUSSEAU, 1993, p. 56).

Para Lopes, Rawls dá um passo adiante ao compreender que, para legislar, mais do que deuses, são necessários seres humanos dotados de algumas características factíveis:

[...] não são necessários Deuses, mas são necessários seres humanos que pensem criticamente, que pensem [...] a partir de um ponto de vista Universal, que é fundamental no pensamento Kantiano. O que qualquer um numa situação dessas pensaria. É isto que está em jogo. Isso é o fundamento. Mas isso é transposto para uma sociedade, eu acho que o ambiente pós-guerra que você mencionava é importante, porque é transposto para um momento em que alguns acordos fundamentais têm que ser refeitos. Quer dizer, no fundo, quando Rawls está escrevendo em meados do século passado, publicando em 1970, nós estamos vivendo a crise do liberalismo e da fundamentação liberal tradicional e clássica das democracias. Ela já havia passado por uma grande crise que foi a crise do fascismo e do nazismo, período longo e agora eu precisava dar uma nova fundamentação. (LOPES, 2017, 13'14").

Segundo Kuntz, o hipotético encontro das pessoas com o escopo de especificar as condições de existência e convívio numa sociedade bem ordenada é, para Rawls, a forma ideal pela qual agentes concebidos com aquelas características já mencionadas deliberariam para derivarem princípios de justiça erigidos sobre o consenso:

O contrato é sobretudo um objeto conceitual que nos ajuda a interpretar a história política, que nos ajuda a pensar as instituições e nos ajuda a dar conta de temas como a da obrigação política. O Hobbes jamais imaginou que indivíduos isolados, correndo pelados na floresta, tenham se reunido para celebrar um contrato social. Quer dizer, a noção de contrato é um instrumento de interpretação. [...] O Rawls não pretende sugerir que os membros de uma sociedade realmente produzam esse acordo fundador, nem supõe que isso tenha ocorrido em algum momento. Então, este é um dos aspectos em que seu pensamento se assemelha ao de Kant. No pensamento kantiano o contrato é uma ideia reguladora, não é uma noção que se refira a um dado histórico. É reguladora por ser um critério adequado à avaliação da ordem política, é um artifício que nos permite confrontar as instituições, as normas e outros dados da vida coletiva com aquilo que nós teríamos escolhido num acordo inicial entre indivíduos livres e iguais. (KUNTZ, 2011, 16'1").

O imperativo categórico kantiano é, para Schüler (2017), o convite à universalidade que Rawls aceita, porque é a partir desse conceito, dessa tradição contratualista assentada no pressuposto da universalidade de Kant, que Rawls vai inovar com a ideia da posição original.

#### 2.2.2.2 A Posição Original

Rawls, ao retomar o contratualismo como artifício de representação, justifica a postura absolutamente igualitária da posição original como condição de se evitar as vantagens indevidas que, na partida, alguns participantes pudessem ter:

A justiça como equidade retoma a doutrina do contrato social e adota uma variante de última resposta: os termos equitativos da cooperação social são concebidos como um acordo entre pessoas envolvidas, isto é, entre cidadãos livres e iguais, nascidos em uma sociedade em que passam sua vida. Mas esse acordo, como qualquer acordo válido, deve ser estabelecido em condições apropriadas. Em particular, essas condições devem situar equitativamente pessoas livres e iguais, não devendo permitir a algumas pessoas maiores vantagens de barganha do que a outras. Além disso, coisas como ameaça do uso da força, a coerção, o engodo e a fraude devem ser excluídas. (RAWLS, 2000, p. 66).

Em que pese Rawls reconhecer que, na prática, acordos hipotéticos não geram obrigações, sustenta a valia da posição original como um artifício de representação hipotético e a-histórico:

Aqui enfrentamos uma segunda dificuldade, mas que é só aparente. Explico: a partir do que dissemos, é claro que a posição original deve ser considerada um artifício de representação e, por conseguinte, todo o acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico. Mas, nesse caso, como acordos hipotéticos não criam obrigações, qual a importância da posição original? A resposta está implícita no que já foi dito: a importância é dada pelo papel das várias características da posição original enquanto artifício de representação. (RAWLS, 2000, p. 67).

A ideia do convite à “razão comum” é enfatizada por Schüler para denotar a âncora do conceito de posição original no imperativo categórico de Kant, já que deste foi possível deduzir os princípios de justiça de índole pretensamente universal e, entenda-se, na perspectiva de Rawls, universal para aquela sociedade em função da qual as regras foram criadas:

A posição original rawlsoniana, para introduzir um pouco o tema, é a tentativa de tradução do princípio ético-kantiano, dizendo de maneira muito clara: como você traduz de maneira formal o imperativo categórico kantiano, e partir daí deriva princípios de justiça. Na verdade, é uma espécie de convite à razão comum, a um diálogo possível numa sociedade marcada pelo fato do pluralismo. Como é que você deriva princípios de justiça numa sociedade onde as pessoas pensam de maneira muito diferente, atendem a princípios morais muitas vezes rivais, opostos, competitivos, na tradição americana se chama *comprehensive doctrines*, uma sociedade marcada por uma divergência radical em termos de doutrinas morais, de base religiosa, de base cultural, de base étnica, de base conceitual. (SCHÜLER, 2017, 3'06").

A noção de que o contrato em que as pessoas, em situação igualitária, debatem sobre regras a serem criadas, permite um raciocínio ordenado sobre tais questões, de modo que a posição original das pessoas livres e iguais é necessária para esse exercício. Segundo Kuntz, na verdade:

[...] desde Hobbes, deram importância a essa condição original, e isso é especialmente visível em Rousseau, quando disse: 'imaginemos os homens chegados àquela condição, etc. e tal, em que não podendo sobreviver, eles fossem forçados. Acontece que o Rawls é o primeiro que especifica, com todas as letras, a importância dessa posição original. (KUNTZ, 2011, 18'40").

Schüler (2017, 6'29"), para fins de compreensão da proposta de Rawls, diz:

Somos nós mesmos nos colocando numa certa posição. Ele nos pede esse exercício rawlsoniano de pensarmos como legislador [...] a primeira pessoa universal. Há um tema, trabalhando o ponto de vista da teoria dos jogos que, do ponto de vista da escolha racional, o que o Rawls faz nesse momento, ele parte do pressuposto brutalmente igualitarista, para falar de maneira bastante direta, ou seja, eu não sei mais quem eu sou. Tudo aquilo que me diferencia, tudo que me torna essa ou aquela pessoa [...] se apagou, eu conheço sociedade como um todo, eu conheço o fato da escassez.

Como o objetivo do contrato consiste em desenhar e fixar as estruturas básicas e as instituições, as regras vão tratar de propriedade, de mercado, de produção, de procedimentos judiciais e de normas constitucionais, família, enfim, tudo que diga respeito ao essencial em termos de estrutura de funcionamento da sociedade (KUNTZ, 2011).

A posição original, para alguns, não seria o ponto de partida da filosofia de Rawls para a modelagem dos valores de uma sociedade real, porque, segundo Kukathas e Pettit (1995), a moral dessa ordem social real estaria nas próprias

explicações de Rawls sobre as instituições básicas. Estes autores salientam ainda que a posição original teria sido a “solução para o problema da descoberta de uma concepção adequadamente exequível” (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p.170). Seguem afirmando que:

O dispositivo contratualista da posição original é neste mesmo momento interpretado por Rawls como uma solução para o problema da descoberta de uma concepção adequadamente exequível. É um dispositivo usado para modelar o raciocínio das pessoas na sociedade moderna. Considera-se que as restrições que impõe à escolha racional reflectem os valores e compromissos mais importantes com liberdade e a igualdade “latentes na cultura pública de uma sociedade democrática (1988, p. 252)”. (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 168).

Na percepção de Luís Bernardo Araújo, é lastreado nesse princípio ético, que leva em conta princípios de justiça eleitos numa posição original igualitária, que a teoria da justiça como equidade vai se opor como alternativa clara àquilo que reina e grassa em boa parte das sociedades democráticas modernas, o Utilitarismo, embora Rawls esteja focado na situação específica dos EUA, para cujo contexto ele escreve (ARAÚJO, 2010, 44’21”).

Ainda segundo Araújo (2010), para Rawls, numa posição original, os participantes jamais escolheriam o Utilitarismo para reger as instituições básicas da sociedade, porque traz em si embutido o risco do princípio sacrificial:

Então a tese do Rawls é que todo o indivíduo colocado numa situação particular que garanta a equanimidade dentre as partes, **esses indivíduos jamais escolheriam o princípio utilitarista, como sendo o princípio que irá reger as instituições sociais, porque o princípio utilitarista, em última instância, baseado na ideia de que uma ação é justa na medida em que ela maximiza o bem-estar para o maior número de pessoas admite em última instância o princípio sacrificial**, que é a ideia de que se o bem-estar da coletividade, da maioria vai crescer através da implementação da política “A”, “B” e “C”, **então que se faça, ainda que um, ou alguns, ou quem sabe muitos, não importa aqui para Rawls, ainda que tenhamos perdedores.** [sic] (ARAÚJO, 2010, 44’50”, grifos nossos).

Em *O Liberalismo Político*, de 1993, Rawls reafirma as razões pelas quais entende que, racionalmente, na posição original, o participante cauteloso estará atento aos riscos de decidir por princípios de forma parcial, inclinando-se por algumas

de suas predileções, pelo risco de não saber em que posição estará nessa sociedade para a qual as regras estão sendo criadas:

Para que sejam vistas como representantes de cidadãos livres e iguais em via de estabelecer um acordo sob condições equitativas, é **necessário que as partes estejam simetricamente situadas**. Além disso, parto da suposição de que uma de nossas convicções refletidas é a seguinte: **o fato de ocuparmos uma posição social particular não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça os que se encontram nessa mesma posição**. Da mesma forma, o fato de professarmos uma determinada doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente, com a concepção do bem associada a ela, não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça as pessoas que concordam com essa doutrina. (RAWLS, 2000, p. 67, grifos nossos).

A equação idealizada por Rawls pressupõe, assim, esse componente integrante da posição original, sem a qual, não se poderia evitar as inclinações pessoais tendentes a direcionar as escolhas dos princípios de justiça, efeito que Rousseau imaginou ser possível de afastar apenas se deuses fossem os legisladores. Rawls propõe esse exercício intelectual a que chamou de véu da ignorância.

### 2.2.2.3 A teleologia e o véu da ignorância

A relevante contribuição de Rawls está na originalidade de sua concepção desse modelo de representação. Ele improvisa a partir do contratualismo clássico, que pressupunha o homem pré-social, em estado de natureza, para agora colocá-lo numa posição original, igualitária, sob restrições de não saber de sua situação particular nem que posição ocupará nessa sociedade hipotética, de modo a garantir imparcialidade no ato de, em conjunto com outras pessoas livres e iguais, decidirem sobre a forma de organização das instituições básicas da sociedade, e disso derivar princípios de justiça a que todos, voluntária e proativamente, se submetam, porque produto do consenso entre pessoas que, com aquelas características e capacidades de senso de justiça e de concepção do bem, procuraram desenhar o que se poderia chamar de sociedade justa.

Portanto, e em síntese, a originalidade da concepção de Rawls, no que concerne ao método, está na posição original, sob fortes restrições do véu da ignorância como condição de garantia de imparcialidade no ato da pessoa legislar,

como se fosse o legislador primeiro. O método, portanto, marca a imparcialidade do procedimento.

De volta a Rawls, em análise de sua obra, Luís Bernardo Araújo vê no véu da ignorância mecanismo essencial ao bom funcionamento do exercício hipotético calcado no modelo de representação rawlsoniano, em que as pessoas avocam a tarefa de desenhar os contornos dessa sociedade justa, derivando disso seus princípios de justiça:

[...] Esses indivíduos desconhecem os seus atributos naturais, físicos ou psicológicos...também não sabem se serão homens ou mulheres, por exemplo... não conhecem também suas condições sócio- econômicas, ou seja, desconhecem a classe social na qual irão nascer, desconhecem o nível de educação [...] e desconhecem também seu nível de riqueza [...] se serão pobres ou ricos, se farão parte, enfim, de uma elite econômica ou não e, isso também é muito importante para Rawls e foi objeto de bastante discussão entre os autores: para Rawls é fundamental que essa pessoas ignorem suas concepções de bem e seus projetos de vida, o que significa dizer, para voltar ao nosso exemplo, que eles ignoram se serão católicos ou protestantes, se eles sequer vão acreditar num deus ou não, eles ignoram se seu projeto de vida contém, por exemplo, um projeto de vida familiar ou não, com filhos ou sem filhos , tudo isso que determina um pouco a representação que nós mesmos fazemos de nossa própria identidade. Os indivíduos ignoram suas concepções particulares do bem, embora, diz o Rawls, eles não ignorem que terão uma concepção do bem e nem ignoram certas concepções de bens básicos que toda a concepção necessita para se desenvolver. (ARAÚJO, 2003, 39'30").

Nas palavras do próprio Rawls (1997), esse método procedimental de derivação de princípios de justiça tem ainda a virtude de gerar sua própria sustentação num círculo virtuoso de replicação do alinhamento natural das pessoas aos princípios no transcorrer do tempo:

Uma característica importante de uma concepção de justiça é que ela deve gerar a sua própria sustentação. Seus princípios devem ser tais que, quando são incorporados na estrutura básica da sociedade, os homens tendem a adquirir o senso de justiça correspondente e desenvolver um desejo de agir de acordo com esses princípios. Nesse caso, uma concepção da justiça é estável. Esse tipo de informação genérica é admissível na posição original. (RAWLS, 1997, p.148).

Do ponto de vista racional, segundo Schüler (2017), o véu da ignorância coloca a pessoa na condição de fazer uma escolha sob incerteza, tema que Rawls tratou num paper intitulado *Distributive Justice*, onde ele definiu pela primeira vez o princípio

da diferença, em que defende a admissibilidade de algum nível de desigualdade econômica - não de direitos - desde que, no conjunto e na linha do tempo, ela venha em benefício dos menos favorecidos.

Na percepção de Kuntz (2011), dentro do espírito do exercício que Rawls propõe, sendo missão das pessoas determinar os estruturais arranjos da sociedade política, faz sentido conceber condições que evitem que algumas delas desfrutem de indevido poder de barganha ou que disponham de informações privilegiadas que afetem o equilíbrio do jogo. E ainda que por mais abstrato seja, não é difícil explicar o racional dessa proposição:

Esses indivíduos podem ter uma concepção do que seja sociedade como um sistema de cooperação, podem ter uma concepção da própria condição de liberdade e igualdade, **mas não podem idealmente saber nada mais que seja essencial à diferenciação**. Parece abstrato? Não, não é! Vamos imaginar o seguinte. Vamos imaginar que nós tivéssemos que decidir o desenho de um teatro, e que nós não soubéssemos qual seria o nosso lugar nesse teatro, que nós não soubéssemos se a nossa audição seria muito boa ou não, que nós não soubéssemos se a nossa visão seria muito boa ou não. Qual o desenho que nós escolheríamos? Nós escolheríamos um desenho como o do Teatro Municipal de São Paulo ou de teatros semelhantes que existem em outros países, onde os que têm dinheiro conseguem sentar em certas poltronas, os que tem menos dinheiro vão para posições um pouco piores, e os que tem pouco dinheiro vão lá para o galinheiro de onde eles não conseguem enxergar nem o palco? Ou será que nós proporíamos um desenho de um teatro parecido, digamos, com o Cultura Artística, onde é possível sentar em qualquer lugar e razoavelmente assistir ao espetáculo? Ou proporíamos um teatro como o da Filarmônica de Berlim que tem o formato circular? É disso que se trata. A pergunta é: se nós estivéssemos tão ignorantes a respeito das nossas possibilidades, a respeito da nossa futura condição na sociedade em que nós viveríamos e nós tivéssemos que decidir o desenho dessa sociedade, que tipo de sociedade nós iríamos determinar. **É este o sentido do véu da ignorância**. (KUNTZ, 2011, 33'14", grifos nossos).

Uma questão que é da maior relevância para Rawls, e que não deixa de representar certo desconforto, é o conceito de meritocracia que, por mais que se saia em sua defesa, sempre vem à tona a questão do ponto de largada em que efetivamente cada corredor iniciou sua corrida.

#### 2.2.2.4 Pontos de partida imerecidos

Ao analisar o posicionamento de Rawls sobre o tema, Lopes (2017) afirma que o primeiro ponto que o pensador rebate está relacionado ao fato de que, em muitas das sociedades modernas, há muitos pontos de partida que são imerecidos, porque muitos são agraciados pela fortuna, pela sorte, de modo que o arranjo institucional ideal deveria atuar para atenuar os efeitos do imponderável da sorte na ordenada distribuição dos benefícios sociais. Isso porque a pessoa pode vir ao mundo capacitada ou incapacitada. O contexto poderá propiciar um desenvolvimento pleno ou poderá condená-la à imobilidade social, de modo que o nascimento não deixa de ser uma loteria.

Para Rawls, a sociedade que seja bem ordenada e que tenha derivado seus princípios de justiça, pode eliminar tais pontos, tais desigualdades fundamentais existentes na partida quando elas forem naturais, aleatórias, que não se expliquem pelos méritos pessoais.

Para Lopes (2017, 33'0''), Rawls tem essa consciência de que “há muito discurso sobre a meritocracia que não desconta esses pontos que não são méritos do sujeito, mas são **circunstâncias meramente aleatórias**, são de sorte, de fortuna”. (grifo nosso).

Sobre a parte terceira do livro *Uma Teoria da Justiça*, Wolf (2017) observa que Rawls cogita, inclusive, que mesmo a capacidade de esforço do indivíduo, para além do talento, talvez não seja digna de mérito, por não ser de sua responsabilidade, por resultar, quem sabe, de condições que não lhe dizem respeito:

[...] Rawls chega a dizer, na terceira parte do livro, que até mesmo é verdade que vem num condicional quase que exagerado até mesmo nossa capacidade de esforço, para além do talento que, claramente, como o professor José Reinaldo disse, é uma loteria, e para além da questão social, posição familiar, onde você nasce, em que família você nasce, em que país você nasce, até mesmo a sua capacidade de esforço e dedicação, que, portanto, certamente terá um resultado na sua posição social, na sua condição econômica, **até mesmo ela talvez não seja digna de mérito seu, não seja responsabilidade sua, porque até mesmo isso pode ser determinado por condições que não lhe dizem respeito, não estão na sua alçada de decisão e que, portanto, não são moralmente sua**

**responsabilidade, como a família em que você nasceu, o meio social em que você viveu e, por que não?, até mesmo condições de natureza biológica.** (WOLF, 2017, 38'4", grifo nosso).

Não se pode deixar de reconhecer a ousadia do pensamento de Rawls, na medida em que questiona pontos nevrálgicos do sentimento moral em que se irmanam sucessivamente muitas gerações de bem-aventurados, cujo sucesso de seus planos de vida, pelo menos em parte, foram, se não determinados, pelo menos facilitados por pontos de partida que o filósofo entende como imerecidos. Progressista demais para um liberal, diriam alguns, porém ainda tímido, na provável perspectiva de um igualitarista radical.

### 3 KANT E RAWLS: REFERÊNCIA E DISTANCIAMENTO

#### 3.1 PRINCÍPIOS DE JUSTIÇA EM RAWLS

Quando foi dito da originalidade sobre a “posição original” e o “véu de ignorância”, do quanto o método marca a imparcialidade do procedimento contido na formulação rawlsoniana, é preciso abordar o paralelismo que tal originalidade tem na expressão e no conteúdo dos princípios de justiça, objetivo maior de todo o arcabouço teórica do pensamento de Rawls.

A conjugação daqueles dois grandes valores aparentemente antagônicos, liberdade e igualdade, é o maior esforço intelectual traduzido nos princípios de justiça.

Sabe-se que o pendor igualitarista, na busca da mitigação de desigualdades não raro aviltantes, pode redundar em intervencionismo estatal limitador das liberdades que, na prática, nos extremos, culminou em regimes totalitaristas erigidos sob a égide da utopia da igualdade máxima, em detrimento das liberdades individuais. Em que pese o horror que as desigualdades sociais possam gerar, o valor que o ser humano atribui à sua autodeterminação para planejar os rumos da sua existência é tal que aqueles regimes se provaram insustentáveis.

Por outro lado, de tão claro, chega a ser intuitivo que uma liberdade sem limites aos indivíduos pode levar ao alcance de resultados expressivos por aqueles que vierem a liderar o processo de acumulação, em detrimento dos demais.

A resultante desse processo de ascensão de alguns pode ser o expressivo número dos que ficam pelo caminho, muitas vezes resvalando por ladeiras que, a depender dos arranjos das estruturas básicas da sociedade, mais ou menos amistosas para com os menos favorecidos, terão dificuldades de escalá-las rumo ao pondo médio, supondo que tenha sido seu ponto de partida e descenso.

Em outras palavras, não só a desigualdade social como a pobreza tendem a ser tanto maior quanto mais o Estado se isenta de, por algum arranjo das estruturas básicas da sociedade, regular os fatores que possam evitar a instabilidade e, por que não, o colapso do sistema democrático como um todo, à medida em que um capitalismo que prolongadamente marginalize ao extremo grandes contingentes populacionais coloca em dúvida a eficiência de todo o sistema de representação democrática.

O ponto de equilíbrio dessa sensível equação, de aparente simplicidade, é um dos nós mais monumentalmente difíceis de serem desatados sem deixar um rastro de aflições, não raro, abissais, pois nos extremos, reitere-se, há de um lado más experiências econômico-sócio-políticas de regimes vergonhosamente lenientes com atrozidades desigualdades econômicas e sociais e, de outro, há sinistros experimentos castradores das liberdades mais caras à humanidade, sob o pretexto de controlarem os vetores que promovem a igualdade absoluta.

Nos EUA, desde a década de 50 do séc. XX, Rawls lidava com uma realidade de leniência da sociedade americana com as desigualdades nos direitos civis e econômicos. De fato, parecia não fazer sentido que, o país vencedor da Segunda Guerra Mundial, e que graças a esta muito prosperara abastecendo os países conflagrados antes de efetivamente se envolver no conflito, lidasse com segregacionistas dificuldades básicas de coexistência pacífica entre brancos e negros.

Por outro lado, o mundo inteiro se perfilava em duas colunas representadas por regimes econômicos antagônicos, em que a pobreza e a riqueza do mundo, a escassez e a abundância nas nações, dançavam um sinistro balé sob o signo de um possível armagedom nuclear.

A teoria da justiça como equidade germina, portanto, em um histórico caldo político-cultural que reclamava reflexão e modelos teóricos a propósito de soluções práticas para problemas reais.

Segundo Luiz Bernardo Araújo (2003, 4'1"):

O pensamento de Rawls não é um pensamento que opera numa espécie de vazio histórico e também não é um pensamento que opera num vazio teórico, ou seja, Rawls é efetivamente um pensador que recolhe, de um lado, as experiências históricas do séc. XVIII para o séc. XX, e, de outro, as transformações do mundo moderno e contemporâneo.

