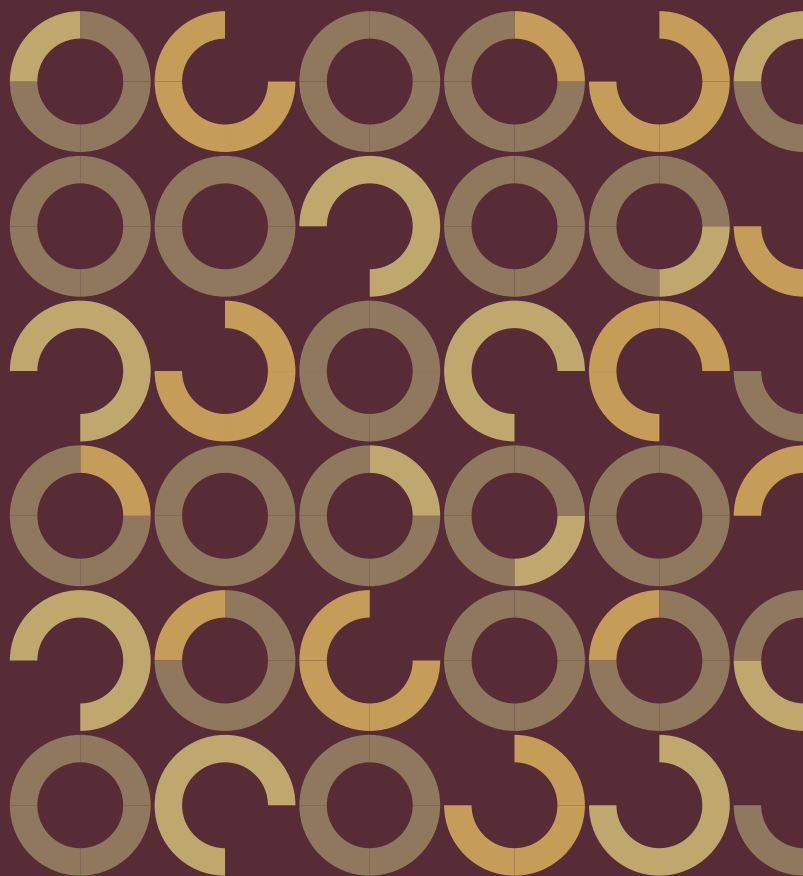


ESTUDOS ELEITORAIS

VOLUME 13 – NÚMERO 1
JANEIRO/ABRIL 2018

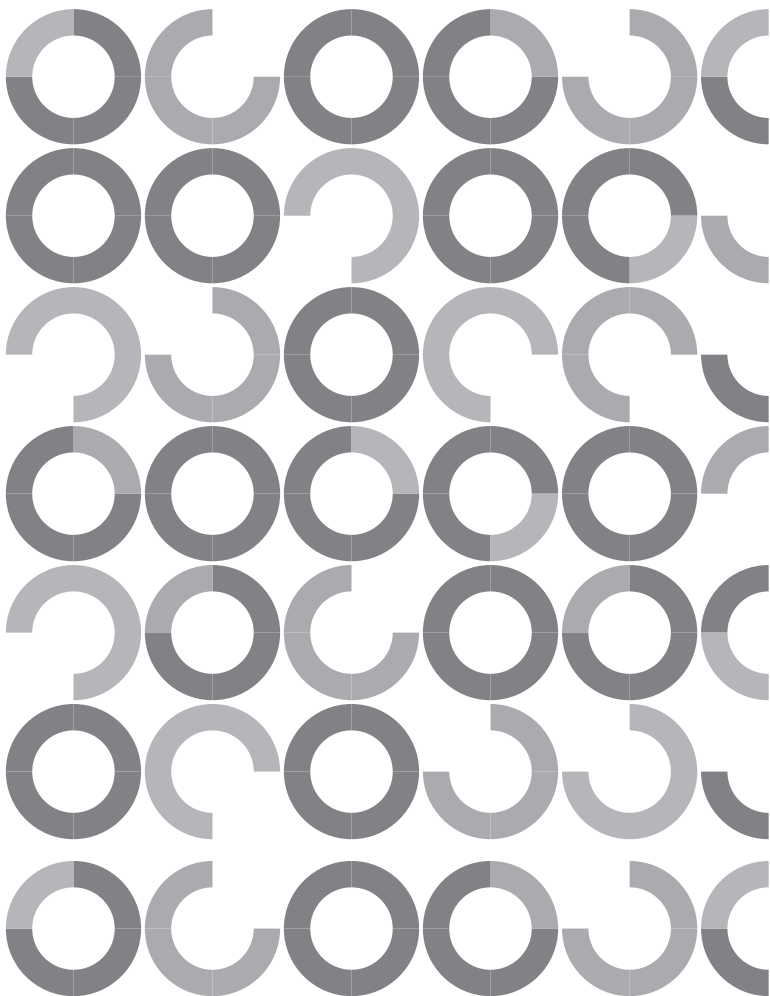
BRASÍLIA – 2018



ESTUDOS ELEITORAIS

CONSIDERAÇÕES PRAGMÁTICAS NA
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DE
CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: UMA
ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE

VINÍCIUS DE OLIVEIRA



CONSIDERAÇÕES PRAGMÁTICAS NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES DE CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO: UMA ANÁLISE DE SUA LEGITIMIDADE¹

PRAGMATIC CONSIDERATIONS IN DECISIONS OF CASES OF ELECTION MANDATE CASES: AN ANALYSIS OF ITS LEGITIMACY

VINÍCIUS DE OLIVEIRA²

RESUMO

Este trabalho objetiva avaliar se uma norma que impõe a cassação de mandato eletivo pode ser ignorada diante de considerações consequencialistas da decisão avaliadas como negativas, tendo como escopo o emprego de ponderações pragmáticas nas decisões judiciais. Valendo-se do método exploratório e descritivo, conclui-se que, de modo geral, são constitucionalmente legítimos a avaliação das consequências da decisão judicial bem como o afastamento da aplicação de norma que prevê cassação de mandato eletivo, em contexto neoconstitucional e pós-positivista, aplicando-se o juízo de ponderação de princípios fundamentais.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Pragmatismo jurídico. Mandato eletivo. Teoria da decisão. Ponderação de princípios.

¹ Artigo recebido em 6 de setembro de 2017 e aprovado para publicação em 9 de outubro de 2017.

² Analista Judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Pós-graduado em Direito Processual pela AVM/Cândido Mendes. Pós-graduando em Direito Público pela PUC/MG.

ABSTRACT

The article deals with pragmatic considerations in judicial decisions and aims to evaluate whether a rule that imposes the cassation of elective term can be disregarded in light of consequentialist considerations of the decision evaluated as negative. Using an exploratory and descriptive method, the article concludes that it is constitutionally legitimate to evaluate the consequences of the judicial decision, in general, as well as the removal of the norm application that provides for a cassation of elective mandate, in a neo-constitutional paradigm and post-positivist, applying the balancing of fundamental principles.