Nesse contexto, surgem as inquietações intelectuais que, nas desigualdades, tinham forte motivação. Para Rawls, as estruturas básicas da sociedade são permissivas com significativas desigualdades sociais e econômicas na perspectiva dos indivíduos, em decorrência da origem social, das habilidades e dotes natos, sendo de se supor que tais desigualdades ou são intoleráveis, ou então são necessárias, ou ainda, muito benéficas para manter a cooperação (RAWLS, 2000, p. 323).

Segundo Schüller (2017), na década de 60 do séc. XX, o pensador já delineava a sua compreensão sobre o papel das estruturas básicas da sociedade no equacionamento das desigualdades, não com o intuito de eliminá-las, mas com o escopo, pelo menos, de torná-las funcionais na medida em que, com o tempo, pudessem ser revertidas em benefício dos menos favorecidos:

Em 1967, ele apresenta outro paper chamado *Distributive Justice*, onde ele formula já a versão final do **princípio da diferença, que muitos autores consideram, eu também considero como assim uma espécie de ponto focal**, ponto central da ética da concepção de justiça do Rawls [...], que é a ideia que as desigualdades sociais devam ser estruturadas, as instituições sócias de alguma maneira devam ser estruturadas de modo a produzir um benefício maior aos menos favorecidos socialmente no logo prazo. Estou aqui encompridando um pouco o princípio. Na verdade, ele é um pouquinho mais simples na formulação, mas para ser bem entendido, não é!. Quando ele diz assim “produzir o maior benefício aos menos favorecidos”, o que ele quer dizer?, não é em relação aos mais favorecidos na sociedade, Rawls não tem uma visão simplista. Muitas vezes se confunde muito esse aspecto. É a ideia de que a sociedade e as instituições possam produzir maior benefício à posição do menos favorecido frente a arranjos, digamos, institucionais alternativos, que possam ser postulados por teorias rivais, ou por decisões públicas, escolhas públicas rivais. (SCHÜLER, 2017, 4'22”, grifo nosso).

Para Rawls (2000), a natureza das desigualdades pode ser decifrada algumas vezes pelo método do contraste com outras desigualdades, e dá o exemplo de um corpo docente de uma universidade, composto por três categorias hierárquicas, dentro das quais os professores permanecem o mesmo tempo auferindo o mesmo salário.

Assim, embora haja desigualdades hierárquicas e salariais em qualquer momento dado, não há desigualdades nas perspectivas de vida entre os membros do corpo docente.

Ele cita ainda o exemplo de que o mesmo ocorre quando os membros de uma associação se revezam num esquema de rodízio, exercendo cargos de maior remuneração, talvez por demandarem maior responsabilidade:

Se o esquema for concebido de tal modo que, exceto por acidentes, morte e coisas do gênero, todos exercem esses cargos durante o mesmo período de tempo, aqui também não há desigualdades em termos de perspectiva de vida. (RAWLS, 2000, p. 323).

Essa distinção é feita para justificar que a teoria da justiça como equidade pretende regular as desigualdades apenas em determinados casos em que as desigualdades se originam desde o ponto de partida. A correção dessas desigualdades é importante porque, ainda que verificadas em valores aparentemente irrisórios, vai, na linha do tempo, produzir nocivos efeitos acumulativos que acentuarão sobremaneira aquela diferença inicial.

A forma kantiana da doutrina do contrato concentra-se nessas desigualdades da estrutura básica, na convicção de que são as mais fundamentais: uma vez que se tenham encontrado os princípios adequados para governá-las e que se tenham estabelecido as instituições necessárias, o problema de regular as outras desigualdades pode ser resolvido muito mais facilmente. (RAWLS, 2000, p. 323 e 324).

Nas palavras do próprio Rawls (2000), não é factível a eliminação completa das diferenças, pelas razões que expõe, sendo uma delas a inevitabilidade de algumas contingências:

No entanto, **o objetivo não é eliminar as contingências da vida social, pois algumas delas são inevitáveis.** Desse modo, mesmo quando uma distribuição igual dos dons naturais parece mais de acordo com a igualdade das pessoas livres, a questão de redistribuir essas riquezas (caso isso fosse possível) não se coloca, pois é incompatível com a integridade da pessoa. (RAWLS, 2000, p. 337, grifo nosso).

É partir deste momento, com lastro nos inúmeros pressupostos teóricos sobre os quais até aqui se discorreu, que Rawls, finalmente explicita seus princípios de justiça:

Na justiça como equidade, as instituições da estrutura básica são justas desde que satisfaçam os princípios que pessoas morais livres e iguais, numa situação equitativa, adotariam com o objetivo de regular essa estrutura. Os dois princípios mais importantes são os seguintes: a) **toda a pessoa tem o direito igual ao mais amplo esquema de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdade para todos;** b) **as desigualdades sociais são aceitáveis desde que sejam: 1) para o maior benefício dos menos privilegiados; e 2) vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.** (RAWLS, 2000, p. 324, grifos nossos).

Observa-se que não se está a falar apenas de condições de igualdade e oportunidade, pois, na verdade, trata-se de igualdade equitativa.

O primeiro princípio versa sobre igualdades básicas, tais como as liberdades de pensamento, de ir e vir, de escolher a profissão etc.

O segundo princípio reside na ideia da conveniência de se admitir a desigualdade, desde que estas se revertam em benefícios aos menos favorecidos, e desde que os cargos e posições estejam abertos a todos em igualdade equitativa de oportunidades:

O fato de que os postos abertos a todos e que dão a cada um uma posição diferenciada frente aos outros, que o acesso a eles seja baseado num princípio de igualdade justa de oportunidades, o que significa dizer que evidentemente haverá disputa pelos cargos, portanto haverá mérito, mas o que vai se garantir é a capacidade para cada um de poder aceder a eles. Isso, por exemplo, tem tudo a ver, na minha opinião... eu considero que o Rawls é um autor que defende com clareza a ideia de que há uma sociedade justa, por exemplo, quando você tem um ensino, uma educação de qualidade pública que permita aos indivíduos, mesmo partindo de situações diferentes, que eles possam ser dotados de recursos que permitam que no futuro, digamos assim, eles possam, claro, cada um distinguindo do outro, ter acesso. (ARAÚJO, 2010, 48'50").

Nota-se que, com relação ao primeiro princípio, parte-se de uma premissa igualitária de que as condições de liberdade plena e sem distinção entre os indivíduos devem ser absolutamente equitativas, razão pela qual a educação de qualidade é

alçada a um dos veículos que pode satisfazer aquele objetivo. Já a complexidade do segundo princípio, pela polêmica que sugere, enseja um grau de reflexão maior para sua compreensão:

A parte seguinte, o **princípio da diferença** é mais complexo, e foi objeto de muita controvérsia desde a publicação de *Uma Teoria da Justiça*. Numa interpretação frouxa, este princípio da diferença, pode ser entendido como uma aceitação fácil das desigualdades de um regime de mercado sempre que os incentivos proporcionados por esse regime às pessoas mais bem situadas possam resultar em benefício para os demais. (KUNTZ, 2011, 28'3", grifo nosso).

Na anatomia da proposição de Rawls, fica evidente a postura absolutamente igualitária no que tange ao direito de acesso a cargos e posições, sempre abertos a todos, mas, nota-se, porém, que essa é uma condição para a admissão de uma hipótese não-igualitária, consistente na desigualdade que possa decorrer da dinâmica do desempenho de cada indivíduo que, em condições de igualdade no que tange a liberdades plenas e satisfação de direitos básicos, tem como disputar inicialmente.

No que concerne a desigualdades, portanto, Rawls se afasta do igualitarismo para articular arranjos mentais que irão justificar o porquê da impossibilidade de se eliminar por completo as desigualdades, já que decorrem da liberdade exercida pelos indivíduos iguais e livres, cada qual à sua maneira, com aplicação de seus dotes físicos e intelectuais, concebendo-se que a tolerância em âmbito de desigualdade fica condicionada a que, ao longo do tempo, os menos favorecidos sejam beneficiados, e que cargos e posições estejam sempre abertos a todos de forma equitativa. O tema foi retomado em *O Liberalismo Político*:

A estrutura básica deve permitir as desigualdades organizacionais e econômicas, desde que estas melhorem a situação de todos, inclusive a dos menos privilegiados, desde que essas desigualdades sejam compatíveis com a liberdade igual e a igualdade equitativa de oportunidade. Como o ponto de partida é a divisão igual, os que menos se beneficiam têm, por assim dizer, um poder de veto. E, desse modo, as partes chegam ao **princípio de diferença**. Aqui, uma divisão igual é aceita como o ponto de partida porque reflete a situação das pessoas quando elas são representadas como pessoas morais livres e iguais. **Entre essas pessoas, é preciso que aquelas que ganharam mais que as outras, o tenham feito de maneira a melhorar a situação daquelas que ganharam menos. Essas considerações intuitivas indicam porque o princípio de diferença é o critério apropriado para governar as desigualdades sócias e econômicas.** Para entender o princípio de diferença, é preciso ter várias questões em mente. **Em primeiro**

**lugar, os dois princípios de justiça, quando operam em conjunto, incorporam um importante elemento de justiça procedimental pura na determinação efetiva dos quinhões distributivos.** (RAWLS, 2000, p. 335, grifos nossos).

Em *O Liberalismo Político*, em que faz pequenos ajustes em sua teoria, sem, todavia, alterá-la substancialmente, o filósofo reafirma que suas proposições estão focadas nas instituições básicas, ainda que se evidencie que estas tenham por fim último a percepção individual que as pessoas possam ter do quão justa é a sociedade em que estão inseridas:

Desse modo, os princípios de justiça, e, em particular, o princípio de diferença, **aplicam-se aos princípios públicos e às políticas mais importantes que regulam as desigualdades sociais e econômicas.** São empregados para ajustar o sistema de títulos de propriedade e rendimentos, e para equilibrar os critérios e preceitos familiares que esse sistema emprega. **O princípio de diferença aplica-se, por exemplo, à tributação de renda da propriedade, à política fiscal e econômica. Aplica-se ao sistema proclamado de direito público e normas legais, e não a transações ou distribuições específicas,** nem a decisões de indivíduos e associações, **mas ao contexto institucional na qual essa transações e decisões acontecem.** [...] Repetindo: os dois princípios de justiça não exigem que a distribuição real se conforme em qualquer momento dado (ou com o passar do tempo) qualquer regularidade observável, a igualdade, por exemplo, ou que o grau de desigualdade calculado a partir da distribuição esteja dentro de um certo espectro como, por exemplo, os valores do coeficiente de Gini. **O que se impõe é que as desigualdades (permissíveis) devem fazer uma certa contribuição funcional para as expectativas dos menos favorecidos, resultando essa contribuição funcional do funcionamento do sistema de títulos de propriedade estabelecido pelas instituições públicas.** (RAWLS, 2000, p. 336 e 337, grifos nossos).

Na percepção de Schüller, citando Ronald Dworkin, com quem Rawls estabelecera vários diálogos produtivos a propósito da elaboração de sua teoria, é como se fizesse um leilão dworkiniano, em que se distribísse conchinhas iguais para todo mundo, mas para logo após alguém, numa posição original de derivação de princípios de justiça, sugerir a introdução da desigualdade admitida, mediante condições.

É a pergunta que Rawls parece fazer em sua proposição:

**Se nós aceitássemos a introdução de desigualdades**, vamos dizer que eu distribísse um pacote de cem conchinhas para cada um dos membros da posição original, dado o fato de que eu não tenho nenhuma razão para distribuir desigualmente, dado que nós sequer sabemos quem nós somos, e

todos estão numa posição de incerteza, tendemos a uma escolha conservadora? (SCHÜLER, 2017, 29'0", grifo nosso).

Schüler desenvolve, então, o raciocínio que supõe tenha feito Rawls, e que justificaria plena e satisfatoriamente a admissão, sob condições, de algum nível de desigualdade socioeconômica numa sociedade que se pretenda justa:

Mas alguém diz assim, “Bom, mas se nós introduzirmos desigualdades aceitáveis, aceitarmos a ideia de desigualdades, e supormos que em cinco, dez anos vá produzir uma quantidade assimétrica de conchinhas para todo mundo, mas na qual o que tiver menos terá mais de cem conchinhas no seu pacote? Ou seja, aquele que obtiver ou terminar numa situação pior estará ele numa situação melhor do que estava na situação de igualdade anterior? (SCHÜLER, 2017, 29'4”).

Essa então seria, na visão de Schüler (2017), a tradução da justificativa de Rawls para a admissão de desigualdades sob condições, pois, nessa circunstância, é racional fazer, na posição original e sob o véu da ignorância, a opção por algum nível tolerável de desigualdade, quando tal desigualdade, na linha do tempo, tornar melhor a posição dos menos favorecidos, porque, ao fim e ao cabo, estarão numa posição melhor do que a que se encontravam na anterior situação de igualdade.

Então, nesse sentido, Rawls abre mão da igualdade econômica. Ele considera que a igualdade econômica levaria um clássico [...] alguém teria que abrir mão de certas vantagens para si apenas para que o outro tivesse menos vantagens comparativas ao que ele alcançou. (SCHÜLER, 2017, 30'1”).

Segundo Kuntz (2011), há na proposição do princípio da desigualdade um componente de funcionalidade, sem a qual aquela não é tolerável, já que deve se prestar necessariamente ao incremento da posição dos menos favorecidos:

A posição de Rawls, no entanto é bem mais restritiva. Para entendê-la é preciso levar em conta vários arranjos possíveis do sistema produtivo, arranjos que possam traduzir-se em diferentes curvas de remuneração diferenciada para os mais e os menos bem situados na escala econômica. O melhor arranjo será aquele que se traduzir nos maiores ganhos para os menos bem situados, seja qual for o retorno para os mais favorecidos. [...] Mesmo um arranjo que proporcione vantagens para aqueles em pior situação pode ter um teor de desigualdade que não seja funcional. **Notem, a desigualdade é aceitável na medida em que ela seja funcional, isto é, na medida em que ela produza não só efeitos de eficiência, mas na medida em que produza vantagens mais do que proporcionais para os que estão no andar de baixo.** Nós podemos traçar diferentes curvas, com diferentes

inclinações, diferentes formatos. Qual será a melhor curva? Será aquela que proporcione os maiores deltas para os que estão embaixo cada vez que houver uma melhora da perspectiva para os que estão em cima. **É isto que significa essencialmente o princípio de diferença.** (KUNTZ, 2011, 28'57", grifos nossos).

Assim, a justificação do princípio da diferença não se dá, segundo Kuntz (2011), tão somente pelos estímulos proporcionados pelo mercado aos mais privilegiados do ponto de vista intelectual, não se tratando de mera questão de eficiência. Ela se justifica sobretudo pelos aspectos de maiores benefícios que, na linha do tempo, pode acrescer à posição inicial dos menos favorecidos.

Nesse sentido, embora não seja possível anular todas as variáveis que, na dinâmica do mercado e das relações sociais podem levar a algum nível de desigualdade tolerável, o princípio da diferença pode corrigir tais diferenças para que não importem futuramente em relevantes assimetrias e distorções.

Na posição original, ao fazerem escolhas sob o signo da incerteza, as pessoas necessariamente assumem um viés conservador ao decidirem sobre o primeiro princípio, no que concerne aos direitos fundamentais, quando então optam por não tolerarem a discriminação, por exemplo, de negros não poderem estudar nas mesmas escolas que os brancos, ou de não poderem assentar-se, senão nos espaços que lhes cabem, que na prática, nos EUA, culminou no conflito lastreado nas divergências sobre direitos civis:

Então aí a escolha é muito **conservadora**, é garantista do ponto de vista jurídico e **igualitarista**. **Aí funciona o princípio da igualdade [...]** princípios são realmente igualitários, mas eles dizem respeito a direitos civis, a liberdades, a direitos individuais. **Agora quando passa para [...] o princípio da diferença, quando entra o problema da estrutura econômica da sociedade, digamos assim, aí o Rawls não é um igualitarista.** Aí ele diz, “não, aí nós temos que as desigualdades que venham em benefício ...”, aí ele é um maximinista, é outra posição. Tem uma confusão aí, é curioso isso, né, porque parece que o maximin é usado para derivar o princípio da diferença, e ele diz, “não, o maximin não é usado para derivar o princípio da diferença”, isso é uma retificação que ele faz. (SCHÜLER, 2017, 54'01", grifos nossos).

De fato, embora alguma confusão se faça a respeito, a regra maximin ou maximínima está mais relacionada à posição original em que, sob o véu da ignorância,

as partes arbitram sobre os princípios de justiça, tendo por parâmetro essa regra de, elencando-se as alternativas, considerar suas consequências ordenadamente para, dentre as piores, optar pela melhor:

Esse termo significa “**maximum minemorum**”. Todos escolheriam o máximo do mínimo. Nas palavras de Rawls, ele diz que essa regra maximin diz-nos para ordenar as alternativas em função das piores dentre **as respectivas consequências** possíveis, ou seja, devemos adotar a alternativa cuja pior consequência seja superior a cada uma das piores consequências das outras. Então se você tem um certo número de recursos a distribuir, Rawls diz que você vai preservar a ideia de que esses recursos serão melhor distribuídos quando garantir mais para cada um, mas tendo a certeza de que vai favorecer ao máximo quem estiver na pior posição. Essa é a regra do maximin para Rawls, [...]! (ARAÚJO, 2010, 50’44”, grifos nossos).

De acordo com Schüller (2017), nessa posição original, afastando-se do igualitarismo para admitir o princípio da diferença, as partes então podem opinar sobre em que termos essa diferença é tolerável, fazendo-o sob o signo da dúvida, da incerteza, por não saberem que lugar ocuparão na sociedade para a qual as regras são criadas:

O que é a regra **maximin**? Ora, dado que eu estou numa condição de absoluta incerteza, eu assumo a posição do jogador conservador, eu evito arriscar, a incerteza me leva a ser um conservador. Não é que eu seja um conservador, ou tenha aversão a risco, não é? **A situação de incerteza me leva a uma escolha de tipo conservador, e a escolha de tipo conservador é a clássica teoria dos jogos, da escolha racional, é a escolha maximin.** E o que é a escolha maximin? Dentre todas as alternativas possíveis, dentre todos os resultados possíveis da minha escolha, eu tendo a optar por aquela que me gera em tese, que me produz maior benefício mínimo, certo? O que significa o maior benefício mínimo? **Significa aquela escolha onde a minha pior situação, a pior situação em que eu possa a vir me encontrar, retirado o véu da ignorância, é a melhor dentre as alternativas que eu consigo analisar, certo, para fazer essa escolha.** (SCHÜLLER, 2017, 26’59”, grifos nossos).

Ante a proposta de Rawls, parece a Kuntz que:

[...] um critério que leve em conta a maximização da utilidade total da sociedade, que é o critério utilitarista, é um critério perfeitamente compatível com todas as injustiças distributivas e é esta uma das razões pelas quais Rawls rejeita o Utilitarismo. Esse é um ponto fundamental. (KUNTZ, 2011, 30’49”, grifos nossos).

O princípio da diferença, assim, se presta à ponderação de todos os fatores que possam induzir ao indesejado acirramento das diferenças sociais.

O que a gente pode é transformar todos esses fatores [...] é este o papel das instituições, em um tipo de empreendimento cooperativo para benefício de todos. E ele considera que a maneira de fazer isso exatamente é dada pelo seu **princípio da diferença**, aliás, pelos seus princípios de justiça, primeiro assegurando liberdades iguais para todos; segundo, assegurando uma sociedade de oportunidades iguais, de uma sociedade que não discrimine, não é? [...] Então o Rawls também representou **uma afirmação da ideia de igualdade formal dos direitos civis, e por fim, de princípio da diferença, ou seja, uma sociedade que pudesse usar os talentos de todos para o benefício recíproco e comum.** (SCHÜLER, 2017, 35'5", grifos nossos).

Em síntese, os princípios de justiça derivados pelo próprio Rawls da teoria da justiça como equidade, embora igualitaristas no que concerne a direitos fundamentais e acesso a cargos e posições, afasta-se desse igualitarismo quando deduz o princípio da diferença, por considerar que as instituições básicas da sociedade podem, a partir daqueles princípios, governar tais diferenças com ações do próprio Estado, tais como pela tributação e políticas voltadas à prevenção de assimetrias que possam levar a desigualdades injustificadas.

### 3.2 BENS PRIMÁRIOS E AS DOUTRINAS ABRANGENTES

O critério que leve em conta a busca da felicidade para o maior número de pessoas, ainda que, pelo princípio sacrificial, uma minoria sofra em prol da maioria bem-aventurada, como é o critério utilitarista, é um critério compatível com as injustiças distributivas justificadas pelo racional dessa filosofia moral, razão pela qual Rawls rejeita o Utilitarismo (KUNTZ, 2011).

De acordo com o filósofo, para qualquer discussão que se queira promover acerca do sistema distributivo, exige-se prévia satisfação daquelas condições de igualdade e oportunidade, pois é a partir desse ponto, ou seja, da certeza de que tais condições igualitárias tenham sido observadas, que se vai cogitar das curvas de distribuição. Daí a importância do que Rawls chama de bens primários:

Dito isto, queria só concluir com uma observação que é a seguinte: lá na terceira parte, a respeito dos bens, quando Rawls **insiste em dizer que é preciso ter uma teoria do bem** que seja fundamento daquilo que vem das partes anteriores, e ele desenvolve uma teoria fraca e uma teoria completa do bem, ele introduz uma noção de um princípio aristotélico e, não por estudar Aristóteles, eu queria fazer uma rápida observação sobre isso: mas a ideia, que é uma passagem muito bonita em que ele diz lendo a ética de **Aristóteles, especialmente os dois tratados do prazer, vejam que**

**curioso, no livro sétimo e no livro décimo**, no início do livro décimo da *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, **Rawls se inspira naquilo e discute com pessoas muito talentosas nos meios aristotélicos, na época, ele, de fato, faz uma referência na nota a John Cooper**, um dos maiores especialistas em Platão e Aristóteles. (WOLF, 2017, 39'2", grifos nossos).

De fato, Rawls salienta que sua teoria tem por escopo atuar na realidade das democracias ocidentais, sendo seu maior desafio a concepção de um desenho que, ante uma sociedade profundamente dividida por ideologias abrangentes como as religiosas, as visões políticas, econômicas, filosóficas etc., e conjugando os valores da liberdade e da igualdade, possibilite a coexistência pacífica dos vários grupos que integram a sociedade política pelo consenso acerca do que seja possível transigir ou sobrepor em valores de cada ideologia, de modo que se chegue a princípios de justiça que possam induzir a uma percepção do que seja uma sociedade justa.

Esse exercício perpassa necessariamente, como condição de superação das etapas dessa concepção, por um consenso mínimo do que seja o bem, dado que a diversidade cultural tende a uma necessária divergência nesse campo, assim como em outros.