Keywords: Electoral law. Judicial pragmatism. Elective mandate. Decision theory. Balancing of principles.

1 Introdução

O Direito Eleitoral brasileiro, como é sabido, dispõe de diversos instrumentos processuais que podem ter como desfecho a condenação à perda de mandato eletivo com a cassação de diploma³. Trata-se de decisão que tem, potencialmente, muitas consequências práticas para a ordem econômica e social bem como para a segurança jurídica e para a estabilidade política e institucional. Muitas vezes, o provimento de uma ação judicial eleitoral que determina a cassação de mandato eletivo se dá quando o exercício deste já está em plena atividade, de modo que a retirada do mandatário implicaria, na prática, mudanças abruptas na política e nos projetos de governo já implementados, com sérios impactos, muitas vezes de dimensões imprevisíveis, na segurança jurídica de diversos direitos.

A temática do pragmatismo já vem sendo fartamente explorada em outros campos do Direito, mas a sua correlação com o Direito Eleitoral ainda é um campo a ser desbravado – o que revela a importância do presente estudo.⁴

Especificamente no Direito Eleitoral, uma pesquisa da jurisprudência⁵ evidencia que considerações pertinentes às consequências concretas de

³ São elas: a Ação de Investigação Judicial, por abuso de poder político ou econômico (AIJE, art. 22 da LC nº 64/1990); a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME, art. 14, § 10, da Constituição Federal); o Recurso contra a Diplomação (art. 262 do Código Eleitoral); a Representação contra Captação Ilícita de Sufrágio (art. 41-A da Lei das Eleições); a Representação contra Arrecadação e Gastos Ilícitos de Campanha (art. 31-A da Lei das Eleições); e, ainda, as ações penais eleitorais, possivelmente.