Uma das relevantes divergências com o Utilitarismo é o fato de que, neste, o Estado deve se incumbir da maximização da felicidade e da utilidade para que a sociedade possa dela fruir. No entanto, para Rawls essa não é a função do Estado:

**Uma concepção política efetiva de justiça inclui, portanto, um entendimento político sobre o que deve ser publicamente reconhecido como as necessidades dos cidadãos**, e por isso, como benéfico a todos. No liberalismo político, o problema das **comparações interpessoais** surge da seguinte forma: dadas as concepções abrangentes e conflitantes de bem, de que maneira é possível chegar a esse tipo de entendimento político em relação ao que deve ser considerado como exigências apropriadas? A dificuldade é que o Estado não pode agir no sentido de maximizar a satisfação das preferências ou aspirações racionais dos cidadãos (como no utilitarismo), nem promover a excelência humana, nem os valores da perfeição (como perfeccionismo), assim como não pode promover o catolicismo ou o protestantismo, nem qualquer outra religião. (RAWLS, 2000, p. 226, grifos nossos).

Para Kuntz (2011), nesse quesito, Rawls segue alinhado com Kant, que tem a percepção de que não cabe ao Estado proporcionar felicidade aos indivíduos, mas sua função é garantir condições iguais de liberdade para que busquem a realização

pretendida, sob pena de violação da condição das pessoas de serem livres numa sociedade pautada pelo valor do pluralismo e por elevados padrões de tolerância.

Como é da essência da teoria da justiça como equidade a conciliação possível da diversidade cultural em busca de pontos de interesse comuns dos quais se possa derivar aqueles princípios de justiça a que todos voluntariamente se submetam, Rawls entende inconveniente que não se promova nenhuma das visões religiosas, filosóficas, políticas, dado que, ao se proceder assim, estar-se-ia atribuindo preponderância ao valor, ao propósito da vida humana, e à visão de mundo da doutrina abrangente eleita (RAWLS, 2000, p. 227).

As dificuldades nesse campo começam nas divergências sobre o que deve ser entendido como bens primários, em termos funcionais à vista do propósito da teoria da justiça como equidade. Daí a sugestão de classificação desses bens:

**A lista de bens primários** (que pode aumentar, caso seja necessário), pode ser dividida nas cinco categorias seguintes: a. **os direitos e as liberdades fundamentais**, que também constituem uma lista; b. **liberdade de movimento e livre escolha** de ocupação num contexto de oportunidades diversificadas; c. **poderes e prerrogativas de cargos e posições** de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica; d. renda e riqueza; e. as bases do autorrespeito. (RAWLS, 2000, p. 228, grifos nossos).

Segundo Kuntz (2011), a teoria dos bens primários, de Rawls, como sendo aqueles bens indispensáveis ao ser humano para a realização de seus projetos de vida, apesar de ter sido delineada na publicação de *Uma Teoria da Justiça* em 1971, é ainda hoje mais provocante que à época. Daí ele retomar o tema da concepção de bens primários em *O Liberalismo Político*, de 1993.

Mas, dada a capacidade de assumir a responsabilidade por seus próprios fins, não vemos os cidadãos como portadores passivos de desejos. Essa capacidade faz parte da capacidade moral de formar, revisar e **procurar racionalmente realizar uma concepção do bem**; é de conhecimento público transmitido pela concepção política, que os cidadãos devem ser considerados responsáveis. Supomos que, ao longo da vida, tenham ajustado aquilo de que gostam e aquilo do que não gostam à renda, riqueza e posição social que é razoável esperar que tenham. É considerado injusto julgar que deveriam ter menos agora, a fim de poupar outros das consequências de sua falta de previsão ou autodisciplina. [...] (RAWLS, 2000, p. 234, grifo nosso).

Na concepção da teoria está embutida a noção de que as pessoas são capazes de revisar suas preferências e objetivos à luz das próprias expectativas com relação aos bens primários, de modo que tais bens se articulem com interesse de ordem superior associadas às capacidades morais de senso de justiça e de concepção do bem, permitindo assim, que os bens primários possam ser tomados por referência e como critérios públicos de justiça política. Como afirma Rawls:

Finalmente, o uso de bens primários supõe também que a concepção pública de pessoa que está na base dessas duas suposições é pelo menos implicitamente aceita como ideal subjacente à concepção pública de justiça. Caso contrário os cidadãos estariam menos dispostos a aceitar a responsabilidade no sentido que se requer. Com essa definição de **bens primários, respondemos nossa principal questão** (apresentada no início de §3.2), qual seja, **como é possível, dado o fato do pluralismo razoável, um entendimento público relativo ao que é considerado benéfico em questões de justiça política. [...] Com isso quero dizer que podemos de fato apresentar um sistema de liberdades básicas iguais e oportunidades equitativas que, quando implementado pela estrutura básica, garante a todos os cidadãos, o desenvolvimento adequado e o pleno exercício de suas duas capacidades morais, além de uma distribuição equitativa dos meios polivalentes essenciais para promover suas concepções específicas (e permissíveis) do bem.** (RAWLS, 2000, p. 234 e 235, grifos nossos).

A pressuposição de Rawls é a de que as instituições básicas podem satisfazer aos requisitos de uma concepção de justiça política a que todos aceitem e adiram a partir de um razoável consenso construído, mesmo defendendo doutrinas abrangentes diferentes:

[...] esse fato confirma que aquelas instituições oferecem um espaço suficiente para formas de vida merecedoras da adesão devotada dos cidadãos. **É isso que essas instituições devem realizar, se pretendem ser as instituições de uma sociedade justa e boa.** (RAWLS, 2000, p. 235, grifo nosso. Na nota 17, acrescenta: Isso não significa, como se observa em §6, que possam propiciar um mundo social sem perdas).

### 3.3 UNIVERSALISMO: DA ADOÇÃO À REJEIÇÃO NO PLURALISMO DE JOHN RAWLS

Apesar da máxima “os fins justificam os meios” ser atribuída equivocadamente a Maquiavel porque não se comprova que a teria formulado na literalidade, não é menos verdade que, do teor de suas proposições, outra não pode ser a conclusão

senão a de que “o príncipe” deve lançar mão de mecanismos que promovam a viabilidade e a manutenção de seu governo.

Em sentido oposto, atribui-se a Aldous Huxley a máxima de que “os fins não podem justificar os meios, porque os meios usados determinam a natureza do fim alcançado”. Se não se sabe ao certo se o autor teria verbalizado a frase nessa literalidade, não se desconhece que o teor da crítica que verte em sua obra aponta inequivocamente desse sentido:

E se alguma vez, por um acaso infeliz, ocorrer, de um modo ou de outro, qualquer coisa de desagradável, bem, então há o soma, que permite uma fuga da realidade. E sempre há o soma para acalmar a cólera, para nos reconciliar com os inimigos, para nos tornar pacientes e nos ajudar a suportar os dissabores. No passado, não era possível alcançar essas coisas senão com grande esforço e depois de anos de penoso treinamento moral. Hoje, tomam-se dois ou três comprimidos de meio grama e pronto. Todos podem ser virtuosos agora. Pode-se carregar consigo mesmo, num frasco, pelo menos metade da própria moralidade. (HUXLEY, 2014, p. 283 e 284).

A passagem de *Admirável Mundo Novo* concebe uma coexistência pacífica entre as pessoas, resultante de um atalho medicamentoso que substitui o árduo treinamento moral e todo o esforço que ordinariamente se dispense ante as vicissitudes da vida. Aqui, novamente, o fantasma do resultado que se alcança, contornando os obstáculos naturais de justificação e edificação da moralidade que, no exemplo, é simplesmente dispensável, substituível por uma pílula. A apologia da paz artificial.

A ideia atribuída a Huxley, de que os fins não justificam os meios, dado que os meios determinam a natureza dos fins alcançados, remonta, de certa forma, à questão kantiana do quão ética pode ser uma ação que se oriente pelo valor do resultado a ser alcançado, e não pelas suas inerentes virtudes.

Por essa mesma razão, a assertiva de Huxley conecta-se com a temática deste trabalho, centrado em investigar o quanto de acerto e de desacerto possa haver, do ponto de vista ético, no ataque às decisões judiciais concebidas com algum nível de consequencialismo.

Do quanto já se viu até aqui, pode-se dizer que os esforços monumentais de John Rawls, ao conceber uma teoria da justiça por equidade, foram compensados e reconhecidos por restabelecer em alguma medida, após longo período de domínio utilitarista, preocupações de raízes kantianas, numa espécie de retorno à concepção de uma ética de valoração a priori das ações por suas naturais virtudes, que não se condicionam pelo bem ou mal que possam vir a produzir, em confronto direto com a ética utilitarista de priorização dos resultados como critério último de valoração e justificação das ações. Intui-se que o sentimento geral de um fortalecimento da ética kantiana esteja na base da aversão ao consequencialismo judicial.

E de fato, segundo Mulgan (2014, p. 196):

Ao longo dos últimos dois séculos a ética kantiana tem sido a principal opositora teórica ao utilitarismo. Kant deliberadamente apresenta sua teoria em oposição às primeiras expressões britânicas do utilitarismo.

Relembra Mulgan (2014, p. 198 e 199) que o compromisso de Kant em honrar o valor é extremado, exemplificando o dilema do cidadão que protege no interior de sua casa amigos que fogem da polícia secreta. Segundo ele, Kant não mentiria mesmo nessas circunstâncias, pois os policiais, como agentes autônomos e racionais, não devem ser usados como meio para fins de proteção de seus amigos. Assim, o certo seria revelar à polícia secreta o abrigo dos fugitivos, mesmo sabendo das possíveis consequências desse ato, e tentar persuadir os policiais a não torturá-los:

A maioria das pessoas considera essa visão de Kant louca. Certamente, considerando-se o que você sabe sobre as intenções da polícia secreta, a sua obrigação de não trair os seus amigos deveria triunfar sobre a obrigação geral de não contar mentiras. Se você disser a verdade, estará traindo seus amigos. Isso dificilmente parece demonstrar muito respeito *por eles*. A resposta de Kant consiste em que você é responsável pelo que faz (e pelas consequências imediatas de suas ações), mas você não é responsável pelas decisões de outros agentes racionais (ou pelas consequências dessas decisões). Parte da explicação para isso reside na metafísica de Kant – que é notoriamente difícil de entender. Muito brevemente, Kant contrasta duas maneiras pelas quais você pode pensar o ser humano: como um objeto físico [...] ou como um agente racional livre [...]. Se você mentir para os oficiais da polícia secreta, os tratará como ferramentas. Você é então responsável pelo resultado. [...] Por outro lado, tratar alguém como um agente racional consiste em reconhecer que você não pode prever as suas ações. Então você não sabe como eles vão reagir à verdade. Em particular, você não pode saber de antemão que um agente racional deixará de fazer a coisa certa. Se você diz

a verdade, então você não é responsável pelo resultado – não importa o que a polícia secreta escolha fazer. (grifos do autor).

Por isso, boa parte das críticas de que Rawls foi alvo também se deve ao fato dele não manter um distanciamento adequado de alguns polêmicos aspectos do pensamento de Kant que fragilizaram, de algum modo, o edifício do pensamento rawlsoniano erigido em *Uma Teoria da Justiça*, de 1971, o que Rawls viria parcialmente reconhecer em escritos posteriores, consolidados por fim em *O Liberalismo Político*, de 1993.

Uma das críticas está centrada no valor supremo que Kant atribuía à racionalidade, a ponto de justificar a concepção do imperativo categórico, no que concerne à idealização de valores morais universais aplicáveis em quaisquer partes, a qualquer tempo:

É crucial que o filósofo entenda que a racionalidade do mundo real é uma racionalidade histórica; o mundo não é racional num qualquer sentido *abstrato*. **O erro de Kant foi ter tentado avaliar o mundo real através da construção de um reino ideal que era “transcendentalmente” racional – um mundo que não existia aqui, mas no além, no reino *numenal*, divorciado da realidade.** (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 170, grifos do autor).

Em *Uma Teoria da Justiça*, em que Kant é uma referência basilar, o elemento de racionalidade das formulações de Rawls é essencial na concepção do contratualismo renovado, da posição original, do véu de ignorância, dos quais derivou os princípios de justiça equitativa. E isso não o poupou de observações de seus leitores:

Eu gostaria, no entanto, de chamar a atenção para uma família que é **crítica à agenda de Rawls**, não pelos seus conteúdos, mas pela sua forma e pela sua família filosófica. Quer dizer, a gente falou aqui algumas vezes na expressão “**racionalismo**”... a razão desempenha um papel extraordinário ao longo de todo o trabalho de Rawls e, no entanto, há uma tradição de **pensamento filosófico crítico ao racionalismo em matéria política**. Quer dizer, a política não seria o terreno adequado, a política e os arranjos da sociedade não seriam o terreno adequado para você proceder de modo claro, de modo racionalista, quase geométrico, há uma observação no início de *Uma Teoria da Justiça*, justamente Rawls descreve o tratado como uma espécie de “**precisamos de uma moral geométrica da qual nós possamos proceder de maneira dedutiva**”. Isso é algo bastante forte e há uma certa tendência na filosofia do tipo anglo-saxão de pensamento político que diz, “olha, a política não serve para isso, você faz política como? Avaliando

contextos históricos determinados, vindo em que *background* certas instituições se desenvolveram na prática, como grupos na prática se relacionam e de pouco adiantaria fazer como Rawls descreve no final do tratado como “**precisamos de uma teoria do bem que funde as premissas necessárias, das quais se deduzem os princípios de justiça**”. (WOLF, 2017, 49’44”, grifos nossos).

Para Kukathas e Pettit (1995, p. 144), as críticas perpassam pelo argumento de que a forte referência de Kant induziu a que Rawls apresentasse, “não tanto uma teoria universal de justiça, mas a mera racionalização de crenças modernas”, e que ainda, o seu contratualismo guardava afinidades estreitas com a filosofia kantiana e que, por isso, a teoria de Rawls portava debilidades inerentes à tentativa kantiana de “deduzir fins objetivos, obrigatórios a partir de uma mera análise do que é agente racional”:

A opinião de R. P. Wolf merece ser citada na íntegra: o cerne da filosofia de Rawls é a ideia do jogo negocial, através do qual seria ultrapassada a esterilidade do raciocínio formal de Kant e se estabeleceria um princípio que combinaria as vantagens e evitaria as fraquezas do utilitarismo e do intuicionismo. A ideia original, poderosa e elegante, mas simplesmente não se mantém. (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 144).

Rawls, atento a tais observações, iniciou uma série de réplicas expostas em várias conferências que viriam a integrar o livro *O Liberalismo Político*, nas quais reconhecia que sua teoria poderia ser de mais fácil compreensão se interpretada como uma filosofia para sistemas políticos modernos de democracia liberal, ainda que defendesse que a estrutura kantiana modificada do seu argumento não era prejudicada pelas objeções tradicionais a Kant e à teoria do contrato social num sentido mais amplo (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 145).

Durante essas conferências, na tentativa de driblar as dificuldades contidas nas arguições críticas endereçadas ao lastro kantiano relativo à pretensão universalista de suas proposições, Rawls vai se posicionando de modo a restringir o âmbito de abrangência de aplicabilidade de sua teoria:

Todavia, na altura em que apresentou as conferências Dewey, era claro para Rawls que sua abordagem ainda era muito circunscrita. **Neste momento sustenta que a sua preocupação em desenvolver uma concepção kantiana de justiça se destinava a responder a “um impasse na nossa história política recente”, tornada evidente pela ausência de acordo, nos últimos dois séculos de história americana, “sobre o modo como as**

**instituições sociais básicas deveriam ser estruturadas**, se pretendiam conformar-se com a liberdade e igualdade dos cidadãos enquanto pessoas morais” (1980, 517). Nestas conferências Rawls é inequívoco: o que o preocupa não é descobrir **princípios universais de justiça**, mas princípios apropriados a sociedades modernas, como os Estados Unidos. [...] Na verdade, nas conferências Dewey sugere que um dos seus objetivos é ultrapassar os dualismos na doutrina de Kant, tão fortemente criticados por Hegel (1980, 516). (KUKATHAS e PETTIT, 1995 p. 146 e 147, grifos nossos).

A ideia kantiana universalista de uma comunidade moral, irmanada em sentimentos análogos ou idênticos no que concerne o bem da vida, o fim último da existência humana, os contornos e feições do poder político negavam a pretensão de se admitir na sociedade um pluralismo razoável, comum às sociedades profundamente divididas em suas crenças, mas que nem por isso, na teoria de Rawls, impedidas de coexistirem pacificamente, mediante o consenso e pela sobreposição possível de interesses aparentemente autoexcludentes:

Ora, a ideia dessa certa comunidade de sentimentos morais vai frontalmente contra sua concepção do pluralismo como um elemento fundamental do bom ordenamento. Ele abandona esta ideia ao longo do tempo, há todo um capítulo em *Uma teoria da justiça* dedicada a essa questão da comunidade de sentimentos morais, isso é jogado no lixo depois. E ele chama atenção para essa mudança de sua perspectiva na introdução do *O Liberalismo Político*, publicado em 1.993. (KUNTZ, 2011, 44’36”).

Essa fase posterior a *Uma Teoria da Justiça* marca a reelaboração de alguns aspectos do pensamento de Rawls, conforme ele se distancia, em alguma medida, da matriz filosófica sobre a qual erigira sua teoria, buscando atenuar a resistência a alguns aspectos de suas proposições filosóficas:

Portanto, é assim que **Rawls abandona Kant ou, pelo menos a interpretação Kantiana do seu empreendimento. Se o êxito na conquista de consenso exige que a filosofia seja “independente e autônoma de outras partes da filosofia, sobretudo dos problemas e controvérsias de longa data da filosofia”** (1987, p.8), então a interpretação kantiana da justiça como equidade também é controversa e a controvérsia deve ser evitada. Na verdade, devemos adotar o **“método de evitamento”** para que “as diferenças entre perspectivas políticas em conflito possam, no mínimo, ser moderadas” e “a cooperação social na base do respeito mútuo possa manter-se” (1985, p.231). (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 164, grifos nossos).

Para Kuntz (2011), Rawls já rejeitava o Utilitarismo não só pelo fato da sua ética conviver em harmonia e sem constrangimento com um sistema de ideias absolutamente compatível com as desigualdades decorrentes de falhas distributivas

toleradas pelas instituições e pelas estruturas básicas da sociedade. A outra razão pela qual ele rejeitava o Utilitarismo consistia no mesmo motivo pelo qual ele passou a rejeitar toda e qualquer doutrina ou filosofia abrangente. Ele tenta evitar, assim, vinculações com doutrinas morais, religiosas e filosóficas particulares, numa estratégia de esquiva, como se estivesse evitando o tiroteio entre as várias doutrinas em disputa pela adesão da consciência das pessoas na sociedade política.

Alguns poderão dizer que Rawls, mesmo buscando distanciar-se de Kant em alguns aspectos de sua teoria, não logrou atingir tal objetivo de evitar o conflito inerente aos sistemas de pensamento antagônicos em busca de convencimento de seus leitores quanto à possibilidade da sociedade alcançar o consenso possível, ainda que com sobreposição de setores do pensamento propensos à resiliência, umas em relação às outras.

Outros poderão alegar que Rawls era um utilitarista enrustido, e outros ainda poderão afirmar que ele talvez tenha feito concessões demais (KUNTZ, 2011, 49<sup>o</sup>5<sup>o</sup>). O que Rawls jamais deixa de sustentar é o caráter liberal de suas proposições:

Embora Rawls abandone Kant, isso não significa que abandone o Liberalismo. Abandona a defesa do liberalismo enquanto filosofia moral englobante, mas continua a promover aquilo que chama de "liberalismo político". Trata-se de um liberalismo que não depende de nenhum ideal moral liberal em particular, como autonomia. Continua a ser uma versão de "liberalismo" enquanto sublinha a importância da tolerância e argumenta que um sistema de governo deve ser orientado por princípios que não pressupõem que uma determinada forma de boa vida seja a melhor. (KUKATHAS e PETTIT, 1995, p. 165).

O liberalismo político de Rawls assume feições atípicas. A coluna vertebral de sua teoria é composta por elementos de liberdade ampla, conjugados com elementos de equidade cooperativa, a ponto de que, com algum exagero, alguns o consideram, sob vários aspectos, um igualitarista, o que chega a ser contraintuitivo quando se pensa o tema pelo prisma do liberalismo clássico.

De todo o modo, é inegável que parte da originalidade do pensamento de Rawls reside, assim, numa legítima preocupação de humanização do liberalismo ante os riscos das alternativas de sistema político em tempos de Guerra Fria:

Nessa conferência, procurei fortalecer a visão liberal (enquanto doutrina filosófica), mostrando que as liberdades fundamentais e sua prioridade fazem parte dos termos equitativos de cooperação entre cidadãos que pensam a si mesmos e uns aos outros em conformidade com uma concepção de pessoas livres e iguais. (RAWLS, 2000, p. 428).

As feições atípicas do liberalismo político de Rawls evidenciam-se ainda quando se considera a concepção de funções do Estado em torno das quais a dimensão deste último é idealizada, em alguma medida se afastando de premissas liberais como o Estado mínimo:

Pode-se considerar que, no estabelecimento dessas instituições básicas, o governo se divide em quatro setores. Cada setor se constitui de vários órgãos, ou atividades a eles relacionadas, encarregados da preservação de certas condições econômicas e sociais. Essas divisões não se sobrepõem à organização habitual do governo, mas devem ser entendidas como funções diferentes. O setor de alocação, por exemplo, serve para manter a competitividade do sistema de preços dentro dos limites do factível, e para impedir a formação de um poder sobre o mercado que não seja razoável. (RAWLS, 1997, p. 304)

Para Rawls, nesse esforço que cabe ao Estado no controle das desigualdades, a função da propriedade privada deve sofrer uma devida restrição no que tange à acumulação de bens pelas pessoas e pelas famílias, inclusive a propriedade dos meios de produção. E se ainda, em vários momentos, ele defende uma tributação importante sobre os ativos dos extratos mais privilegiados da sociedade, assim como a tributação sobre herança, é evidente que seu liberalismo flerta com agendas que estão mais ligeiramente à esquerda do espectro político do que se poderia esperar de um liberal.

Os dois princípios também especificam uma forma ideal para estrutura básica, à luz da qual os processos institucionais e procedimentos mentais existentes são restringidos e ajustados. Entre essas restrições estão os **limites à cumulação de propriedade (principalmente quando existe a propriedade privada de bens de produção)**, que derivam dos requisitos do valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades, e os limites baseados em considerações de estabilidade e de inveja escusável, ambas ligadas ao bem primário essencial do auto respeito. (RAWLS, 2000, p. 337, grifos nossos).