⁴ O problema do impacto econômico e social das decisões judiciais é tema de debates e de investigações recorrentes nos diversos ramos do Direito contemporâneo, tendo sido, por exemplo, tema de congresso da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura (Enfam), em 2009 (HAIDAR, 2009), de seminários promovidos por publicações jornalísticas (COURA, 2016) e constituindo-se disciplina própria nos cursos jurídicos conhecida como *Law & Economics* (Análise Econômica do Direito).

⁵ Disponível em: <www.tse.jus.br>. Pesquisa realizada no repositório de jurisprudência virtual do Tribunal Superior Eleitoral.

uma decisão positiva ou negativa de cassação de mandato eletivo não costumam integrar o arrazoadado das decisões. Há, no entanto, exceções. O exemplo contemporâneo mais eloquente dessa ordem de considerações na contramão da jurisprudência majoritária é o voto do Ministro Gilmar Mendes naquele que é considerado, até o momento, o mais importante *hard case* enfrentado pela Justiça Eleitoral no Brasil em sua história: o julgamento da cassação da chapa Dilma-Temer nas eleições de 2014 (AIJE nº 194.358, AIME nº 761 e Rp nº 8-46.2015), como veremos.

Tal constatação permite a indagação a respeito da juridicidade, da legitimidade e, acima de tudo, da constitucionalidade de uma fundamentação pragmático-consequencialista do julgamento de mérito de ações de cassação de mandato eletivo. Eis aí o objetivo do presente trabalho: avaliar a legitimidade jurisprudencial, doutrinária, constitucional e legal de semelhante fundamentação na contemporaneidade de nosso Estado democrático de direito. Mais especificamente, objetiva avaliar se é possível afastar sua aplicação diante de considerações consequencialistas e perante evidente subsunção de fato delitivo eleitoral à norma que impõe cassação de mandato.

Uma investigação nesse sentido somente seria possível no âmbito de intersecção entre o Direito Constitucional Eleitoral e a Teoria do Direito, especialmente os campos da Teoria da Decisão e da Hermenêutica Jurídica, e é nesse espectro que se dará o confronto dialético-argumentativo empreendido no presente trabalho.

2 Pragmatismo ou consequencialismo jurídico

Conforme as provas carreadas aos autos, a decisão judicial deve ponderar, em sua fundamentação, as suas prováveis consequências práticas futuras em vez de se ater a fazer juízo de adequação ou subsunção do fato concreto controvertido em análise ao direito posto?

E, mesmo se não houver dúvidas quanto à subsunção do fato controvertido a um direito objetivo posto, deve ele ser afastado em virtude de possíveis consequências nefastas de sua aplicação ou, conforme postulava o velho brocardo latino, *fiat justitia pereat mundus*?⁶ Todas estas são questões que remetem à Teoria da Decisão e à Hermenêutica Jurídica e invocam o tema do pragmatismo ou consequencialismo jurídico.

Conforme ensina Barroso (2013, p. 344), o pragmatismo jurídico é uma das três grandes vertentes da teoria hermenêutica constitucional contemporânea no debate norte-americano – ao lado da teoria da interpretação evolutiva e da teoria da leitura moral da Constituição, de Dworkin (2006) – e tem como seu mais célebre defensor Richard Posner, magistrado federal americano e professor da *Chicago Law School*. Em essência, o pragmatismo jurídico preconiza:

[...] uma modalidade de interpretação constitucional que procura produzir resultados que sejam “bons” para o presente e para o futuro (com base em algum critério de determinação do que seja bom) sem dever o intérprete se vincular ao texto, aos precedentes ou à intenção original dos constituintes (BARROSO, 2015, p. 344).