Porém, tudo de algum modo se explica ante sua firme preocupação em conceber uma sociedade justa, cujos arranjos das instituições permitam fluir de modo amplo a igualdade de direitos e de oportunidades, assim como o mais amplo rol de

liberdades individuais, preservando-se ainda a legitimidade de diferenças econômicas toleráveis resultantes não de pontos de partida imerecidos, mas decorrentes da individualidade e dos talentos que serão empregados nas atividades desenvolvidas pelas pessoas em busca da realização de seus planos de vida.

Esse aparato de ideias, de algum modo sedutoras, ainda que hostilizadas pela crítica, não deixa de reforçar a percepção de que aquela matriz kantiana, que em muito ainda remanesce no pensamento de Rawls, contribui sobremaneira para a ideia de combate ao Utilitarismo e, por decorrência, contribui também para o combate aos objetivos finalísticos determinantes do valor das ações, e, *mutatis mutandis*, contribui, por fim, para uma idealização romântica do combate à ideia de que ações ou decisões de quaisquer espécies devam embutir no processo decisório a preocupação com as consequências.

### 3.4 CONSEQUENCIALISMO EM RAWLS?

Foi no cenário da segunda metade do séc. XX - em que campeava o Utilitarismo sem corrente de pensamento que lhe fizesse frente, pelo menos em termos do quanto a ética utilitarista tinha e ainda tem de capilaridade no mundo ocidental - que surgiu a obra-prima de John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*.

Entretanto, após a constatação de que, de algum modo, postulados de Kant acabaram renegados por Rawls na revisão, ante a artilharia crítica à sua obra, e retomando argumentos de que Rawls talvez tivesse feito concessões demais, e mesmo que ele seria um utilitarista enrustido, cabe averiguar se, em suas proposições, haveria vestígios de consequencialismo que pudessem, de algum modo, corroborar o argumento. De acordo com Kuntz:

O Rawls não rejeita diretamente esse argumento, mas ele observa que o caso é diferente quando a pior hipótese envolve um resultado intolerável. Não se trata aqui apenas de um problema de cálculo de probabilidade. **Trata-se de saber qual o efeito real de cada consequência possível, de cada evento possível!** (KUNTZ, 2011, 24"3", grifos nossos).

Ora, uma característica importante dos bens primários é a sua polivalência, **eles são concebidos não como instrumentos para realização deste ou aquele fim; eles são concebidos como condições para que as pessoas tentem concretizar diferentes objetivos e diferentes concepções de bem.** (KUNTZ, 2011, 33'45", grifos nossos).

As expressões grifadas nos dois trechos da análise de Kuntz, que satisfatoriamente explicam o racional de Rawls, apontam para uma inevitável sensação de que frações do pensamento rawlsoniano dispersas dentro do arcabouço de sua teoria, comportam interpretação de que mesmo Rawls não pôde evitar esse traço da natureza humana de raciocinar com vistas ao atingimento de uma meta de um objetivo, e que, portanto, talvez não haja mal nisso, a depender de quando, como e se for necessário adotar uma estratégia teleológica para lidar com os fatos da vida cotidiana.

Nas palavras do próprio Rawls encontram-se ideias que apontam num claro sentido teleológico das ações:

**Com esse propósito, assumo que as partes se situam atrás de um véu de ignorância. Elas não sabem como as várias alternativas irão afetar o seu caso particular, e são obrigadas a avaliar unicamente com base nas considerações gerais.** Supõe-se, então, que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição classe ou status social; além disso ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidades, sua inteligência e força, e assim por diante. Também ninguém conhece a sua concepção de bem [...]. **Elas devem escolher princípios de justiça cujas consequências estão preparadas para aceitar não importando qual geração pertença.** Na medida do possível, o único fato particular que as partes conhecem é que a sua sociedade está sujeita às circunstâncias da justiça e a qualquer consequência que possa decorrer disso. (RAWLS, 2000, p. 146 e 147, grifos nossos).

Ele entende, portanto, que as pessoas devem escolher princípios de justiça, cujas consequências estejam preparadas para aceitar, num intervalo de tempo muito amplo e inclusive numa perspectiva intergeracional.

O próprio conceito de maximim, que integra a estrutura do pensamento rawlsoniano, evidencia um nítido escopo teleológico, na medida que, na posição original, os legisladores, ao elaborarem as regras e os princípios de justiça que governarão a sociedade, devem optar, considerando os resultados. Conforme Schüler

(2017), sob o véu da ignorância e, portanto, sob o signo da incerteza, dentre todos os resultados possíveis para eleição de uma determinada regra ou princípio, tende-se a optar pela alternativa que produza o maior benefício mínimo. O que será isso senão o racional dimensionamento do valor da escolha em relação aos possíveis resultados?

Rawls parece pressupor, de certa maneira, ainda que por motivos em alguma medida egoísticos, pelo menos no que tange a esse ponto específico, que as pessoas estariam de algum modo propensas a pensar, talvez a calcular ou, no mínimo, a sopesar, naquela posição original, as consequências de decidir por esse ou por aquele princípio de justiça, pela simples razão de não se saber como seriam afetadas, a depender da posição que viessem a ocupar na sociedade, já que, neste momento fundacional do ordenamento da sociedade, estão sob forte restrição do véu de ignorância para garantia de sua máxima imparcialidade.

Estariam essas pessoas, então, ainda que concebidas hipoteticamente e imersas num universo de ideias kantianas, propensas a uma espécie de consequencialismo?

E se isso for verdade, se essa reflexão que guarda estreito interesse com o escopo deste trabalho, tiver alguma possibilidade de progressão, e feita a transposição possível para o âmbito judicial, estar-se-ia talvez cogitando de um possível viés judicial consequencialista, moralmente admissível, mesmo que germinado num arcabouço de ideias fortemente norteadas pelo filósofo prussiano? Estar-se-ia, quem sabe, cogitando de formas de bom e mau consequencialismo, conforme os pruridos morais do intérprete?

Vale revisitar a reflexão havida no capítulo anterior, de que se intui que o sentimento geral do fortalecimento da ética kantiana esteja na base da aversão ao consequencialismo judicial por alguns segmentos da comunidade jurídica.

Por mero exercício mental que seja, o que se está a cogitar é da possibilidade de um traço consequencialista moralmente sustentável em Rawls, mesmo numa perspectiva kantiana. A hipótese, portanto, é a de haver, no mínimo,

consequencialismo que, a depender dos desígnios do agente decisor, poderá ser reputado como bom ou como mau.

Ora, se o que se discute neste trabalho é a possibilidade do consequencialismo judicial ser criticado por padecer de uma indelével mácula utilitarista, torna-se importante perquirir se toda decisão consequencialista é necessariamente utilitarista, no sentido de que se deve promover a maximização do bem-estar geral, ainda que em detrimento de uma minoria, em razão do princípio sacrificial inerente ao Utilitarismo.

E a resposta é negativa. Para Mulgan (2014, p. 203):

Na filosofia moral contemporânea o utilitarismo é apresentado como uma versão do consequencialismo. O utilitarismo é consequencialismo (a moralidade promove o valor) *mais* uma teoria do bem-estar (o valor é bem-estar agregado). (grifos do autor).

Daí o autor distinguir entre consequencialistas utilitaristas e não utilitaristas:

O consequencialismo diz que a ação correta é aquela que promove o maior valor – qualquer que seja a definição de valor que utilizemos. **Os utilitaristas tanto podem ser consequencialistas quanto não consequencialista. Os consequencialista podem ser tanto utilitaristas quanto não utilitaristas.** O consequencialismo de satisfação diz que apenas somos obrigados a produzir um resultado suficientemente bom. A visão híbrida suplementa o consequencialismo com prerrogativas centradas no agente, permitindo-nos conferir peso desproporcional aos nossos próprios interesses. Tanto o consequencialismo de satisfação quanto as visões híbridas têm dificuldade em acomodar a distinção entre fazer e permitir. **A ética kantiana concentra-se em honrar o valor (especialmente o valor dos agentes racionais), ao invés de promovê-lo.** (MULGAN, 2014, p. 205, grifos nossos).

Portanto, é forçoso concluir que inquinhar genericamente a decisão judicial consequencialista de utilitarista resvala pelo equívoco da rotulação açodada, como se, ao assim fazer, recaia automaticamente sobre a decisão toda a má sorte de considerações que se possa ter sobre a escola filosófica do Utilitarismo. Tal açodamento convém aos críticos que pretendam poupar-se do necessário esforço de distinção entre o bom e o mau consequencialismo, já que seus modos bem diversos são, de um lado, a consideração das consequências da decisão como apoio hermenêutico, sem desconsideração da lei e princípios orientadores, e, de outro, o

escopo teleológico da decisão como mero fundamento isolado para o alcance de determinados resultados inalcançáveis por outros meios.

Ao tecer considerações sobre se seria um debate político ou jurídico o antagonismo entre garantistas e consequencialistas na seara penal, José Eduardo Faria faz importante distinção que interessa ao escopo deste trabalho, na medida em que aborda uma das questões centrais atinentes à essa controvérsia, o elemento diferencial da interpretação extensiva aos textos legais:

Os garantistas alegam que, ao deixar de seguir o texto literal da lei para priorizar os efeitos das decisões judiciais no momento de tomá-las, dando assim vazão à vontade de atingir resultados desejados ou previamente determinados, os consequencialistas seriam basicamente punitivistas. Ou seja, recorreriam a interpretações extensivas, desprezando as intenções do legislador constitucional, passando por cima das garantias individuais e dos direitos fundamentais e desprezando o princípio constitucional do devido processo legal. Por seu turno, os consequencialistas justificam a opção por interpretações abrangentes em nome de um método mais realista para articular investigação, contraditório, celeridade e eficiência – método esse que propiciaria uma espécie de legitimação pelos resultados, dentre eles a moralização da vida pública. (FARIA, 2019, p. 113 e 114).

Porém, indaga Faria (2019, p. 114), até que ponto um juiz deve sucumbir ao clamor público, interpretando criativamente o direito para avançar sobre áreas de atuação típica do Legislativo e do Executivo. E segue: por outro lado, em que medida pode o juiz “exercer papel contramajoritário, interpretando estritamente as regras e respeitando rigorosamente o devido processo legal, com o objetivo de proteger minorias?”.

O autor pontua questão fundamental para o debate, umas das principais críticas àquele consequencialismo identificado como a decisão que se afasta dos termos estritos da lei ou da Constituição, (ressalvando-se aqui o entendimento mais amplo sobre o termo que se possa lhe dar, abarcando também decisões lastreadas e limitadas pela lei):

[...] o problema do controle sobre a produção dos efeitos jurídicos do sistema legal e da avaliação das consequências das decisões também é conhecido. Quando um texto constitucional contempla normas principiológicas ou programáticas que se expressam por meio de conceitos vagos e indeterminados, isso não acaba inviabilizando o direito positivo como técnica,

levando à perda da identidade sistêmica de todo o ordenamento jurídico?  
(FARIA, 2019, p. 115)

Porém, em contraposição à resposta que a questão acima parece sugerir, aduz Faria (2019, p. 117) que, no excessivo apego a normas de conceitos determinados e às interpretações restritivas, os garantistas não consideram adequadamente a complexidade de sociedades “cambiantes e heterogêneas”, como é o caso da sociedade brasileira, atendo-se a uma racionalidade lógico-formal que não dá conta de viabilizar uma “engenharia jurídica eficaz baseada em regulamentações gerais”.

Segundo o autor, o direito não pode ser tratado como se compreendesse apenas “axiomas e corolários de livros de matemática”, porque incorpora a história do desenvolvimento de um povo, de uma nação na linha do tempo, através dos séculos, de modo que o debate entre consequencialistas e garantistas se dá no plano político e não no plano jurídico:

Garantismo versus consequencialismo é, assim, um debate determinado mais por razões políticas conjunturais do que por fatores jurídicos estruturais, e que passa ao largo dos problemas gerados pelo fosso entre as leis em vigor e os valores e as tensões sociais emergentes.(FARIA, 2019, p. 118)

Para Chalita, lembrando o pensador Jean-Paul Sartre (CHALITA, 2019, p. 4), “somos condenados à liberdade, como signo constitutivo da existência humana”, pois:

O homem é livre. E as suas ações são escolhas que interferem na vida das pessoas. O pensador existencialista fala de uma angústia necessária antes do momento da escolha. Sem angústia a ação se torna menos responsável. Sem angústia a possibilidade de erro é muito maior. (CHALITA, 2019, p. 4 e 5).

Segundo o autor, sendo o ser humano responsável por suas ações e, portanto, por suas consequências, deve “sofrer” o bom sofrimento contido na maiêutica socrática, no sentido de que o pensador ateniense entendia o conhecimento como fruto de uma “parturição de ideias”.

O forte significado que se extrai dessa imagem, que bem se amolda à discussão sobre o consequencialismo, remonta à técnica socrática de se admitir a verdade como

latente em cada ser, e que tende a emergir quando se responde a inúmeras questões que, embora notadamente simples, podem ser eficazes no que tange ao alcance de um resultado satisfatório.

O autor, entretanto, adverte para os riscos do mau consequencialismo, na medida em que o uso abusivo da técnica de se decidir com escopo meramente finalístico pode, num contexto de protagonismo do Poder Judiciário pretensamente justificado pela letargia ou omissão legislativa, desequilibrar o ajuste sensível entre os Poderes numa democracia minimamente saudável:

O pensamento progressista, na primeira década do século XXI, celebrou a magistratura ativista como uma clareira iluminista em meio à selvageria de um parlamento comprometido com interesses espúrios. Apostou nela todas as fichas de realização das promessas da Constituição. Mas se esqueceu que o juiz, por pior que seja a democracia, pertence a um arranjo que é muito sensível a tensões. Um arranjo que se fragiliza quando o flanco que não é legitimado pela democracia se sobrepõe aos demais e passa a pautar decisões cuja titularidade deveria pertencer à soberania popular. E que vê a morte das possibilidades de transformação que tanto acalentam os sonhos de quem deseja um mundo melhor. (CHALITA, 2019, p. 13).

Em que pese a oportuna observação do autor, já que, a bem da democracia, deve-se evitar decisões judiciais pautadas pelo mero intuicionismo à margem da lei, em contrapartida, há muitas decisões prolatadas em várias instâncias do Poder Judiciário que invocam preocupações de ordem finalística, mas não necessariamente sem observância do texto de lei e princípios constitucionais e sem esgotamento das técnicas clássicas de hermenêutica, ainda que, quando muito, faça-se uso de interpretação extensiva em algum grau.

O autor, assim, adotando um ponto equidistante para uma visão mais ampla e menos apaixonada do tema, concebe que haja um bom e um mau consequencialismo, o que de certo modo dialoga com a possibilidade que neste trabalho se aventa de, nos fragmentos conceituais da teoria da justiça como equidade, de John Rawls, haver um elemento teleológico que suscita a possibilidade de um consequencialismo bem orientado no sentido de valorizar equanimemente a igualdade e a liberdade, um consequencialismo, por assim dizer, não utilitarista, porque não voltado

absolutamente à maximização da felicidade mediante incidência do princípio sacrificial de minorias, nos termos das proposições de Bentham e Stuart Mill.

## 4 EFICIÊNCIA E A POSITIVAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO

### 4.1 ART. 20 DA LINDB E ART.25 DO CEMN<sup>8</sup>: CONSEQUENCIALISMO E BUSCA DA EFICIÊNCIA

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no caput do art. 37, que a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da eficiência, dentre outros como o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, e da publicidade.

O Código de ética da Magistratura Nacional, de 26 de agosto de 2008, estatui em seu art. 25 que, “Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”.

E o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, em seu art. 8º, deixa claro que o art. 37 da Constituição Federal se aplica ao Poder Judiciário, na medida em que impõe ao juiz o dever de observar o princípio da eficiência, assim como o da razoabilidade, o da proporcionalidade, o da legalidade e o da publicidade, ao aplicar o ordenamento jurídico na busca dos fins sociais e exigências do bem comum, para promover a dignidade da pessoa humana.

A interpretação correta que se deve dar ao art. 8º do CPC abarca necessariamente tanto a administração da justiça, no que tange à alocação de recursos destinados ao funcionamento da máquina do Poder Judiciário, quanto ao exercício da jurisdição, no sentido de que o magistrado deve ter, na condução do processo, o objetivo de produzir o melhor resultado no menor tempo possível, escopo esse que conjuga o princípio da eficiência com o princípio da duração razoável do processo, inscrito no art. 4º do CPC.

---

<sup>8</sup> Código de Ética da Magistratura Nacional.

Ao comentar o art. 8º do CPC, Gajardoni alerta para o risco de desvios da decisão judicial com lastro em princípios abertos de índole constitucional inscritos no dispositivo:

Vale aqui considerar – tanto quanto já se fez nos comentários ao art. 1º, que “dignidade da pessoa humana”, “fins sociais” e “bem comum” são expressões abertas e sem precisa significação (conceito jurídico indeterminado), o que, se, por um lado, pode implicar interpretação mais maleável do direito, aderente à realidade social e ao tempo da aplicação, de outro, dá enorme espaço ao decisionismo e ao ativismo judicial com risco à segurança jurídica. [...] Quer dizer, com isso, que uma possível interpretação do dispositivo ora comentado é de que a compatibilização da legislação com os valores da Constituição Federal já foi feita pelo legislador infraconstitucional no momento da edição da norma, de modo que as normas-regras do CPC deverão prevalecer caso o intérprete se sinta persuadido a negar-lhe a aplicação com fundamento de que eles seriam contrários à dignidade da pessoa humana, ao bem comum ou aos fins sociais. (GAJARDONI, 2018, p. 91-92).

Nota-se nos comentários do autor a preocupação com a inserção de princípios constitucionais abertos no CPC, que possam induzir o intérprete a se negar a aplicar as regras contidas no código, sob pretexto de que estariam, de alguma forma, e ao seu ver, violando preceitos constitucionais como a “dignidade da pessoa humana”, “fins sociais” e “bem comum”.

Daí a perspicaz leitura que o autor faz no sentido de que o art. 8º estaria a assentar que, quando da edição do então novo CPC, tais princípios constitucionais já teriam sido considerados de modo a que o legislador estaria ali preceituando que todas as regras processuais constantes do código estariam em linha de observância dos princípios constitucionais inscritos no caput do art. 37 da CF/88. Ainda que se saiba que cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, mormente em juízo de controle concentrado, o autor preocupa-se com a possibilidade de não aplicação das regras do código pelo intérprete, ao fundamento de que estariam violando princípios de ordem constitucional. No entanto, não se subtrai ao Poder Judiciário o dever de avaliar a constitucionalidade de dispositivos de lei, mesmo neste caso, a despeito do teor do art. 8º do CPC.

Fato inegável é que a eficiência tornou-se paradigma para a administração da justiça e para a própria jurisdição, constituindo-se em grande desafio para a magistratura a conciliação de valores elevados como princípios de justiça e de

segurança jurídica, de um lado, com valores de performance e eficiência oriundos de outras áreas, como a ciência econômica, de outro.

Pela inter-relação que há entre Direito e Economia, ciências que até a década de quarenta do século passado, no Brasil, eram ministradas conjuntamente, há ainda, na percepção de parte da comunidade jurídica, inúmeros pontos de tensão entre essas áreas, como se princípios de justiça e princípios econômicos fossem inconciliáveis.

Relaciona-se a essa tensão a controvérsia acerca do consequencialismo, que não se restringe apenas à questão do decidir no âmbito do processo judicial. Diz respeito também à própria administração da justiça, no que tange à adoção de políticas de administração judiciária, atinentes a estratégias e procedimentos que monitorem e induzam a uma maior eficiência do sistema de distribuição de justiça para a entrega a contento da prestação jurisdicional, em tempo razoável e com a maior qualidade possível.

Externamente ao Poder Judiciário, o consequencialismo é pressuposto de atuação responsável do Poder Legislativo que, ao legislar, visa precipuamente endereçar, pela positivação de regras, a solução para demandas sociais que reclamem tratamento legal para os mais variados temas. Há nisso um objeto colimado.

No âmbito do Poder Executivo, a atuação de Presidente da República, Governadores e Prefeitos visa, precipuamente, o atingimento de objetivos contidos em suas plataformas de campanha e para os quais foram eleitos, podendo-se dizer que o viés consequencialista de suas ações é inerente aos cargos que ocupam, em função das expectativas que geraram nos eleitores, acrescentando-se a esse rol os controladores e administradores do setor público, que estão agora, assim como os primeiros, obrigados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos

termos de seu art. 20<sup>9</sup>, “a não decidir com base em valores abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

No que concerne aos magistrados, muito embora o ordenamento já impusesse a preocupação com os efeitos das decisões judiciais, a alteração legislativa teve por escopo evitar que, ao decidir, afastem-se das regras do ordenamento, fundando-se tão somente em princípios abstratos. Em tais hipóteses, permite-se agora que se decida com base em tais princípios, desde que se faça constar da motivação da decisão as considerações sobre seus possíveis impactos e a sua adequação, inclusive em face das possíveis alternativas, nos termos do art. 20 e seguintes, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que têm caráter cogente e de orientação geral aos operadores.

As polêmicas associadas a tal dispositivo dizem respeito, segundo os críticos, aos riscos de exercício de futurologia a que se permitiriam os magistrados e, fundamentalmente, aos efeitos deletérios da subordinação de decisões tomadas com base em princípios - como o da dignidade da pessoa humana, da moradia, assim como outros direitos fundamentais - a conceitos de eficiência e considerações sobre seus impactos sociais, políticos e econômicos.

Teme-se, por exemplo, que um direito fundado na dignidade da pessoa humana seja afastado em razão dos possíveis impactos econômicos que a decisão que o acolha possa gerar.

Por outro lado, há quem sustente que a observância de tal regra pelo Poder Judiciário nas hipóteses de pleitos judiciais de custeio de tratamentos médicos de alto custo pode permitir que um serviço de saúde municipal, por exemplo, siga tratando um maior número de pessoas, por não ter o orçamento engessado por provisões

---

<sup>9</sup> Lei 13.655/15. “Art. 20 – Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

elevadas calçadas em possíveis liminares que venham a ser dadas num intervalo de tempo, obrigando ao custeio de medicamentos ou tratamentos sem o mínimo de razoabilidade orçamentária.

O art. 20 da LINDB assim, segundo os que nele veem benefício, presta-se, de um lado, no exemplo dado, à busca de eficiência, já que o Poder Judiciário deixaria de interferir numa mais responsável execução do orçamento público na linha das verbas destinadas à saúde, nas várias instâncias da federação. De outro lado, nos termos do mesmo dispositivo, não pode o Poder Judiciário decidir sobre o tema com base em princípios abstratos, sem avaliação adequada dos potenciais impactos e em face das alternativas possíveis, principalmente quando sua decisão interferir na esfera de outro poder da República, como é o caso do exemplo de que ora se cogita.

Por isso, no que tange especificamente à tomada de decisão judicial, o consequencialismo divide os operadores do direito e frequentemente é motivo de confusão e interpretação equivocada do que se deve entender pelo termo, dado que é evidentemente polissêmico.