Como é cediço, o pragmatismo jurídico é legatário da tradição do pragmatismo filosófico norte-americano, que remonta às filosofias políticas de William James (1842-1910), de Charles Sanders Pierce (1839-1914), de John Dewey (1859-1952) e de Richard Rorty (1931-2007). Encontra esteio, também, na tradição da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832) e de John Stewart Mill (1806-1873), um universo filosófico tipicamente anglo-saxão. Todas essas são filosofias morais e políticas na qualificação de filosofias éticas consequencialistas e, como tais, se opõem às tradições filosóficas deontológicas, ligadas ao pensamento filosófico alemão de Kant e Hegel, sobretudo, conforme

⁶ “Faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”, como é comumente sabido. A fórmula traduz a ideia de que o direito deve ser aplicado categoricamente, independentemente de suas consequências na realidade da vida concreta.

a tradicional divisão entre os sistemas morais consequencialistas e os sistemas morais deontológicos.⁷

Fruto do consequencialismo filosófico, o jurídico é teoria hermenêutica que coloca os efeitos da decisão judicial como ponto fulcral da decisão judicial. Schuartz (2008) nos explica que é consequencialista a teoria jurídica que condiciona “explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas”. Para Arguelhes (2005), o argumento consequencialista, que caracteriza o consequencialismo jurídico, é “aquele tipo de argumento que fornece razões para a tomada de uma decisão específica a partir de uma avaliação dos possíveis efeitos dessa decisão”.⁸ O consequencialismo encontra forte oposição na obra de Dworkin (2006) e sua aceitação, na doutrina nacional, só se faz com imensas ressalvas, como demonstraremos nos tópicos seguintes, pois, como afirma Arguelhes (2005),

A presença de argumentos dessa natureza [consequencialistas] no exercício da função jurisdicional coloca uma série de dificuldades conceituais e práticas para a teoria do Direito, em especial quanto à sua compatibilidade com a ideia de Estado de Direito, à definição das suas condições de racionalidade e à legitimidade dos magistrados brasileiros para utilizar a previsão de consequências como elemento decisivo na solução de casos [...] (ARGUELHES, 2005, p. 1).

⁷ A oposição entre as éticas filosóficas consequencialistas ou pragmáticas e as éticas filosóficas deontológicas ou categóricas está presente em todos os campos do Direito, mas se revela evidente na seara da Teoria das Penas, no que tange à perquirição da finalidade ou à função última da penalização de condutas juridicamente reprocháveis. De um lado, tem-se as teorias da prevenção geral e especial, influenciadas pelo pensamento utilitarista de Bentham e de Beccaria; de outro, tem-se as teorias da função retributiva das penas que encontram esteio nos sistemas filosóficos kantianos e hegelianos, conforme vemos em Bittencourt (2012, p. 148-176).

⁸ Trata-se de postura decisória que se opõe à postura categórica, de evidente influência kantiana, para a qual a escolha entre decisões possíveis deve levar em consideração tão somente a aplicação do direito pertinente ao fato controvertido – quaisquer que sejam suas consequências, ainda que pereça o mundo.

3 As premissas consequencialistas do voto do Ministro Gilmar Mendes

Um dos mais emblemáticos casos de decisão judicial de grande importância histórica implementados por uma Corte Constitucional é narrado por Posner (2010, p. 251-276) na obra *Direito, pragmatismo e democracia*. Trata-se do caso notável *Bush vs. Gore*: no ano de 2000, George W. Bush e Al Gore estavam virtualmente empatados na corrida presidencial para a Casa Branca, restando apenas a proclamação do resultado das eleições no estado da Flórida. O conhecimento desse resultado, todavia, estava na pendência da resolução de complexa querela judicial a respeito da recontagem de votos naquele estado, disparada pelo candidato democrata. A Suprema Corte dos EUA, ao perceber que a contenda se arrastaria para além do prazo constitucional para a posse do Presidente da República, decidiu dar cabo da lide e impedir que ela se estendesse para evitar crise política de proporções potencialmente graves, conforme deixa claro Posner (2010)⁹:

O mal potencial à nação de permitir que o impasse da eleição presidencial de 2000 se arrastasse até e talvez mesmo depois de janeiro de 2001 foi a característica mais impressionante de *Bush versus Gore* de um ponto de vista pragmático [...] (POSNER, 2010).

De forma semelhante, o voto do Ministro Gilmar Mendes parece revelar, para além das considerações de ordem processual quanto à aceitabilidade de provas após a estabilização da demanda, implicitamente considerações a respeito de potencial instabilidade política, econômica, jurídica – e mesmo institucional – em sua decisão de não prover o pleito de cassação da chapa Dilma-Temer. Revisando a gravação do voto

⁹ Vê-se que a motivação essencial da decisão no caso foram as potenciais consequências negativas de um eventual provimento da demanda de Gore pela recontagem dos votos, já que tal procedimento impediria a posse do Presidente da República dentro do prazo constitucional normal. Não prevaleceu a preocupação com a justiça ou não do pleito de recontagem dos votos, mas a consideração de que essa recontagem traria consequências negativas para a estabilidade política do país.

disponível nas redes sociais (em nossa pesquisa a transcrição não foi encontrada), empreendemos degravação livre, permitindo-nos encontrar trechos que depõem em favor de nossa tese. Vejamos:

[...] agora o objeto dessa questão é muito sensível e não se equipara com qualquer outro porque tem como *ethos*, como pano de fundo, a soberania popular, por isto é que a Constituição estabelece limites. Quando eu vi o levantamento que o Ministro Herman fez eu fiquei até preocupado porque, a rigor, nós deveríamos cassar todos os seus atos, pelos fundamentos trazidos, até 2006... Daqui a pouco, não vamos ter nem mais os colegas do Tribunal porque, daqui a pouco, Ministra Rosa, o seu ato estaria eivado, o ato de nomeação de V. Exa., estaria eivado de vício, porque foi indicada por uma Presidente que já teve seu mandato contaminado e todos os outros colegas, muitos colegas [...].¹⁰

Inferre-se do trecho que o ministro presume que a cassação de mandato teria impacto sobre a *segurança jurídica* porque, hipoteticamente, implicaria a nulidade de atos de ofício já implementados pelo mandatário empossado que se quer cassar. No tópico proferido oralmente, o ministro sugere que a cassação de um mandato implicaria a nulidade de ato de nomeação de um ministro, por exemplo. Não entraremos aqui na discussão da nulidade desses atos em face da garantia constitucional fundamental do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); ressalta-se apenas que, de fato, a segurança jurídica poderia sofrer abalos com a cassação de mandato eletivo, conforme o lembrado pelo presidente do TSE. Mais adiante, ainda de forma oral, o juiz da Suprema Corte Eleitoral menciona o comprometimento da *estabilidade constitucional* diante de eventual cassação de mandato:

[...] o Brasil tem uma história de instabilidade. [...] Nessa fase atual, dos Presidentes eleitos, sob a Constituição de 1988, só dois terminaram o mandato. [...] Se formos voltar à história ampla do Brasil, só cinco presidentes terminaram o mandato. É com esse objeto delicado que estamos a lidar. É essa a responsabilidade desta Corte.¹¹

¹⁰ YOUTUBE. *Julgamento da Chapa Dilma-Temer: reta final 4x3, Gilmar desempata e Temer fica*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4sdP_Jvqiz0>. Acesso em: 1º set. 2017.

¹¹ Op. cit.

Não nos escapa que as considerações consequencialistas não constam dos apontamentos escritos lidos pelo ministro em seu voto, nem que, de forma explícita, eles não compõem as razões de seu *decisum*. Com efeito, a decisão se baseou em dois fundamentos ostensivos: (1) preliminarmente, a improcedência da análise de fatos e de provas apresentados após a *estabilização da demanda*, eis que, *a contrario sensu*, o princípio do *devido processo legal*, e, mais especificamente, as normas-regras do art. 14, § 10, da Constituição Federal e do art. 329, II, do Código de Processo Civil, de aplicabilidade subsidiária às lides eleitorais, seriam feridos. (2) No mérito, a fragilidade da caracterização como abuso de poder econômico suficiente para justificar uma cassação de mandato dos fatos trazidos a julgamento pelos autores da ação; é o que revela o trecho do voto. Não são considerações consequencialistas, assim entendidas como aquelas voltadas para o futuro e para as consequências práticas da decisão; trata-se de considerações a respeito do enquadramento de fatos passados a normas principiológicas e regulatórias que compõem o ordenamento jurídico. São juízos categóricos, não consequencialistas.

Contudo, é mister reconhecer que as considerações trazidas à colação demonstram que, de forma implícita, compuseram a equação argumentativa do magistrado superior preocupações com as consequências de uma eventual cassação de mandato presidencial, mais especificamente, com as consequências para a segurança jurídica e a estabilidade institucional. Implicitamente, ele traz a aceitação de considerações pragmáticas ou consequencialistas na formação da *ratio decidendi* jurisdicional. Estamos diante, como vimos, de uma situação de fato.