Coloca-se como fator de reflexão e de crítica a questão sobre se o magistrado não estaria se posicionando em situação de perigo (LEAL, 2017, 7'05"), por extrapolar sua função jurisdicional ao incluir na equação do processo de tomada de decisão elementos exógenos à tradição hermenêutica clássica, como a preocupação com os efeitos de suas decisões para além dos limites da lide sob sua análise.

Numa crítica mais severa a magistrados que ancoram suas decisões em considerações de natureza consequencialista, alguns sustentam, não raro e com razão, que a falta de critérios epistemológicos e a falta de demonstração de exaurimento das ferramentas da hermenêutica convencional podem redundar em julgados sem a fundamentação adequada e geradores de insegurança jurídica, pois exarados sob o signo das inclinações pessoais do magistrado.

Fato é que, pelas mais variadas razões, a atuação do magistrado fundada no *locus* consequencialista ainda gera desconforto em parte da comunidade jurídica,

principalmente após a positivação desse dever, pois, ainda que adstrito às hipóteses ali especificadas, teme-se que o dispositivo do art. 20 da LINDB torne-se uma espécie de carta branca para a solução de casos concretos erigida à margem do ordenamento jurídico.

Quando, por outro lado, não se leva em conta as possíveis consequências de determinadas decisões, a outra parte, adepta do consequencialismo, brada os riscos, inclusive sistêmicos, de não se considerar os possíveis efeitos das decisões judiciais que desbordem da relação entre as partes.

O art. 20 da LINDB, porém, obriga que se leve em conta as consequências nas hipóteses em que a decisão tome por base valores jurídicos abstratos, de modo que, havendo para o caso concreto expressa previsão legal, não pode o tomador da decisão se afastar deliberadamente de razoáveis parâmetros legais para decidir, não pelo menos sem que avalie as consequências potenciais da decisão. Quando isso ocorre? Quando, apesar do texto expresso da lei, invoca-se um princípio constitucional abstrato que, por força de sua admitida normatividade, teria força para suprimir ou mitigar a efetividade de regras ou mesmo outros princípios que lhe façam frente.

Daí identificar-se nas críticas ao consequencialismo um elemento comum, porém reducionista, consistente na percepção de que o decidir consequencialista invariavelmente levaria em conta apenas e tão somente a intenção do magistrado de decidir o caso concreto, tendo por objetivo exclusivo e teleológico o atingimento de determinado fim, independentemente dos meios necessários à realização desse intento.

Em outras palavras, o debate sobre a conveniência de se levar em conta as consequências das decisões, por vezes, se dá fora de um eixo de razoabilidade, na medida em que se reduz a discussão de conceitos éticos ou morais acerca da busca dos fins, não importando os meios manejáveis.

Tais críticas, quando injustificadamente marcadas por esse reducionismo, pouco contribuem para um debate sereno sobre o tema, que deve se voltar à busca mais objetiva de eficiência nas soluções para os problemas que essa técnica de interpretação e decisão possa representar, pois, em princípio, não se pode ignorar a possibilidade de se chegar a boas, ponderadas e eficazes decisões que, sem violar a lei, princípios e a jurisprudência de caráter vinculante, considerem responsabilmente os efeitos econômicos, políticos e sociais que possam gerar.

Isso não quer dizer que, a depender dos efeitos potenciais da decisão, não se deva aplicar a lei. Quer dizer apenas que, dentre as possíveis e aplicáveis interpretações de uma regra ou de um princípio, deve o magistrado considerar os efeitos que a adoção de cada alternativa possa implicar.

Convém conceber que a busca desse nível de eficiência no exercício da jurisdição deve representar uma meta. Atingida, ainda que em etapas sucessivas de construção de uma teoria da decisão judicial que contemple o consequencialismo como método, pode-se vislumbrar um Poder Judiciário que performe até mesmo acima do nível de expectativa dos jurisdicionados, o oposto do atual sentimento geral quanto à ineficiência e letargia desse Poder.

No entanto, esse viés de raciocínio implica dissensos e impasses que, pelo menos em parte, se justificam. Daí o esforço que aqui se fez para demonstrar que, na base do desconforto que o tema suscita, há um dilema de natureza filosófica que remete ao Utilitarismo, cujos conceitos tiveram lugar na construção do racional deste trabalho, em razão das discussões que o tema ainda provoca na contemporaneidade, ainda que sob roupagem mais atualizada, conforme sustenta Tim Mulgan:

Ao longo dos últimos dois séculos, a tradição utilitarista tem sido muito influente – não apenas dentro da filosofia, mas nas disciplinas mais obviamente práticas da política e da economia. Como resultado dessa influência, pressupostos e argumentos utilitaristas abundam na vida econômica e política moderna, especialmente nas políticas públicas. Se quisermos compreender o mundo social em que vivemos, uma compreensão da tradição utilitarista é essencial. (MULGAN, 2014, p. 8).

Como se viu nos capítulos anteriores, dessa matriz filosófica a que se refere Mulgan, originaram-se correntes de pensamento de natureza pragmática em várias áreas do conhecimento, principalmente na ética, na política, na economia. O Direito não passou incólume a esse movimento que, nos Estados Unidos da América, redundou na Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law & Economics*.

Análise Econômica do Direito consiste numa corrente de pensamento em expansão, surgida no seio do pensamento pragmático norte-americano em meados do sec. XX, que se nutre de relevante, natural e incontornável interação entre Direito e Economia para, valendo-se de preceitos desta última, orientar as decisões judiciais e mesmo judiciárias, no que tange à administração da justiça, a um resultado que incrementa a eficiência do sistema judicial como um todo.

A matriz filosófica na origem da Análise Econômica do Direito não a poupa de severas críticas que remontam às discussões postas nos capítulos 1, 2 e 3 deste trabalho.

Critica-se tal corrente de pensamento por, de algum modo, remontar ao Utilitarismo, na medida em que condiciona o acerto de ações e decisões ao atingimento da finalidade perseguida. Portanto, vale dizer, dali salta-se para uma crítica à tolerância para com a premissa de que os fins justificam os meios, pois tal assertiva estaria a se contrapor à máxima kantiana de que uma ação ou decisão deve a priori valer por si mesma, dadas as virtudes que carregue, ser boa ou má *de per si*, por não depender das consequências que possa gerar.

O embate entre essas correntes filosóficas, como visto, já se desenrolava desde os séculos XVIII e XIX, com reflexos na contemporaneidade, decorrendo disso, em parte, a má compreensão de seus conceitos e o modo como, na atualidade, perfilam-se e antagonizam-se os operadores favoráveis e contrários ao Utilitarismo e, mais especificamente, ao consequencialismo nas decisões judiciais, como se o consequencialismo implicasse necessariamente a adesão à ética utilitarista, o que não procede necessariamente.

Essa foi a razão pela qual visitou-se, nos capítulos anteriores, a matriz de tais correntes de pensamento com vistas a uma análise despida de preconceitos e que viabilize uma investigação franca sobre o potencial de acertos e desacertos de decisões em que, além de pautadas nas técnicas tradicionais de interpretação hermenêutica, considere, sempre que possível e necessário, quando não for obrigatório, suas eventuais repercussões econômicas e sociais, ainda que para tanto busque o magistrado, em outras áreas do conhecimento, subsídios essenciais ao deslinde das controvérsias sob sua análise.

Em que pese o risco inerente a toda generalização, que ora não se pretende assumir, note-se que não é incomum que no polo dos que apoiam um consequencialismo judicial lastreado na lei e nos princípios, mas também e, sobretudo numa visão interdisciplinar do magistrado que o capacite para a solução de lides mais complexas, estejam, a título de exemplo, administradores públicos, grandes empresas dos setores financeiro, securitário e farmacêutico, porque não raro tais setores acabam expostos a decisões gravosas eivadas de equívocos por não se ter considerado, na prolação da decisão judicial, peculiaridades de seus respectivos segmentos, tais como conhecimentos sobre as limitações orçamentárias da administração pública, sobre o funcionamento do mercado financeiro e de capitais, regulação do Banco Central do Brasil (BACEN), Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e assim por diante.

Não raro, decisões judiciais em que não se atentou para os impactos, por exemplo, econômicos, redundaram em desacertos e desarranjos que o magistrado ou órgão colegiado prolator sequer conceberam no momento de decidir.

O surgimento da Análise Econômica do Direito tem forte lastro na utilidade de elementos da microeconomia, da qual se procura obter parâmetros e linhas de raciocínio que, aplicadas à decisão judicial, tenderiam a uma maior eficiência da jurisdição, na medida em que as decisões judiciais trariam as partes e a sociedade como um todo, nos casos de decisões de ampla magnitude de efeitos, para um ponto

de convergência e de pacificação social, sem causar efeitos deletérios não imaginados e nem desejados pelos prolatores da decisão.

Todavia, relevante resistência ao consequencialismo judicial, que a Análise Econômica do Direito representa, ainda se verifica especialmente no âmbito acadêmico, quando da utilização de fundamentos de outras áreas do conhecimento como justificação da decisão.

Note-se que nesta hipótese, para os críticos mais contundentes, pouco importa que para além de não apenas considerar os possíveis efeitos econômicos de sua decisão, o magistrado ainda se acerque de conhecimentos e fundamentos da área econômica, de modo a robustecer tanto as razões de decidir quanto os parâmetros contidos no dispositivo.

Nem mesmo assim, o uso de tais mecanismos decisórios induz ao consenso entre os operadores. E por uma razão lógica: a ciência econômica, por mais que possa contribuir, como de fato contribui com seus modelos teóricos para a racionalização de procedimentos baseados na observação do comportamento humano, úteis ao Direito e à Economia, ainda não foi capaz de harmonizar desenvolvimento econômico com equidade social.

No caso brasileiro, as desigualdades intoleráveis comuns e crescentes não cedem aos esforços voltados a um ponto de equilíbrio que a todos possibilite uma existência digna e passível de realização de projetos mezinhos de vida. Está-se falando, portanto, de uma relação inequívoca entre regimes econômicos, mercado, justiça e democracia.

Em *La felicità della democrazia*, Mauro e Zagrebelsky (2011, p. 3) apontam o hiato existente entre o que a palavra representa - desde o livro VIII da *República* de Platão - e a coisa em que ela se converteu efetivamente. De um lado, contém a palavra tudo o que é bom, justo e belo e, de outro, lembrando Norberto Bobbio, converteu-se a democracia em regime de "promessas não cumpridas", feito uma fata Morgana, mais miragem que realidade, trazendo à tona o que há de pior nas sociedades humanas.

Segundo os autores, o debate atual se dá entre esses dois polos, entre esperança e desilusão, entre idealismo e realismo:

Tra questi poli – la speranza e la disillusione, l'idealismo e il realismo – si svolge oggi il dibattito. Realisticamente, cioè guardando in faccia non la parola ma la cosa, non la teoria ma la pratica, si è giunti a formulare una domanda: “democrazia, perché?”. È un interrogativo retorico, dettato da sfiducia e rassegnazione, che va alla radice, che misura la distanza tra ciò che la democrazia dovrebbe essere e ciò che invece è. È la tensione cui non si può sfuggire se non cedendo ingenuamente alla vuota utopia, o all'abdicazione degli ideali, cioè al realismo senza speranza. (MAURO e ZAGREBELSKY, 2011, p. 4).<sup>10</sup>

Portanto, é até mesmo natural que o senso comum, sem um olhar mais acurado e um adequado aprofundamento conceitual, ressinta-se da incorporação de conceitos econômicos de eficiência à Justiça, no contexto de um tecido social puído por crônicos desacertos políticos e econômicos que marginalizam vastos contingentes com uma existência aquém da dignidade.

O desconforto com a ideia de busca de eficiência como elemento importado da ciência econômica, assim, realimenta o debate sobre a conveniência de vincular princípios de justiça a cálculos e equações que preconizem performance econômica independentemente de desigualdades que possam decorrer desse regime em níveis intoleráveis.

---

<sup>10</sup> “O debate está ocorrendo entre esses polos - esperança e desilusão, idealismo e realismo. Realisticamente, ou seja, olhando para o rosto não a palavra, mas a coisa, não a teoria, mas a prática, uma pergunta foi formulada: "democracia, por quê?". É uma pergunta retórica, ditada por desconfiança e resignação, que chega à raiz, que mistura a distância entre o que a democracia deveria ser e o que é. É a tensão que não pode ser evitada senão desistindo ingenuamente da utopia vazia ou da abdicção de ideais, isto é, do realismo sem esperança.” (tradução livre).

Essa a razão de uma inversão de perspectiva que Parreira e Benacchio (2012, p. 197), tomando por referência o pensamento de Amartia Sen, parecem propor a propósito das fragilidades embutidas nas premissas da Análise Econômica do Direito:

Há várias formas de privação de liberdade, principalmente a liberdade básica de sobrevivência. A economia pode ser analisada sob dois pontos de vista, o ponto de vista atrelado à ética remonta aos conceitos de Aristóteles em “Ética a Nicômaco” (*apud* SEN, 2010b, p. 19): “A vida empenhada no ganho é uma vida imposta, e evidentemente a riqueza não é o bem que buscamos, sendo ela apenas útil e no interesse de outra coisa”. O outro ponto de vista seria da “engenharia” que cuida de questões meramente logísticas, de números e cálculos, a busca dos meios para atingir os fins. As duas visões da Economia têm importância em diferentes contextos, as duas são persuasivas, mas para uma análise jurídica da economia não há como excluir a ética: “Pode-se dizer que a importância da abordagem ética diminuiu substancialmente com a evolução da economia moderna. A metodologia da chamada ‘economia positiva’ não apenas se esquivou da análise normativa como também teve o efeito de deixar de lado a variedade de considerações éticas complexas que afetam o comportamento humano real e que, do ponto de vista dos economistas que estudam esse comportamento, são primordialmente fatos e não juízos normativos. Examinando as proporções das ênfases nas publicações da economia moderna, é difícil não notar aversão às análises normativas profundas e o descaso pela influência das considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real. (SEN, 1999, p. 23)”.

Os autores, percucientemente, relembram que a AED se vale frequentemente do “ótimo de Pareto” como meio de justificação comportamental dos mercados, porém de maneira equivocada, quando se busca, com isso, apurar ganhos sociais:

É possível que um Estado esteja vivendo o ‘ótimo de Pareto’ e algumas pessoas vivam marginalizadas, a exemplo dos sem tetos, então a situação não pode modificar-se sem que para isso os ricos tenham seu luxo reduzido, pois essa é a forma como a eficiência econômica é entendida. (PARREIRA e BENACCHIO, 2012, p. 197).

Os autores apontam que a lógica de análise do mercado gira em torno dos resultados que este produz, independentemente dos meios éticos com os quais foram alcançados, lembrando Amartia Sen, segundo o qual as liberdades individuais devem ser defendidas desde que não se culmine no Utilitarismo (PARREIRA e BENACCHIO, 2012, p. 194 e 195).

Assim, reconhecendo as importantes relações entre Direito e Economia, mas denunciando uma incômoda sujeição dos princípios de justiça à lógica de mercado

que a AED preconizaria, Parreira e Benacchio sugerem uma inversão de perspectiva, em que a Economia seria analisada do ponto de vista do Direito, uma Análise Jurídica da Economia:

Por óbvio não cabe supressão do mercado, pelo contrário, no modelo atual de estrutura e organização social o mercado encerra o suporte para a realização da dignidade humana em seu aspecto material (BENACCHIO, 2011). O Direito analisado somente sob a perspectiva da economia volta-se para a proteção da propriedade privada e da liberdade contratual. A Análise Econômica do Direito seguindo o modelo liberal confere uma autonomia desenfreada da vontade das partes. [...] Economia e Direito são saberes científicos essenciais para a compreensão e ordenação do comportamento humano, bem como a melhora das condições de vida de todas as pessoas. O modelo atual de organização social colocou o mercado como verdadeira consciência da sociedade, assim tudo quanto defendesse a regulação do mercado pelo Direito seria ideologicamente inaceitável, contrário à natureza das coisas, ao homem econômico. (PARREIRA e BENACCHIO, 2012, p. 197 e 201).

A inversão de perspectiva proposta pelos autores, analisada sob vários aspectos, se justifica pela lógica, de certa forma, perversa que tende à prevalência ainda de preocupações de natureza econômica sobre noções de justiça, principalmente no que tange à consideração de direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

A indução ao consumismo exagerado, incompatível com a capacidade do planeta prover a matéria-prima necessária à satisfação plena dos desejos das massas, só se justifica, de fato, se admitir-se, ainda que no plano da inconsciência, que o consumo não é direito de todos. Há quem veja nesse aspecto a explicação para as desigualdades sociais em níveis intoleráveis no que tange às mínimas condições materiais essenciais a uma existência digna de grandes contingentes populacionais, não apenas no Brasil, mas em todo o planeta. Não haveria o suficiente para todos.

A questão da eficiência, que se impõe como necessidade de justificação dos enormes recursos fiscais obtidos junto os pagadores de impostos, os quais merecem ser destinatários dos melhores esforços da administração pública e, portanto, também da Justiça, não pode, por outro lado, ser, a eficiência, razão para sujeição de valores

elevados a meras preocupações de âmbito estritamente econômico. Com a eficiência, deve-se objetivar o bem maior, a realização satisfatória dos anseios de vida da população como um todo, e não apenas a realização de objetivos econômicos setoriais.

Um dos dilemas em curso no momento em que o país e o planeta perpassam a via crucis de uma pandemia mundial diz respeito a essa controvérsia. Um artigo intitulado “O custo econômico do *shutdown* global (e a busca de alternativas)”, de autoria de Geraldo Samor, publicado no *Brazil Journal* em 21 de março de 2020, deu visibilidade ao impasse diante do qual se veem governos e autoridades.

Alguns postulam parcimônia no rigor do isolamento total e fechamento de comércios para contenção da expansão do contágio do coronavírus, em razão dos impactos econômicos que tais medidas gerarão, ao passo que outros, em posição diametralmente oposta, postulam contra alegados interesses menores de empresários e políticos preocupados com a diminuição de seus lucros e vantagens espúrias:

Existe uma discussão envergonhada acontecendo em alguns setores da sociedade sobre o custo econômico do combate ao coronavírus. A discussão é envergonhada porque ninguém quer ser visto “atrapalhando” o que a comunidade científica afirma ser o único curso de ação neste momento. Mas se políticos, trabalhadores e empresários forem intelectualmente honestos, todos deveriam admitir que a discussão é válida. Alguns acusarão este discurso de “argentário”, mas isto seria minimizar o que uma economia minimamente funcional significa para a vida e a dignidade humana. A economia mergulhou numa queda livre que ninguém sabe onde ou quando termina. As principais vítimas serão as pequenas empresas familiares, que têm pouco acesso a crédito e capital de giro. O restaurante do bairro e a padaria da esquina podem nunca mais reabrir, mas as grandes empresas – quando a tempestade passar - voltarão ainda mais ricas e dominantes (SAMOR, 2020, on-line).

O texto é provocante, porém tende a produzir reações enviesadas numa sociedade marcada pela polarização política, assomando à pauta do debate público novamente a controvérsia sobre intenções consequencialista de natureza econômica, supostamente avessas a princípios universalistas como o direito à vida.

A reflexão que se impõe ante os fatos presentes e passados é que à gravidade da situação da saúde pública no país, como de resto, no planeta, se seguirá uma crise na área econômica que vai fazer muitas vítimas pelo desemprego, pela fome e pela violência, e por um intervalo de tempo bem mais amplo, de anos, como normalmente ocorre com crises econômicas de larga amplitude.

O maniqueísmo reinante desaconselha fazer considerações dessa ordem, passando ao largo do meio termo aristotélico em que consiste a virtude do ponto médio das preocupações que, no caso, parecem tomar-se por autoexcludentes.

Há um pré-julgamento condenatório de linhas de raciocínio que considerem e ponderem a magnitude das medidas em contraposição à extensão de seus efeitos, como se nisso houvesse algo do “maléfico” utilitarismo de Bentham ou Stuart Mill.

E a bem da verdade, o próprio texto sob comento resvala por essa armadilha ao asseverar que provavelmente, após a crise do vírus, haverá mais falidos do que mortos. Mas o oposto a isso seria aceitável? Seria ético admitir mais mortos que falidos em nome de uma eficiência econômica que poupasse os sobreviventes e futuras gerações dos malefícios da crise econômica que se seguirá? Valeria aqui o princípio sacrificial do Utilitarismo clássico, com uma minoria pagando com a vida pela comodidade econômica da maioria sobrevivente?

Porém, o problema apontado no texto é real, e apenas essa questão foi mal formulada, municiando o lado que postula contra o consequencialismo, o que retroalimenta a rejeição de uma abordagem também econômica da questão.

Isso porque é preciso considerar o rastro de desarranjos de todas as ordens que uma economia global em frangalhos deixará em todas as áreas, culminando, como sempre, na falta de pão e de perspectivas na mesa e no imaginário das pessoas comuns, as que não apenas querem, mas precisam trabalhar para realizar seus planos de vida.

Daí reconhecer-se o acerto do texto, apesar de seus tropeços. Daí que, na busca do meio-termo, da virtude aristotélica consistente no ponto de equilíbrio entre os extremos, a conversa envergonhada acerca da extensão das medidas de contenção do contágio deve acontecer de forma ponderada, não liderada por empresários imediatistas preocupados com lucros em declínio, mas por estadistas devidamente respaldados que, para além das linhas divisórias que segregam as áreas do conhecimento - como saúde, direito e economia -, estadistas que não subestimem o mal a ser combatido, consigam fazer prognoses e propor ações que conciliem a mitigação dos efeitos nefastos da pandemia com preservação das perspectivas de retomada das atividades para que a comunidade internacional e as economias nacionais não sofram a posteriori, e além do estritamente necessário, com as chagas do desemprego, da fome, da violência e da subtração de sonhos pelos quais vale viver.

Não se trata de subordinação do direito à vida e princípios de justiça a interesses menores, mas se trata de ponderar e sopesar todos os fatores na mesa de discussão e buscar o maximin de John Rawls, adaptando-o aqui para, considerando-se todos os cenários possíveis, optar por aquele que tenha o menor custo em termos de vidas e em termos econômicos. Só uma visão não afetada por paixões momentâneas, só a independência e a honestidade intelectual podem, e devem, na gestão da crise, orientar os tomadores de decisões no sentido de conceber soluções que possam ir além dos conhecimentos de uma área específica, edificando uma ponte de interdisciplinaridade que leve à outra margem do rio tormentoso com o menor número de baixas possível.

No que tange, portanto, ao dilema que aqui se coloca, a eficiência econômica não pode prevalecer sobre o direito à vida, sob pretexto de que os impactos econômicos decorrentes das medidas de contenção do contágio serão nefastos. No entanto, convém que as autoridades, no que concerne à extensão do tempo de isolamento total da população, com fechamento do comércio e de setores econômicos importantes, não descuidem dos efeitos econômicos que possam comprometer um número maior de vidas ou de existências dignas no rastro dos flagelos que se seguirão.

De volta ao entendimento de Parreira e Benacchio, sem descurar da importância da economia na vida das pessoas, os autores parecem denunciar que a eficiência não pode se sobrepor, como parece que tem sido o caso mundo afora, sobre os direitos fundamentais. Daí, ao invés de uma análise econômica do Direito, os autores propõem uma inversão de perspectiva, no sentido de uma análise jurídica da economia:

Somente o desenvolvimento humano com sustentabilidade em acepção multidimensional permitirá a liberdade de acesso de todos aos bens materiais e imateriais necessários à plena realização humana, também incluídas as futuras gerações. (PARREIRA e BENACCHIO, 2012, p. 203).

O dilema ainda em curso na sociedade brasileira sobre a extensão das medidas de contenção da pandemia é exemplo típico do que tem grande potencial de judicialização no que concerne aos desdobramentos futuros da crise, remanescendo para o Poder Judiciário o que este, não raro, entende por oportunidade de corresponder ao anseio dos jurisdicionados, residindo nisso constante tensão representativa das dúvidas sobre os limites de atuação desse poder sem afronta a noções básicas de independência e autonomia dos Poderes da República.

#### 4.2 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, CONSEQUENCIALISMO E O PARADIGMA DA EFICIÊNCIA

Por contexto do debate sobre consequencialismo, há um excesso de judicialização de temas afetos à competência legislativa e executiva, que de certa forma acabou por deslocar o Poder Judiciário da periferia do sistema para o centro das atenções da opinião pública, alçando-o à evidência.

Esse protagonismo é considerado, por muitos, excessivo porque, sob o manto do neoconstitucionalismo, e a pretexto de reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, Ministros da mais alta Corte do país estariam, por vezes, resvalando em decisionismos e ativismo judicial, colocando em cheque os limites da clássica divisão de poderes.

O uso heterodoxo da hermenêutica e as responsabilidades que atualmente são imputadas aos magistrados no que tange à avaliação das potenciais consequências de suas decisões, deixam em alerta os críticos de juízes que tenham a propensão a se afastarem da lei e da jurisprudência para julgar a partir de suas convicções pessoais, escorando-se em princípios abstratos.

Alguns suscitam riscos para a democracia, a partir, inclusive, de uma mitigação das fronteiras limitadoras do âmbito de atuação de cada poder estatal.

Segundo Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, o consequencialismo insemia no princípio da tripartição de poderes nociva semente desagregadora:

Não se justifica desprestigiar a legítima autoridade constitucional de órgãos legiferantes ou executivos a título de interpretar princípios constitucionais abstratos e, portanto, intangíveis, indeterminados e altamente subjetivos. Exceder dos meios para alcançar fins fora de suas habilitações constitucionais e legais, como propicia o consequencialismo, em suas diversas vertentes, [...] equivale a disseminar a insegurança jurídica e pode levar a um indevido intervencionismo judicial na sociedade. [...] Na prática, as decisões judiciais, com algum viés utilitarista, procuram ditar os rumos, o alcance e o conteúdo de políticas públicas. [...] Proclame-se, segundo a linha atual de raciocínio, consequencialista, que uma grande novidade seria a atribuição de “eficácia” aos princípios constitucionais. [...] No Brasil, após duas décadas de regime de exceção de cunho militar no século passado, é necessário resgatar o conceito de pessoa humana, em sua mais ampla significância e plenitude, fruto de sua realidade física e metafísica, para se evitar que o ativismo judicial, instrumentalizado por linhas filosóficas consequencialistas descambem para um regime de exceção de cunho judicialista. (AMARAL, 2019, p. 160, 161 e 169).

Não se nega que a atuação claudicante do parlamento, sua omissão com relação a temas que suscitam tratamento urgente e adequado e mesmo as naturais lacunas dos textos normativos, acabam por induzir o Poder Judiciário a ingressar em zona fronteira de atuação que, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu, caberia mais propriamente ao Poder Legislativo.

Todavia, o fenômeno tende a se explicar mais pela complexidade que assomou na contemporaneidade o funcionamento do Estado que, em sua essência, é uno, muito embora evidencie-se a distinção entre suas funções precípuas.

Ao comentar aquele pensador, Paulo Bonavides relembra a originária percepção do quão nocivo poderia ser a conjugação dos poderes numa mesma pessoa ou órgão, com o comprometimento das liberdades políticas:

O Poder Judiciário e o Poder Legislativo são igual ao arbítrio porque tal soma de poderes faz do juiz legislador, emprestando-lhe poder arbitrário sobre a vida e a liberdade dos cidadãos. O Poder Judiciário ao lado do Poder Legislativo, em mãos de um titular exclusivo, confere ao juiz a força de um opressor. A opressão se manifesta pela ausência ou provação de liberdade política. (BONAVIDES, 2019, p. 150).

Evidentemente, ao longo do tempo, a visão clássica sob comento cedeu ao declínio do que se entendia por separação de poderes, pois, ainda conforme o autor, tendo o Estado contraído, na ordem social, inúmeras responsabilidades que o Estado liberal não conhecia, não faz sentido adotar-se, na prática, uma concepção rígida da separação de poderes, sem prejuízo da eficiência na consecução de seus vários objetivos institucionais.

Desde, porém, que se desfez a ameaça de volver o Estado ao absolutismo da realeza e a valoração política passou do plano individualista ao plano social, cessaram as razões de sustentar, em termos absolutos, um princípio que logicamente paralisava a ação do poder estatal e criava consideráveis contrassensos na vida de instituições que se renovavam e não podem conter-se, senão contrafeitas, nos estritíssimos lindes de uma técnica já obsoleta e ultrapassada. (BONAVIDES, 2019, p. 157).

Essa percepção de inadequação dos postulados originais de Montesquieu no que concerne à separação de poderes tende a induzir, na contemporaneidade, à necessária tolerância, embora muitas vezes combatida, que se deve ter com certa pró-atividade do magistrado que, diante das lacunas da lei ou de conflitos entre normas de mesma estatura hierárquica, deve, em nome da eficiência que se espera da jurisdição, manejar os recursos hermenêuticos à sua disposição, sem resvalar, todavia, em decisionismos que comprometam a segurança jurídica, sem ainda que usurpem competência originária do Legislativo, nas hipóteses de sua omissão ou letargia face a temas sociais que demandem regulação.

Tais recursos hermenêuticos, evidentemente, podem compreender a técnica da ponderação, com o suporte do consequencialismo judicial, quando necessário e quando não for obrigatório nos termos do art. 20 da Lei de Introdução do Direito

Brasileiro, com vistas ao sopesamento de valores às vezes antagônicos que os juízes, sob o peso da toga, sofrem para compatibilizar em processos decisórios às vezes complexos e pesados.

#### 4.3 O DEBATE NO SUPREMO

Como visto até aqui, o uso hermenêutico do consequencialismo como elemento integrante do processo de tomada decisão judicial suscita sentimentos de aversão calcados numa moralidade que aponta o dedo e coloca no banco dos réus, de forma indistinta, o modo de decidir que considere os efeitos da decisão.

Para Fernando Araújo, referindo-se ao magistrado que, por prismas de análise moralista, sequer considera cogitar das consequências de suas decisões, nem sempre leva em conta que acaba por agravar os problemas que ele intencionava solucionar, “refugiado que se encontra, tantas vezes, nas cidadelas inexpugnáveis do dogmatismo doutrinário, distanciado dos chamamentos e impulso da luta pelo Direito tal como travada pelo homem comum”. Ele vai se referir ao moralista com nem tão sutil ironia ao descrever seu excêntrico *modus operandi*:

O moralista poderá sempre, irreduzível, censurar este estado de coisas no qual perdeu o norte e a virtude e a exaltação da transcendência; mas no nosso mundo imperfeito e limitado, de seres de carne e osso, não nos surpreenderá que esses apelos às virtudes supererogatórias [sic] se percam na penumbra da irrelevância, ofuscados por uma outra axiologia muito menos ambiciosa e muito mais “pedestre” que tem, acima de tudo, o cuidado de não colocar os fins da acção moral fora do horizonte de realização do homem comum - esse mesmo que se presume ser o destinatário por excelência das modernas democracias. (ARAÚJO, 2010, apud LEAL, 2010, p. 8).

De um lado, os que se opõem ao consequencialismo invocam argumentos variados, muitos porém, calcados subliminarmente em correntes filosóficas, como por exemplo, se sustentam que a justiça de uma decisão judicial não deve se submeter e se subordinar a avaliações e cálculos de prognoses de seus possíveis efeitos, devendo-se considerar apenas os fatos e os elementos contidos na lei, a qual deve ser interpretada conforme os critérios hermenêuticos clássicos de Savigny, pela interpretação literal, sistemática, histórica, teleológica e analógica.

Do outro lado, muitos sustentam que o viés consequencialista do tomador de decisões judiciais é essencial para uma justiça que não se limite apenas a resolver o litígio concreto, porque deve-se levar em conta os efeitos econômicos, políticos e sociais que as decisões possam gerar na comunidade, sob pena de que a solução no caso concreto possa redundar em injustiça para os demais jurisdicionados não envolvidos diretamente na lide.

A atualidade do tema é evidenciada pela invocação que, pela Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), Lenio Streck<sup>11</sup> faz em sustentação oral perante o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 17 de outubro de 2019, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54.

Naquela oportunidade, na defesa da constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que veda a prisão senão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, o jurista conclamou a Corte a não permitir que o direito fosse maltratado pelo consequencialismo (STRECK, 2019, 1"30").

O jurista se referia a argumentos alarmistas no sentido de que importaria a soltura de dezenas de milhares de presos a eventual decretação de inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) e a manutenção da interpretação pela constitucionalidade da decretação da prisão do réu após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau de jurisdição.

Ali travava-se um embate sob a atenta vigilância da sociedade civil, e o Jurista, ciente da pressão das ruas sobre a Corte, conclamava os Ministros a não se deixarem

---

<sup>11</sup> “Eu vim aqui como amigo da corte [...], e não como inimigo da corte. Este, a Corte já tem demais. Resistir aqui é o papel da Corte contra o canto das sereias, contra o ‘*contempt of court*’ de que vem sendo vítima esta Corte, Sr. Presidente, e Vossa excelência tem reagido com o apoio da Comunidade Jurídica e também reagido através do Ministro Alexandre de Moraes. Eu vim como amigo da Corte para pedir, como fizera em 2016 o Dr. Elias Mattar Assad, **que a Corte não permita que o direito seja maltratado pelo consequencialismo**”. (Grifo nosso)

seduzir pelo canto da sereia, em alusão ao ato de Ulisses atar-se ao mastro de seu barco para resistir ao canto sedutor das sereias, em *Odisséia* de Homero.

Em outras palavras, o jurista conclamava os Ministros a não se pautarem pelo consequencialismo, instando-os, na literalidade de suas palavras, a fazer a coisa certa.

E deve-se reconhecer que a tese que da tribuna sustentou o jurista se revestia de poderosa armadura contra o que chamou de consequencialismo, não porque o termo signifique unicamente o que ele, por equívoco, parece lhe atribuir, mas porque, sobretudo naquele caso específico, um argumento utilitarista, de claro caráter teleológico, buscava fundamentar a superação do texto constitucional com prognoses alarmistas calcadas nas potenciais consequências desastrosas para a segurança pública que pudessem advir de decisão que considerasse inapropriado, ilegal e constitucional a prisão de réu com condenação prolatada em segundo grau de jurisdição:

[...] o art. 283 é, por assim dizer, uma questão pré-judicial e prejudicial. Ele é barreira para se chegar ao resultado a que chegou a Suprema Corte. [...] Assim, o STF contrariou a jurisdição constitucional, naquilo que ele próprio vem estabelecendo. Veja-se nesse sentido, a Súmula Vinculante 10, pela qual “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”. [...] Por que existe a SV 10 e o art. 97 da CF? Simples: é para evitar que um texto jurídico válido seja ignorado ou contornado para se chegar a um determinado resultado. No caso, o STF afastou – sem dizer – a incidência do art. 283; [...] fez algo que ele mesmo proíbe aos demais tribunais.” (STRECK, 2016, on-line).

Mas, ao conclamar a Corte a fazer a coisa certa, parecia dizer o jurista que há limites para a criação do direito no ato político da decisão judicial. E há, de fato, linhas tênues e voláteis, e isso não é necessariamente um problema, a demarcar o âmbito de atuação dos Poderes da República numa democracia que se queira, minimamente, saudável e próspera.

Mas, por certo, há um espaço sagrado de atuação do Poder Constituinte e do Poder Legislativo que deve resistir à expansão do protagonismo judicial da Corte Suprema.

Todavia, questão em que parece se equivocar o jurista é colocar na mesma caixa de Pandora modos e modos de decidir, irmanando a todos de consequencialismo judicial, como expressão maior da invencionice, intuicionismo e ativismo judiciais.

Por óbvio, seu olhar nesse aspecto é inconvenientemente parcial, no sentido de que sua concepção de consequencialismo não dá conta do amplo espectro de possibilidades em que o polissêmico termo é utilizado. Em outras palavras, por brilhante que tenha sido, melhor teria andado a sustentação oral do jurista perante o Supremo se a frase que dissesse fosse “**...que a Corte não permita que o nosso Direito seja maltratado pelo mau consequencialismo**”.

Por vezes, entretanto, e esse parece ser um justo receio recorrentemente apontado pelos críticos do consequencialismo, decisões são prolatadas com nítida intenção exclusivamente consequencialista, como se tal intenção fosse o único objetivo a ser colimado, a despeito da lei, da jurisprudência e, enfim, à margem de um laborioso exercício de hermenêutica que, extraindo do ordenamento interpretações alternativas, pudesse ter na avaliação de consequências possíveis de uma dada decisão, apenas um ponto de apoio a ser válido, mas, de um modo geral, não obrigatoriamente considerado.

#### 4.4 CONSEQUENCIALISMO JUDICIAL E EFICIÊNCIA: PERSPECTIVAS DE EVOLUÇÃO

Como já referido no subcapítulo 4.1, no Poder Judiciário e na comunidade jurídica, nota-se, até mesmo em razão do quanto dispõe o art. 20 da LINDB, a preocupação em se fundamentar as decisões judiciais levando-se em conta também os potenciais efeitos econômicos, políticos e sociais que as decisões possam gerar

no espectro mais amplo que desborde da relação entre as partes diretamente envolvidas no litígio.

Um problema que se coloca concerne à inexistência de critérios que possam orientar quando se torna importante e quando efetivamente se justifica que os tomadores de decisões judiciais pensem nos efeitos sociais, políticos e econômicos de suas decisões.

Em princípio, nos dizeres de Fernando Leal (2017), em entrevista sobre o Consequencialismo Judicial, sugere-se inicialmente duas hipóteses em que faria sentido considerar-se os efeitos como justificção da decisão judicial: a magnitude da repercussão da decisão judicial no contexto socioeconômico ou político é, em tese, um argumento de peso para a adoção desse critério decisório. E também a confiabilidade das prognoses levadas a efeito pelas partes, *amici curiae*, pelo magistrado ou seus auxiliares, como peritos.

Isso porque, segundo Leal (2017, 2'4"), "o juízo consequencialista envolve especulações sobre como o mundo vai se conformar e quanto mais confiáveis são essas prognoses, mais sustentação vai ter a decisão". No entanto, se o juiz deve ou não ser consequencialista, "é uma pergunta difícil, quase sem resposta, na medida em que ele depende de uma teoria normativa que vai justificar o porquê que ele deve e quando deve" considerar os efeitos da decisão.

Fato é que, no entendimento desse jurista, o consequencialismo será uma opção de critério dentre outros possíveis, não vendo ele "nenhuma tensão conceitual necessária entre consequencialismo e Estado de Direito" (LEAL, 2017, 2'4").

Sabe-se, na verdade, que ocorrendo a hipótese prevista no art. 20 da LINDB, decidindo com base em princípios, o magistrado está obrigado a considerar as consequências da decisão, não tendo ele a opção de se furtar a esse comando.

No entanto, a assertiva de que o consequencialismo seria apenas uma dentre outras opções de critério decisório vale para a grande maioria das situações em que

se extraia do ordenamento jurídico várias interpretações alternativas, sendo todavia recomendável, pelo próprio sentido que norteia a referida regra inscrita no art. 20 da LINDB que, mesmo nas hipóteses em que não se esteja a decidir apenas com base em princípios abstratos, convém que, ao fundamentar a decisão, o magistrado diga o porquê, diante de alternativas que tinha, cada uma das quais com potencial de causar maior ou menor impacto na sociedade, optou por esse ou por aquele caminho.

A rigor, nos sistemas jurídicos atuais, a partir do momento em que se assume que princípios são normas jurídicas, o raciocínio teleológico do ato decisório pressupõe naturalmente a preocupação com os efeitos da decisão judicial, pelo menos nos casos em que se evidencie potencial repercussão ampla.

No entanto, a preocupação que se coloca com contundência é que, à míngua de parâmetros claros para uma teoria da decisão judicial que contemple as hipóteses em que, mediante exercício de prognoses estruturadas e sólidas, sempre haverá uma incerteza sobre o quanto da inclinação pessoal do magistrado estaria, na verdade, direcionando a decisão judicial que venha a se basear em conceitos imprecisos de consequências econômicas, sociais ou políticas.

Há um longo caminho a ser construído no que tange à elaboração de critérios que possam nortear os tomadores de decisão judicial, principalmente no que concerne à elaboração de uma teoria da decisão judicial que possa organizar e delimitar as hipóteses em que o consequencialismo deve se impor inexoravelmente e as hipóteses em que ele consistiria em mero ponto de referência e apoio complementar às convencionais técnicas de interpretação hermenêutica.

Não se nega a dificuldade que terá o magistrado vocacionado nesse exercício de prognoses, quando deve escolher, dentre as alternativas possíveis, aquela que solucionará o caso sob sua análise, sem que produza indesejados e desnecessários efeitos colaterais.

Ademais, a incerteza sobre a confiabilidade de prognoses do magistrado é outro fator de insegurança, não apenas para ele próprio, como para os jurisdicionados.

E, ainda, inexistem mecanismos de estabilização de critérios normativos que evitem que o consequencialismo se torne simples meio de justificação de decisões que, desprovidas de critérios nítidos, possam indevidamente subordinar-se a interesses menos elevados ante o ideal de justiça.

Os esforços devem ser envidados pela doutrina na reelaboração de uma teoria da decisão judicial que contemple o consequencialismo como uma ferramenta útil ao exercício de uma jurisdição que se pautar pela eficiência, em prestígio das expectativas dos jurisdicionados.

## 5 ANÁLISE DE CASOS

### 5.1 MAXIDESVALORIZAÇÃO DO DÓLAR EM JANEIRO DE 1999

Os esforços acadêmicos que impulsionam as investigações sobre o comportamento do indivíduo e sua propensão a reagir a estímulos externos norteados pela sua racionalidade encontram justificção num exemplo claro de não preocupação com os efeitos econômicos das decisões judiciais.

Ivo Gico Jr. (2019), em Aula Magna do Supremo Tribunal Federal, lembrou o episódio da maxidesvalorização do dólar de 1999, advento macro e microeconômico de graves repercussões na economia e na jurisdição nacionais, que bem explica a importância do que aqui está a se tratar.

Vale aqui breve explanação daquele contexto macroeconômico, para fins de entendimento de como o consequencialismo poderia ter sido útil no cotidiano do agente de Estado incumbido de planejar políticas públicas e de autoridades monetárias às quais cabia a condução da política de fluxo de capitais.

O Plano Real, implementado em 1994, teve por escopo a estabilização e preservação do poder de compra da moeda nacional, pondo fim a um ciclo de hiperinflação que perdurava por mais de uma década.

No bojo desse plano, a política cambial conduzida pelo Banco Central fixou artificialmente no mercado interno a paridade das moedas nacional e norte-americana, um dólar valendo um real, buscando-se assim um dos efeitos desse artifício macroeconômico, que era exatamente conter a inflação, na medida em que uma menor quantidade de reais, que se fizesse necessária para honrar compromissos em dólar, levaria a uma menor pressão inflacionária.

A inflação então, era, senão o maior, pelo menos um dos maiores entraves ao crescimento econômico e à capacidade de consumo das famílias, devido aos nocivos efeitos distributivos desse fenômeno macroeconômico.

Essa política de paridade cambial significava que, por um processo artificial de imposição de cotação de moeda estrangeira, os efeitos da lei da oferta e procura seriam reprimidos ou anulados, deixando de exercer pressão ou alívio sobre o preço da moeda norte-americana no mercado interno, mediante aportes volumosos de dólar pelo Tesouro para abastecer um mercado consumidor então ávido por importação de bens dos mais variados tipos, assim como empresas carentes de bens de capitais essenciais à modernização da produção. Assim, driblava-se a lei da oferta e procura relativamente ao dólar.

Esse mecanismo de financiamento foi a gênese de formidável imbróglio que viria a acabar nos tribunais pátrios, em que o consequentialismo poderia ter desempenhado relevante papel na solução da controvérsia: como outra medida adotada pelo Banco Central para conter a inflação tinha sido a elevação da taxa básica de juros, o Brasil tinha então uma das taxas mais altas do mundo, o que encarecia o financiamento da iniciativa privada e o consumo das famílias.

Por outro lado, os juros nos Estados Unidos da América estavam entre os mais baixos do mundo. O sofisticado Sistema Financeiro Nacional criou produtos de prateleira que consistiam em possibilitar aos mutuários contratar operações bancárias com lastro em dólar, principalmente operações de *leasing*, para não se sujeitarem aos riscos da inflação interna, então ainda por ser domada.

A grande vantagem de se pagar juros sobremaneira inferiores, que se mostrava extremamente benéfica para os consumidores de crédito, pessoas físicas ou jurídicas, tinha como contrapartida a condição do mutuário assumir o risco cambial, vale dizer, se mantido o cenário interno de paridade real/dólar ou de flutuação mínima dentro do regime de bandas cambiais, a vantagem seria do mutuário, que seguiria pagando juros menores que os bancários cobrados em operações de crédito tradicionais.

Se, ao revés, o cenário interno se alterasse desfavoravelmente aos tomadores de crédito, como, por exemplo, a alteração da política cambial, deveriam estes arcar com os custos da variação cambial.

E por anos, a relação contratual entre credores e devedores com posições lastreadas na moeda estrangeira seguiu estável, cada parte auferindo os benefícios de uma relação legal e bem estruturada sobre premissas claras de benefícios e riscos de operações financeiras livremente pactuadas.

Porém, quando a estabilização de poder de compra da moeda nacional já havia sido alcançada em 1995, em 1988 a autoridade monetária dava sinais de manutenção dessa estratégia de política cambial, apesar de seus efeitos colaterais e apesar dos cenários interno e externo recomendarem sua revisão.

Mas em 1998 havia uma eleição presidencial a ser ganha, e alterações na política cambial poderiam gerar efeitos deletérios com potencial de comprometer a reeleição de Fernando Henrique Cardoso. As pessoas e empresas, não obstante, seguiram operando com contratos lastreados em dólar.

Então, enquanto se mantinha aquela política cambial de paridade real/dólar, uma série de fatores endógenos e exógenos aumentaram a pressão sobre o valor da moeda norte-americana, acuando a capacidade de o Banco Central manter a política de paridade cambial. Dois desses fatores foram especialmente importantes.

Internamente, com o real apreciado, os produtos e bens de capital estrangeiros continuavam acessíveis, impulsionando a demanda fortemente, aumentando as importações e demandando maior quantidade de dólares para fazer frente aos compromissos dos importadores.

De outro lado, os exportadores tinham dificuldades de vender seus produtos no exterior, pelo fenômeno inversamente proporcional, que implicava severa perda de competitividade, eis que os produtos nacionais deixavam de ser atrativos por estarem cotados em dólar, ficando muito mais caros no exterior, com reflexos numa

desindustrialização crescente, pois sem vender no exterior, não se conseguia investir na produção.

Um fator contra o outro, na verdade duas faces da mesma moeda, levou a um saldo extremamente desvantajoso na balança comercial, acumulando-se déficits comerciais relevantes, intensificando-se assim a dificuldade de o Banco Central continuar provendo dólares ao mercado, dadas as limitações de sua fonte, as reservas internacionais do país. Sobreveio forte desequilíbrio na balança de pagamentos com déficits comerciais monumentais em razão das importações em alta e as exportações em baixa.

Outro fator veio a intensificar a pressão sobre o Banco Central, afetando sua capacidade de prover dólares ao mercado com suas reservas cambiais: a crise asiática em 1997 e a crise Russa em 1998 afugentaram investidores que, então, com maior aversão circunstancial ao risco, preferiram destinar gradualmente seus ativos para mercados em que, embora o prêmio pago pelo risco fosse menor, pelo menos eram mais seguros naquele contexto de grave insegurança internacional para os mercados de capitais.

Fechava-se o elo que estrangulava a capacidade do Banco Central do Brasil seguir provendo dólares no mercado interno com as reservas do país em moeda estrangeira, pois, a partir disso, acentuou-se a evasão de divisas, tornando insustentável manter a política de bandas cambiais.

Passadas as eleições de Fernando Henrique Cardoso, na segunda quinzena de 1999, o Banco Central jogou a toalha, voltando ao regime de câmbio flutuante, em que o preço da moeda norte-americana voltaria a flutuar ao sabor da lei da oferta e procura.

Do ponto de vista contratual, nada demais, pois implementava-se, assim, uma das condições previstas naquelas operações *leasing* lastreadas em dólar, qual seja a da assunção do risco de variação cambial, que agora cobraria seu tributo, após anos de vantagem de juros baixos praticados nessas operações.

Porém, de um dia para o outro o real se desvalorizou perante o dólar, passando uma unidade desta moeda a custar dois reais. O impacto se fez sentir de imediato em todas as frentes contratuais lastreadas naquela moeda estrangeira. Empresas e pessoas físicas que haviam contratado operações de *leasing* e de câmbio, após anos de bonança de juros bem inferiores àqueles lastreados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC), viram suas dívidas dobrarem de valor em função da forte desvalorização do real.

O tema bateu às portas do Poder Judiciário, que, a despeito das disposições contratuais, começou a decidir, com base na teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, que os riscos da variação cambial, uma vez concretizados, deveriam ser arcados igualmente pelo fornecedor e pelo tomador de crédito<sup>12</sup>.

Decisões assim escalaram até o Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde foram mantidas, com lastro na teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, muito embora o contrato previsse essa hipótese, sendo ela, aliás, o motivo dos juros vantajosos para o tomador, na perspectiva da máxima em que ao benefício maior corresponde um risco maior.

Ali, o Superior Tribunal de Justiça impunha sua percepção do que entendia por justo, sem, entretanto, avaliar adequadamente os efeitos que sua decisão geraria na sociedade.

---

<sup>12</sup> TJES- Apelação 05018705120028080035: “Apelação Civil – Processo Civil- Ação de consignação em pagamento maxidesvalorização do real frente ao dólar – Revisão do contrato – Valores consignados em montante insuficiente – Eficácia liberatória parcial – Necessidade de revisão das parcelas contratuais – Ausência de mora do devedor – Sentença mantida. 1. **A maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano ocorrida nos idos de 1999 não torna ilegal a cláusula contratual que prevê a correção das prestações do contrato de arrendamento mercantil com base na moeda estrangeira, porém impõe que os encargos decorrentes da desvalorização da moeda nacional a partir do mês de janeiro de 1999 sejam repartidos entre os contratantes.** 2 [...]. 3. Se os valores que estavam sendo requisitados pelo credor eram efetivamente excessivos e necessitavam ser revistos, não há como se falar em mora do devedor, muito menos em intempestividade do depósito feito na ação de consignação. Intelcção extraída de excertos do C. STJ. Sentença mantida. TJES., Primeira 1ª Câmara Cível, j. 15.02.2011. (grifos nossos)

Prejudicou, assim, incontável número de consumidores e empresas que, dali em diante, perderam a oportunidade de contratar em dólar para financiar o consumo ou a produção, ainda que as taxas de juros no Brasil seguissem entre as mais altas do mundo, ainda que as taxas nos Estados Unidos da América seguissem entre as mais baixas do mundo, ainda que os interessados provassem e comprovassem sua capacidade de entendimento e compreensão dos riscos de contratar em dólar.

A partir de então, simplesmente nenhuma instituição financeira disponibiliza contratação de arrendamento mercantil com lastro cambial. A indústria, o setor de prestação de serviços e mesmo as pessoas físicas perderam, assim, uma possibilidade de contratar com juros inferiores àqueles pautados pela SELIC, o que seria uma forma de escapar das mais altas taxas de juros ainda praticadas nos mercados mundiais.

Então, nos termos da indagação de Gico Jr.<sup>13</sup> (2011, 5/5, 7'28"): para quem a decisão foi justa, senão para aqueles que, acreditando no Plano Real e na política cambial do Banco Central, assumiram riscos mediante evidentes vantagens, em contratações que não foram questionadas em juízo enquanto os resultados lhes eram benéficos?

---

<sup>13</sup> “Esse caso subiu gradativamente até chegar ao STJ que, em decisão salomônica, e eu digo salomônica porque foi isso que eles fizeram, foi decidido que cada uma das partes ia arcar com metade dos custos desse financiamento em dólar. Você quer a criança? Eu também quero. Então a gente corta ela no meio. E foi exatamente isso que eles fizeram: cortaram a criança no meio. Meus caros, a criança morreu. Hoje, o real foi apreciado em relação ao dólar, as taxas de juros nos Estados estão negativas, eu estou doido para comprar um carro importado em dólar, aceito o risco cambial, assino o que você quiser, mas não há única instituição financeira que ofereça esse tipo de contrato no mercado, apesar de ser legal. Por quê? Porque eles sabem que se ficar muito pesado para mim, eu vou para o judiciário e metade do risco vai para eles. Então eles não têm segurança sobre o valor do contrato. Não importa o quão bem informado eu seja, não importa que eu queira assumir o risco. Eu não posso. Eu, consumidor, fui prejudicado, assim como os senhores por essa decisão do STJ. Nós hoje não podemos, na prática, celebrar um negócio jurídico permitido em lei, porque o judiciário tomou essa postura “justa”. Pode ter sido muito justo para os consumidores que acreditaram no Plano Real e foram surpreendidos pela maxidesvalorização. Não é justo comigo, que naquela época não podia comprar carro. Mas hoje eu quero, mas não posso! Não posso porque não se confia do Direito, não se confia nos contratos. Porque o judiciário disse que temos que ser justos. A pergunta que eu fiquei, e que ninguém me dá resposta é: justo para quem?” (GICO JR., 2011, 5/5, 7'28”).

## 5.2. REDUÇÃO FORÇADA DE JUROS PACTUADOS, CONTRATOS BANCÁRIOS E ELEMENTOS FORMATIVOS DA TAXA DE JUROS

A imposição judicial de redução de taxas de juros em contratos bancários, assim como a desoneração de suas garantias, tende à elevação dos juros no mercado de crédito, o que encarece a captação de recursos essenciais ao financiamento da atividade econômica.

Lê-se nessas decisões, ainda que em suas entrelinhas, que tal “discurso” é implícita ou explicitamente rejeitado, sem que o órgão decisor se mostre versado em temas relacionados ao decidido, muitas vezes a partir de um certo senso comum, pautado na intuição do que se entende por justo, sem foco ou preocupação com os potenciais efeitos que decorrerão da decisão.

Para muito além da volúpia de acionistas de robustas instituições financeiras, ignora-se, em inúmeras decisões da espécie, que as pesadas taxas de juros praticadas no Brasil estão ancoradas na elevada taxa de inadimplência, alimentada comumente por decisões judiciais paternalistas pró-devedores, o que retroalimenta prejuízos inseridos nessa linha do balanço contábil das instituições financeiras denominada provisão de devedores duvidosos.

Por evidente, decisões judiciais assim, em série, tendem a provocar uma reação do mercado de crédito, no sentido da elevação dos juros, socializando-se essas perdas sob pena de implosão do sistema financeiro. Em outras palavras, todos os tomadores de recursos pagarão taxas mais elevadas para compensar a inadimplência geral, sejam ou não bons pagadores. O cadastro positivo poderá redimensionar essa cena, premiando os bons pagadores com taxas correspondentes ao risco que efetivamente representem. Porém, até que se implemente, as perdas com a inadimplência seguem sendo socializadas.

Um olhar atento e uma curiosidade que minimamente vá além de meras opiniões rasas conduzirá, inevitavelmente, a outra constatação que, vista sem amarras ideológicas, milita em favor da mitigação da demonização do sistema

bancário: o fenômeno das indesejáveis e elevadas taxas de juros tem também lastro no manejo que a autoridade monetária, o Banco Central do Brasil, faz dos instrumentos de controle da base monetária. Quando o Comitê de Política Monetária (COPOM), órgão do Ministério da Fazenda, na execução de sua política de controle de liquidez na economia, eleva a taxa básica de juros, a SELIC, o faz para fins de controle da inflação e outros objetivos relacionados.

Esse mecanismo se opera pela drenagem de recursos da economia real para uma maior alocação de recursos em títulos da dívida pública, que representa risco infinitamente menor para os bancos no financiamento da atividade produtiva.

Quando a taxa diminui, decresce o interesse dos investidores em títulos do Governo, e os recursos voltam então para o sistema, irrigando a economia com crédito mais abundante, a menor custo para o tomador de empréstimos.

Porém, quando a taxa SELIC se torna atrativa do ponto de vista de retorno para o investidor, os agentes superavitários da economia, em vez de alocarem seus recursos em Bancos ou na Bolsa de Valores, podem decidir minimizar riscos, investindo em títulos do Governo.

Pelas mesmas razões, diante de riscos que determinado momento econômico possa representar para seus ativos, as próprias instituições financeiras podem e comumente o fazem mediante implementação de sua política de alocação de recursos em cesta variada de investimentos, destinar parte dos ativos sob sua gestão para títulos do Tesouro.

Tenha-se ainda em conta que o Banco Central, que embora na prática opere dentro de algum nível de autonomia em relação ao Estado, acaba por atender na execução da política monetária o interesse da União quanto à necessidade de captação de recursos para financiamento de sua deficitária e monumental máquina, o que explica os níveis flutuantes, mas sempre preocupantes, de seu endividamento.

Nesse sentido, portanto, não se pode ignorar que o Estado não deixa de se irmanar ao Sistema Financeiro Nacional na responsabilidade pelos mecanismos que drenam da atividade econômica ativos importantes para socorrer a insaciável e dispendiosa máquina pública.

Se assim for, tais mecanismos implicam evidentes reflexos na relação de oferta e demanda por crédito na economia real, pois uma abundância de recursos buscando remuneração no mercado corresponde uma taxa de juros menor.

Por outro lado, a escassez de crédito que se dá mediante tal mecanismo de elevação da taxa básica de juros, seja para fins de controle da inflação, seja para meramente financiar a dívida pública, ou ambos, tende a pressionar o preço do dinheiro destinado à economia real.

É possível concluir que o Estado, como espécie de “sócio” do Sistema Financeiro Nacional, é em grande parte responsável pelos níveis das taxas de juros no Brasil.

A atuação concorrente do Estado na disputa por recursos no mercado de crédito implica na elevação do custo do dinheiro para o consumidor individual e para empreendedores da iniciativa privada.

Some-se a isso, outro fator determinante para a pressão sobre o custo do dinheiro que igualmente não é considerado em muitas decisões judiciais: o depósito compulsório e os recursos destinados ao Fundo Garantidor de Crédito.

Embora o primeiro seja essencial para a higidez do sistema, vale dizer, importante para que as instituições financeiras operem em segurança frente aos seus investidores e poupadores, parte dos recursos captados por elas devem ficar inativos, depositados junto ao Banco Central, como garantia de suas operações alavancadas, devendo ainda outra parte dos recursos captados serem depositados no Fundo Garantidor de Crédito, que tem por escopo garantir a todo investidor ou poupador o ressarcimento de perdas até um certo limite fixado.

Por fim, a carga de tributação do lucro das instituições financeiras tende a desempenhar mais um fator de pressão que não contribui para a mitigação do peso dos juros nas operações bancárias.

Por óbvio, do todo captado, se parte é destinado para investimento no Tesouro da União e se parte fica retido como depósito compulsório e Fundo Garantidor de Crédito, o que sobra para financiar as famílias e a atividade econômica tem sua base sobremaneira reduzida e ainda comprometida pela taxa de inadimplência e pela elevada tributação, o que pressiona o valor do custo do dinheiro.

Ainda que se corram riscos inerentes às simplificações, embora as taxas de juros elevadas se justifiquem parcialmente pela indisposição das instituições financeiras diminuírem suas margens de lucro, a questão dos juros no mercado interno brasileiro é sobretudo de vontade do Estado, que não se resolve com canetadas que determinem a fórceps a redução mediante iniciativas cosméticas e ineficazes.

No ano de 2012, o Governo Federal fixara como prioridade a redução do *spread* bancário, injetando vastas somas de dinheiro público na Caixa Econômica Federal (CEF) e no Banco do Brasil S.A. (BB), para induzir o setor privado a seguir o mesmo caminho.

Em que pese à época ter-se iniciado um movimento de queda da taxa SELIC que, como visto, é um dos principais vetores de formação da taxa de juros bancários, ignorou-se os demais componentes da delicada equação, como o redimensionamento do depósito compulsório, do fundo garantidor de crédito e de impostos incidentes sobre o lucro das instituições financeiras.

Nessa queda de braço, a tensão entre Governo e o setor bancário privado escalou e, infelizmente, sem que se consolidassem os avanços iniciais decorrentes de uma tímida redução das taxas, inclusive pelos bancos privados, que assim procederam por manifesto receio com clima gerado por aquele movimento.

Por óbvio, em que pese as amarras macroeconômicas que impedem uma redução efetiva da taxa de juros, havia, como ainda há, um sentimento geral, capturado pelo Governo de então, de que o *spread* praticado pelos bancos privados comporta margem de redução.

No entanto, ao promover um movimento retórico que não enfrentou as raízes profundas do problema em sua mais ampla ramificação de causas, a iniciativa governamental naufragou sem render os frutos que a sociedade ansiava obter, remanescendo ainda forte percepção de que a pressão sobre o setor privado para reduzir suas taxas se fez possível apenas mediante o estratagema de injeção de vastas somas de recursos no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), CEF e BB, oriundos evidentemente dos bolsos dos pagadores de impostos.

Não há como evitar a sugestão de que o movimento ensaiado pelo Governo pecou ainda por não considerar que o setor privado não pode graciosamente se abastecer nos cofres do Governo para implementar política de juros baixos, porque deve, em regime de concorrência no livre mercado, captar recursos com os quais deve operar na concessão de crédito mediante compromisso de honrar a restituição de tais valores aos investidores.

Nesse breve exercício de reflexões sobre o nefasto nível das taxas de juros no Brasil, que abarca, ainda que modestamente, noções de micro e macroeconomia, verifica-se pouco ou nenhum benefício de decisões judiciais sobre o tema marcadas pela intuição e por um sentido de justiça maniqueísta que tende a centrar-se na contraposição entre forte e fraco, sem reflexão mais aprofundada que se valha de instrumental hermenêutico que coloque na mesa de decisão alternativas possíveis.

Reitere-se, portanto, o quão útil à atividade jurisdicional pode ser o apoio suporte do consequencialismo, em complemento ao uso da hermenêutica clássica, com vistas a, diante de uma lide concreta e mediante as possíveis interpretações que emanem do texto legal e da Constituição Federal, fazer-se o exercício de prognoses e somente então decidir numa perspectiva consequencialista, de modo a se evitar

impactos deletérios da decisão que transcenda os limites da relação entre os litigantes.

A constatação empírica induz à percepção de que, em muitos julgados, esse componente econômico, porque ignorado, transita como fantasma pelo interior de equações que, mal solucionadas, levam à decisão judicial não consequencialista.

### 5.3 EXTENSÃO INDEVIDA DE COBERTURA SECURITÁRIA

A decisão adiante, que ora se comenta, prolatada nos autos da apelação cível nº 1009656-52.2017.8.26.0362, de relatoria do Des. L.G. Costa Wagner, é exemplo claro de consequencialismo, porém pautado nas regras de Direito, inclusive regras baixadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), a qual, como elemento de suporte hermenêutico, invocou as possíveis consequências econômicas, ainda que adstritas ao segmento securitário, do espraiamento de decisões judiciais concessivas da extensão indevida de coberturas contratadas para indenizar sinistros não previstos no contrato, sob pretexto de buscar justiça fora dos limites legais e à revelia do contrato.

A despeito de posição firme do Superior Tribunal de Justiça, de longa data, tribunais do país tendem a decidir favoravelmente a pleitos de segurados relativos a indenizações sem cobertura na apólice de seguros. Se a apólice, por exemplo, cobre os eventos “A”, “B” e “C”, e o segurado sofre o sinistro “D” e pleiteava a indenização equivalente aos eventos com efetiva cobertura contratada, o pedido é judicializado, após a recusa da seguradora.

Tanto em primeiro grau, quanto em segundo grau de jurisdição, tais pleitos vinham sendo, como ainda vêm sendo, em boa medida, julgados procedentes sob os mais variados argumentos que, entendidos numa perspectiva mais ampla e num intervalo de tempo determinado, podem ser traduzidos simplesmente como uma tentativa de tutelar de forma hiperprotetiva o interesse dos mais fracos contra o poder abusivo dos mais fortes. Esse imaginário popular parece envolver a concepção de justiça de alguns magistrados a propósito das desigualdades sociais que, de algum

modo, devem sofrer algum tipo de reparo paladino quando assomam às Cortes de Justiça desacordos entre empresas (os fortes) e pessoas (os fracos).

Esse é o caso desse acórdão que, em verdade, manteve como fundamentos mais abrangentes a correta sentença que rechaçara a pretensão de extensão indevida de cobertura para evento não previsto no contrato:

Apelação. Obrigações. Contrato de seguro de vida em grupo. Ação de cobrança de indenização securitária. Sentença de improcedência. Laudo realizado por perito do IMESC. Validade. Laudo que concluiu que o segurado tem redução ou incapacidade laborativa parcial permanente, podendo ser readaptado para outra função. Documentos médicos que comprovam se tratar de doença profissional. Cerceamento de defesa afastado. Enfermidade que ensejaria a indenização na modalidade denominada Seguro por Invalidez Laborativa Permanente Total por Doença (ILPD), a qual não tem cobertura pela apólice de seguro em grupo celebrada com a estipulante. Improcedência da ação a teor do art. 757 do CC que estabelece os limites de responsabilidade da seguradora em função das coberturas efetivamente contratadas. Indenização indevida. Doença laborativa que é equiparada a acidente de trabalho para fins previdenciários (seguro social), não se confundindo com acidente (pessoal) da cobertura securitária (facultativa). IPA e IFPD que não podem se trasmudar em ILPD sem potenciais e deletérios impactos econômicos na formação do preço do prêmio a ser pago pelo estipulante, com riscos inclusive de redução e corte de benefícios ofertados pelas empresas a seus colaboradores. Precedentes do STJ. Sentença mantida. Honorários majorados. RECURSO DESPROVIDO. (SÃO PAULO, 2019, p. 2).

Neste caso se está, portanto, diante de situação em que o cumprimento da lei e do contrato, desenhado este conforme os contornos legais e normativos baixados pelo regulador, levaria ao não pagamento de indenização, por não estar previsto contratualmente o tipo específico de evento a que esteve exposto o segurado.

No corpo do acórdão o relator explicita que é útil uma análise, ainda que breve, das consequências de decisões que alijem cláusulas restritivas de cobertura, impondo às seguradoras pagar indenização sem que o prêmio correspondente tenha sido pago pelo segurado.

Sustenta-se haver uma inamovível correlação entre risco coberto e preço do prêmio, sendo hígida e legal que a apólice, em sua modelagem, limite as hipóteses de sinistro para que a equação que compatibilize preço e cobertura culmine numa

justa formação do valor a ser pago como prêmio pelo segurado, que no caso dos autos, era feito pela entidade estipulante do seguro e empregadora do agravante.

Diz o relator que:

Impor às seguradoras que arquem com coberturas não contratadas implica, além de ônus injusto e que desequilibraria as contas atuariais, evidente risco de precificação maior do pacote disponibilizado às empresas e entidades públicas que contratam pacotes de seguro coletivo para seus colaboradores, podendo culminar inclusive, na linha do tempo, uma redução ou supressão de benefícios. (SÃO PAULO, 2019, p. 16).

Sem necessidade de maiores elaborações matemáticas e levantamentos empíricos foi possível ao magistrado, baseado apenas no bom senso, concluir que afastar-se da lei e dos termos do contrato, que nada de abusivo apresentava quanto a limitações naturais de cobertura que se dão em função do prêmio pago, que a extensão indevida de coberturas não contratada, em última instância pode culminar, inclusive, na supressão desse produto, o que por certo prejudicaria os segurados, que deixariam de contar com coberturas várias em razão do produto se tornar comercialmente inviável e gerador de prejuízo às companhias, apenas por que o Poder Judiciário imbuído de valores de justiça elevados no caso concreto deixa de perceber os efeitos decorrentes de sua decisão:

[...] há que se ter preocupação com o interpretar extensivamente de cláusulas que limitam coberturas, eis que, pelas já citadas razões atuariais, deve haver estrita correspondência entre o risco contratado, o prêmio pago e a indenização, sob pena de encarecimento demasiado do seguro para que se possa fazer frente à indevida ampliação dos pagamentos sem lastro nos prêmios pagos. (SÃO PAULO, 2019, p. 16).

O magistrado, atento à crescente proliferação de decisões concessivas de direitos não contratados, para além de ater-se aos termos da lei e do contrato, foi consequencialista no sentido de que a extensão indevida de coberturas sem a contrapartida de equivalente valor de prêmio pode gerar consequências nefastas com potencial de afetar grandes contingentes de funcionários que não participaram dessa lide, mas que nem por isso estão livres do risco de perder benefícios caso esse tipo de contrato se mostre inviável economicamente para as seguradoras, tal como

ocorreu com os contratos bancários lastreados em dólar por ocasião da má desvalorização da moeda americana.

Decisões assim, portanto, em que pese não agraciar a parte pretendente de um direito indevido com um bilhete de loteria sob a égide da justiça para os mais fracos, acaba por viabilizar a manutenção de ajustes entre empresas que induzem a mais benefícios para a massa de empregados, como ocorre no caso dos autos em que um empregador, dentre os benefícios que oferece a seus funcionários, propicia-lhes extensa lista de coberturas, com a exceção da que aqui pretende o apelante.

## CONCLUSÃO

Neste trabalho envidaram-se esforços para se investigar se, do ponto de vista ético-filosófico, pode-se cogitar da existência de bom e mau consequencialismo judicial e se é factível que haja decisões judiciais consequencialistas que, numa perspectiva ética de eficiência, não transgridam o ordenamento jurídico e que não subordinem o ideal de justiça a objetivos meramente finalísticos.

Abordou-se, no decorrer do estudo, o modo como na academia e nos meios forenses antagonizam-se, de um lado, os que postulam por uma preocupação do magistrado com os efeitos de suas decisões e, de outro, os que inquinam de utilitarista quem decida, orientando-se apenas pelos resultados, porque os fins não podem justificar os meios.

Buscou-se nas pertinentes escolas filosóficas referencial teórico que pudesse, senão justificar, pelo menos explicar o modo como a discussão sobre o tema do consequencialismo se dá de forma enviesada e fora de um eixo de razoabilidade.

Como se viu, há inúmeros senões de natureza filosófica que se colocam como óbice à decisão judicial que se pautar apenas pela avaliação de suas consequências. A ética utilitarista, em sua premissa de que as ações boas devem buscar o bem-estar do maior número de pessoas, não parece dar conta do dilema de que, nessa perspectiva coletivista, o direito individual da minoria não contemplada pela benesse da decisão não pode ser sacrificado em prol daquela maioria, por mais que se leve em conta o resultado supostamente incrementador do bem-estar geral e final da ação ou da decisão.

Ao longo do trabalho foi possível concluir que não se faz desejável que o Direito se subordine a critérios de eficiência ou critérios coletivistas de cálculos de bem-estar decorrentes de ações ou decisões que descurem da sorte da minoria que, numa perspectiva utilitarista, possa ser sacrificada apenas em razão da presunção de incremento do bem-estar geral.

Por outro lado, porém, não se pôde evitar a percepção de que não convém que o consequentialismo judicial seja reduzido a um resquício da ética utilitarista, em que pese as evidentes complicações no plano ético, alicerçadas na tese açodada de que o consequentialismo tem por base a reprovável premissa de que o resultado é um fim em si mesmo, suficiente para justificação de qualquer decisão judicial. A realidade é mais complexa.

Demonstrou-se que essa visão retrata apenas parte da realidade, omitindo acertos cotidianos em que varas e Cortes de Justiça do país, na busca de maior eficiência de suas manifestações, produzem decisões escorregadas, pautadas pelos limites do ordenamento jurídico, mediante uso das técnicas tradicionais de hermenêutica, havendo inúmeras decisões que têm na consideração de seus possíveis efeitos apenas um apoio, de uso não obrigatório e útil, na medida em que se faça necessária tal ponderação na busca de maior eficiência.

Relevante conclusão a que se chegou consiste na constatação de que o consequentialismo não é necessariamente utilitarista, assim como o utilitarismo de uma decisão não implica inexoravelmente que se tenha considerado os efeitos potenciais de determinada ação ou decisão.

Com base na pesquisa em que se embasa o trabalho, pode-se dizer que, mesmo numa linha pragmática da teoria da decisão judicial, por princípio, a hermenêutica clássica deve ser a base, a partir da qual, o magistrado busque uma solução para o caso concreto. Todavia, diante de uma ou mais alternativas que se possa extrair do ordenamento composto por suas regras e princípios, convém que o magistrado busque uma solução para a contenda, considerando e elegendo, para tanto, dentre as várias alternativas que se possa extrair do ordenamento, a que, para além de resolver o litígio entre as partes, tenha o condão de não produzir impactos deletérios num espectro mais amplo de cidadãos que desborde da relação original conflituosa.

Aliás, deve-se lembrar que uma das principais motivações para a redação do art. 20 e seguintes da LINDB é exatamente evitar que o magistrado, baseando-se

apenas em princípios abstratos, decida sem a devida avaliação das potenciais consequências de sua decisão.

Isso se torna especialmente importante na atualidade marcada pelo relativo consenso sobre a força normativa dos princípios constitucionais, que em um uso não parametrizado pelo bom-senso, pode acirrar a percepção de que as Cortes Superiores, por vezes, resvalam em decisionismos e ativismo judicial que possam gerar, para além de mero desconforto aos jurisdicionados, insegurança jurídica e tensão entre os Poderes, já que a letargia e omissão legislativas alçaram o Poder Judiciário à condição de solucionador de todos os problemas da República, pelo menos no imaginário popular.

Deve-se ter por parâmetro que, havendo hipoteticamente balizamento decisório estabelecido por regras e princípios, não convém que se tome por base apenas um princípio abstrato como vetor de solução de uma lide, cuja magnitude possa ou até mesmo deva justificar considerações sobre as consequências sociais, políticas e econômicas de uma dada decisão judicial.

Como abordado no curso do trabalho, diante de alternativas possíveis, todas a serem devidamente consideradas e avaliadas, impõe-se agora a regra de se considerar as consequências potenciais da opção eleita, com a necessidade, portanto, de compará-la, em seus efeitos, com as demais alternativas.

Constata-se haver, para o magistrado, dificuldade não apenas no que concerne ao tempo maior de estudo e deliberação do caso sob sua análise à espera de decisão, mas sobretudo quanto às limitações dos mecanismos acionáveis para obtenção de avaliações (perícias, pareceres, audiências públicas, *amicus curiae*) sobre as consequências das alternativas elegíveis.

Inegável haver dificuldade no exercício e na confiabilidade de prognoses. Para além disso, a inexistência ainda de mecanismos de estabilização de critérios normativos que fixem as balizas de decisões com viés consequencialista é dificuldade suplementar.

À mingua de parâmetros sólidos que norteiem o magistrado quanto às hipóteses em que deve colocar na equação decisória a avaliação das consequências potenciais da decisão, não se deve, entretanto, evitar o comando contido no art. 20 da LINDB e do art. 25 do Código de ética da magistratura Nacional, pois, sempre poderá o magistrado se cercar do mínimo necessário para decidir, sem que o julgado produza mal maior na sociedade do que o bem que visou produzir na lide concreta.

Aos legítimos esforços consequentialistas, repete-se que apenas se alinham à determinação legal. Fato é que a crítica deve ser endereçada, e com contundência, às decisões mal fundamentadas, que se desvinculem dos parâmetros constitucionais, legais e jurisprudenciais, independentemente de se ter utilizado de meios finalísticos como vetor de decisão, pois, nessas hipóteses em que a ação é governada por intenções prévias, o consequentialismo de que pejorativamente são inquinadas tais decisões nada mais é que um mecanismo de justificação, que nem por isso deve ser tomado por causa principal do mal que se quer combater.

A polissemia do termo consequentialismo predispõe a equívocos de leitura dos fatos. Críticas perfunctórias desconsideram como é factível que o magistrado, valendo-se da hermenêutica convencional e elementos de outras áreas do conhecimento, em alinhamento com a legalidade, observando princípios e regras constitucionais, pode comumente extrair do ordenamento possibilidades de solução, que consiste em modo de decidir absolutamente compatível com o sopesamento das potenciais consequências de cada alternativa, que se presta como apoio metodológico ao juiz no ato de sua decisão.

Não há nisso, de fato, nenhum comprometimento ou subordinação da noção de justiça a objetivos escusos ou menos elevados. Há esforço e método orientado para uma maior eficiência do sistema de distribuição de justiça.

A conclusão a que se chegou, com base na pesquisa realizada, é que a decisão que claramente objetiva um resultado como um fim em si mesmo não se equipara ao labor de uma decisão bem fundamentada, em que se lê na anatomia de suas justificações o uso sério da hermenêutica que, porventura e eventualmente, tenha na

observância e avaliação de suas consequências possíveis valoroso suporte metodológico a robustecer e a dar maior credibilidade e sobretudo eficiência às manifestações do Poder Judiciário.

A necessidade, neste trabalho, era a de se perquirir acerca das razões pelas quais valores jurídicos contrapostos e posições apaixonadas e, diga-se, açodadas, induzem à desconsideração de distinções essenciais, designando-se como consequencialista a qualquer decisão que pondere seus potenciais efeitos, quando, à evidência, são essencialmente desiguais em características e intenções. O ponto de contato é o escopo teleológico, que não autoriza a que se irmane a ambos os modos de decidir sob a mesma pecha, sem consideração das motivações psíquicas que as antecedem.

A que se presta a falta de distinção entre esses dois modos de decidir, considerando-os a todos pejorativamente de consequencialistas, senão a desinformação ou demasiado apego a divergentes linhas filosóficas sobre conceitos de justiça?

Ademais, quando se investigou as relações possíveis entre aversão ao consequencialismo judicial e o ideal kantiano de universalização de valores como norte de todas as ações e, portanto, norte das decisões que antecedem a essas ações como pressuposto lógico de racionalidade, verificou-se que, num olhar mais acurado e mais próximo das proposições de John Rawls, no bojo de sua sofisticada teoria da justiça como equidade, há fragmentos de motivações notadamente marcadas por escopo teleológico, porque é da natureza humana planejar visando resultados que ampliem as possibilidades de uma vida plena e de desenvolvimento amplo das capacidades máximas do indivíduo.

Cogitou-se, no item 3.4, que Rawls transparece pressupor que os indivíduos estariam, na posição original do contratualismo por ele concebido, predispostos a raciocinar, a planejar, a calcular e a sopesar os efeitos e impactos de decidir por um ou por outros princípios de justiça que balizariam a coexistência pacífica entre doutrinas abrangentes e contrapostas numa sociedade que se queira justa. Isso por

se desconhecer, no jogo mental sobre o qual se erigiu sua teoria, em razão do véu da ignorância, as posições que ocupariam naquela sociedade.

Daí ter-se indagado se pessoas caracterizadas e concebidas no espírito de ideias marcadamente pautadas por princípios kantianos de valores universais, em que o valor da ação jamais poderia se subordinar aos seus efeitos, não estariam propensas a uma espécie de consequencialismo, por não poderem contrariar sua natureza de eterna busca pelo melhor possível.

Se parte do resultado deste trabalho transita pela intuição de que o sentimento geral de que a ética kantiana alimenta a aversão ao consequencialismo judicial por alguns segmentos da comunidade jurídica, não seria um contrassenso que a crítica ao consequencialismo, legítima quando se refere a decisões mal fundamentadas e orientadas à consecução de resultados a qualquer custo, passe ao largo dessas considerações? E sem atentar para nuances fenomênicas sutis e análises açodadas e extremistas, e que o contexto reclama disposição e boa vontade para convergências que induzam a uma posição menos apaixonada sobre o tema?

Caso a semente dessa dúvida tenha a mínima chance de progredir, já será um avanço no que concerne à grande confusão que grassa nas discussões sobre o termo consequencialismo, tanto na academia quando nos meios forenses, e que pouco contribuem para uma discussão serena sobre o tema, que, do ponto de vista de eficiência, traga resultados práticos a situar o consequencialismo entre as possibilidades hermenêuticas convencionais, para que ele não se converta num curinga de uso vulgar, sem base empírica no que concerne ao exercício de prognoses que deve o magistrado fazer ao decidir questões polêmicas de potencial e relevante repercussão.

E se tais cogitações são passíveis de serem consideradas como mero jogo de palavras, pois de fato não deixam de ser um exercício mental de suposições, deve-se dizer também que muito da crítica enviesada acerca do consequencialismo judicial é superficial, calcada na enganosa polissemia do termo, e apartada, no mais das vezes, de um bom senso de realidade, como se as teses contrapostas acerca do tema se

enfrentassem em inócuos combates de esgrimistas isolados em torres de marfim, insensíveis aos sentimentos e necessidades de quem espera tutela jurisdicional e de quem, muito embora não integre a lide, expõe-se aos efeitos de decisões relevantes e com produção de amplo impacto, caso suas consequências não sejam adequadamente sopesadas.

É forçoso concluir, portanto, que o agir consequencialista não é essencialmente bom, nem essencialmente mau, e não necessariamente utilitarista. São as razões que o motivam que podem determinar o acerto ou desacerto no exercício hermenêutico que o contemple como ferramenta de apoio, pois, se não convém tomá-lo como método isolado, nem como critério único de decisão que passe ao largo dos limites constitucionais do ordenamento jurídico, igualmente não convém descartá-lo com lastro em pré-concepções filosóficas insuficientemente refletidas.

Se o art. 37, *caput* da Constituição Federal impõe à administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios a observância do princípio da eficiência e se o art. 8 do Código de Processo Civil impõe ao magistrado a observância desse mesmo princípio da eficiência, e se ainda entende-se por eficiência a competência de ser produtivo, de se obter o melhor rendimento com o mínimo de erros e custos, não se pode cogitar da possibilidade de ignorar tais comandos constitucional e legal, ainda que se possa criticar correntes de pensamento que privilegiem os resultados em detrimento do valor intrínseco das decisões.

Se o art. 20 da LINDB impõe ao magistrado considerar as consequências de suas decisões quando esta se pautar em princípios abstratos e se o art. 25 do Conselho de Ética da Magistratura Nacional impõe ao magistrado atuar de forma cautelosa e atenta às consequências que suas decisões podem provocar, igualmente não há como se cogitar da possibilidade de se ignorar o dever do magistrado de, sempre que necessário e possível, quando não for obrigatório, avaliar as alternativas decisórias considerando os potenciais efeitos de suas decisões.

A eficiência das manifestações do Poder Judiciário guarda, portanto, estreita relação com o maior ou menor grau de satisfação dos jurisdicionados com o

desempenho e eficiência deste Poder da República. Tal e desejada eficiência é essencial ao incremento do grau de satisfação da nação não apenas com o que lhe entrega o Poder Judiciário, mas com o que lhe entregam ainda os demais Poderes constituídos e as instituições do Estado, o que equivale a dizer que tal percepção dos jurisdicionados é termômetro da saúde da jovem democracia brasileira.

Quando, diante de questões complexas, de *hard cases*, o bom senso de magistrados e órgãos colegiados admitem, adicionalmente às regras inscritas no ordenamento jurídico, a utilidade de fontes exógenas, como por exemplo, a Economia, as ciências médicas e a tecnologia, é de se esperar que a decisão seja do mais alto nível e apta a inspirar o respeito dos jurisdicionados, desde que não se abdique da busca pela segurança jurídica e de ancorar-se sempre na Constituição Federal, em seus princípios e regras, na lei e na jurisprudência.

Quando necessário, para além desses passos, o magistrado for adiante para tomar por suporte hermenêutico o método de perquirir, de investigar até onde seja possível, os potenciais efeitos das alternativas de decisão à sua disposição, atentando-se a eventuais desarranjos que ela possa causar no espectro mais amplo dos cidadãos que sequer integram o processo judicial a ser decidido, está-se diante de um esforço salutar e monumental que se justifica pela perspectiva ética de uma Justiça que se pretenda plena, eficiente e tão ampla quanto sua capacidade de atender a todos os jurisdicionados indistintamente.

## REFERÊNCIAS

- ALANIZ, Anna Gicelle Garcia. 1 vídeo (21 min.). **Cantinho da História 46: Bentham e o utilitarismo**. Publicado pelo canal Anna Gicelle Garcia Alaniz, 2013. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=UIDT-kbCsJU&feature=youtu.be>>. Acesso em: 01 fev. 2020.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. **O Juiz-Legislator: Consequencialismo e Constituição à la Carte no Brasil – A Democracia e a Necessária Restauração do Equilíbrio Entre os Poderes da República**. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
- ARAÚJO, Fernando. Prefácio. In: LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais**. Brasília: ENFAM, 2010.
- ARAÚJO, Luís Bernardo. 1 vídeo (54 min.) **John Rawls e o renascimento do liberalismo**. Publicado pelo canal Percy Reflexão, 2003. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=1esOeeHVDil>>. Acesso em: 20 dez. 2019.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2009.
- BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da legislação. In: **Os Pensadores**. 1. Ed. São Paulo: Editora Abril, 1974.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia online**. Versão Corrigida e Fiel. Tradução de João Ferreira de Almeida. Disponível em: <<https://www.google.com/amp.bibliaonline.com.br/nvi/mt/5>>. Acesso em: 19 jan. 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CARPEAUX, Otto Maria. **História da literatura Ocidental**. v. 4. Rio de Janeiro: Editora Cruzeiro, 1962.
- CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. A Judicialização da vida e o Consequencialismo. In: SILVA MARTINS, Ives Gandra et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**, p. 3-15. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.
- FARIA, José Eduardo. **Corrupção, Justiça e Moralidade Pública**. São Paulo, Editora Perspectiva, 2019.
- FERRY, Luc; CAPELIER, Claude. **A mais bela história da filosofia**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Comentários aos artigos 1º ao 13 do CPC (Das Normas Fundamentais do Processo Civil, Título Único, Livro I). In: SANTOS, Silas Silva et al. (Coord.) **Comentários ao Código de Processo Civil: Perspectiva da Magistratura**. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, p. 67-106.

GICO JR. Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p.163-198, set/dez., 2014.

GICO JR., Ivo Teixeira. 5 vídeos (50 min.) **Análise Econômica do Direito: Aula magna no Supremo Tribunal Federal**. Publicado pelo canal Weksyley, 2011. Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=0\\_Fe6SfXOmw](https://www.youtube.com/watch?v=0_Fe6SfXOmw)>. <[https://www.youtube.com/watch?v=ZUMkbiI\\_CvU](https://www.youtube.com/watch?v=ZUMkbiI_CvU)>. (parte 2/5, 10 mim.); <<https://www.youtube.com/watch?v=YiZ3ZeGALMQ>>. (parte 3/5, 10 min.); <<https://www.youtube.com/watch?v=oVOM2sMmXTE>>. (parte 4/5, 10m.); <<https://www.youtube.com/watch?v=7TU4Gx6zQTU>>. Publicado em 20/03/2011. Acesso em: 31 out. 2019.

HUME, David. Da Origem do Governo. *In: Os Pensadores*. “Hume: Vida e Obra”. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Lino Vallandro. 22 Ed. São Paulo: Globo, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret. 2018.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. Rawls. “**Uma teoria da justiça**” e seus **Críticos**. Tradução de Maria Carvalho. 1. Ed. Lisboa: Editora Gradiva, 1995.

KUNTZ, Rolf Nelson. 1 vídeo (50 min.) **John Rawls: A justiça como equidade**. Publicado pelo canal Nilton Lelis, 2011. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=FlziyoDm40>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

LEAL, Fernando. 1 vídeo (24 min.) **Consequencialismo Judicial**. Entrevista realizada por André Ramos Tavares e Gisele Reis. Publicado no canal Reflexões, 2017. Disponível em: <<http://youtu.be/KK-AvxkTDa4>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LOPES, José Reinado Lima. 1 vídeo (55 min.). **Uma Teoria da Justiça de John Rawls**. Publicado pelo canal Estado da Arte, 2017. Disponível em: <<https://youtu.be/CJrb9bHdPno>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MAGALHÃES, Andrea. 1 vídeo (24 min.) **Consequencialismo Judicial**. Publicado pelo canal Reflexões, 2017. Disponível em: <<http://youtu.be/KK-AvxkTDa4>>. Acesso em 21 nov. 2019.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Consequencialismo Jurídico e Constituição de 1988. *In: SILVA MARTINS, Ives Gandra et al. Consequencialismo no Poder Judiciário*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 17-27.

MAURO, Ezio; ZAGREBELSKY, Gustavo. **La felicità della democrazia**: Un dialogo. Bari: Editori Laterza, 2011.

MILL, Stuart. **Utilitarismo**. Tradução de Rita de Cássia Codim Neiva. São Paulo: Editora Esvala, 2007.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. Petrópoles: Editora Vozes, 2014.

NALINI, José Renato Nalini. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 29-41.

PARO, João Pedro. *Compliance* e Sistemas de Integridade: A Mudança Cultural das Corporações como Consequência das Decisões Judiciais. *In*: SILVA MARTINS, Ives Gandra et al. **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da Análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, v. 11, n. 1, p. 179-206, 2012. Disponível em: < <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=4031&path%5B%5D=2459>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Liberalismo Político**. 2. Ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. Revisão da tradução por Álvaro de Vita. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**: Princípios de Direito Político. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro. 1993.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1009656-52.2017.8.26.0362**. 34ª Câmara de Direito Privado, Foro de Buritama - 2ª Vara. Relator: L. G. Costa Wagner. Data do Julgamento: 19 dez. 2019. Data de Registro: 19 dez. 2019. Disponível em:< <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/794985826/apelacao-civel-ac-10096565220178260362-sp-1009656-5220178260362?ref=serp>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

SAMOR, Geraldo. **O custo econômico do shutdown global (e a busca por alternativas)**. Brazil Journal, 21 mar. 2020. Disponível em:< <https://braziljournal.com/o-custo-economico-do-shutdown-global-e-a-busca-por-alternativas>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

SHELLEY, Marry. **Frankenstein ou o Prometeu Moderno**. Tradução de Éverton Ralph. Rio de Janeiro: Ediouro. 1998.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **A filosofia Moral de John Stuart Mill: Utilitarismo e Liberalismo**. São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2016.

STRECK, Lenio. 1 vídeo (7 min.) **Sustentação oral no julgamento das ADCs 43,44 e 54 no STF**. Publicado pelo canal Grupo Prerrogativas, 2019. Disponível em: <<https://youtu.be/dJ4NdaNIshw>>. Acesso em: 30 out. 2019.

\_\_\_\_\_. **Uma ADC contra a decisão no HC 126.292: sinuca de bico para o STF!** 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-29/streck-adc-decisão-hc-126292-sinuca-stf>>. Acesso em: 20 dez. 2019.

SCHÜLER, Fernando. 1 vídeo (55 min.) **Uma Teoria da Justiça de John Rawls**. Publicado pelo Canal Estado da Arte, 2017. Disponível em: <<https://youtu.be/CJrb9bHdPno>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WOLF, Eduardo. 1 vídeo (55 min.) **Uma Teoria da Justiça de John Rawls**. Publicado pelo canal Estado da Arte, 2017. Disponível em: <<https://youtu.be/CJrb9bHdPno>>. Acesso em: 12 dez. 2019.