Posto o fato, surgem as seguintes questões: (1) é constitucionalmente legítima a argumentação consequencialista no julgamento de ações de cassação de mandato; (2) os argumentos consequencialistas podem se

sobrepôr ao juízo de subsunção de um fato ilícito eleitoral para o qual a lei prevê como sanção a cassação de mandato.

4 A aceitação do pragmatismo ou consequencialismo jurídico no Brasil

O consequencialismo jurídico vem sendo debatido no Brasil mais amiúde pela doutrina em trabalhos de publicação relativamente recentes. Arguelhes (2005) observa:

Nos últimos anos, a comunidade jurídica brasileira tem se visto diante de um significativo crescimento do peso da consideração das consequências da decisão na fundamentação de acórdãos de tribunais superiores – em especial do Supremo Tribunal Federal (ARGUELHES, 2005).

Dutra (2015), juiz federal do Tribunal Regional da 4^a Região, recorda, em artigo publicado na Revista de Doutrina do TRF-4, fala do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Nelson Jobim, que defende, de forma eloquente e ostensiva, não apenas a legitimidade da argumentação consequencialista como também a sua preponderância como critério hermenêutico:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (DUTRA, 2015).

Salama e Pargendler (2013) também notaram e anotaram que as considerações sobre as prováveis consequências práticas de normas jurídicas “se fazem cada vez mais presentes na interpretação do Direito no Brasil”. Diversos são os campos do Direito nos quais as considerações consequencialistas são ventiladas, como o Direito do Consumidor e da responsabilidade civil no qual, nas palavras Leme de Barros (2014),

questiona-se a aplicação de altas indenizações para não se criar uma “indústria moral”.

No entanto, é na seara do Direito Econômico que o consequentialismo jurídico tem despertado maior interesse, talvez pelo fato de ser um campo em que o Direito entra em confluência com a Economia, ramo científico que dispõe de instrumental teórico e empírico apto a permitir a previsibilidade probabilística de eventos futuros.¹² O mais propalado e, talvez, mais relevante caso é o da ADPF nº 165/DF. Trata-se da disputa entre a União e os contratantes de poupanças bancárias (milhares? Milhões?) em torno da pretensão indenizatória referente a prejuízos causados pelos Planos anti-inflacionários Bresser, Cruzado, Collor I e Collor II. A ADPF, ainda em curso no STF, está sob a relatoria do Min. Ricardo Lewandowski e foi proposta pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro. A autora da ação busca deslegitimar o pleito indenizatório dos poupadores alegando, entre outras razões, o gigantesco impacto negativo que um eventual provimento positivo teria para o Poder Judiciário e a ordem econômica. Segundo o relator, a autora “[...] ressalta o potencial impacto macroeconômico das ações que envolvam os planos econômicos discutidos, estimando em 180 bilhões de reais”.¹³

Há mais casos emblemáticos que envolvem o tema deste artigo. Dutra (2015) evoca o julgamento da ADI-MC nº 1946, na qual um argumento consequentialista esteve no cerne do arrazoado decisório da

¹² O ex-Ministro do STJ Nilson Naves, em congresso citado na introdução realizado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, em 2009, a respeito do impacto econômico e social das decisões judiciais, declarou que “o juiz, ao dar uma decisão, há de pensar muito na repercussão de sua sentença no campo econômico”, conforme lemos em reportagem de Rodrigo Haidar (2009) para o *site* jurídico noticioso *Conjur*.

¹³ Suponha-se que a pretensão indenizatória dos poupadores tenha, de fato, respaldo do ordenamento jurídico nacional e que haja inequívoco direito dos mesmos, talvez fundamental, ao recebimento de indenização pelos malfadados planos econômicos: tal direito deve prevalecer, *pereat mundus*, em detrimento da economia nacional, mesmo dando ensejo a um “risco sistêmico”, conforme expressão de Leme de Barros (2014)?

Suprema Corte. Decidiu-se pela não extensão de um direito trabalhista, alegando-se que ela estimularia o desemprego.¹⁴ Apesar de serem atuais e relativamente recentes os questionamentos doutrinários a respeito do consequencialismo jurídico, sua prática jurisprudencial no país, em verdade, é antiga e anterior mesmo à Constituição de 1988. Dutra (2015) menciona ainda o posicionamento consequencialista do STF no julgamento do RE nº 79628 ao modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de norma de investidura de cidadãos em cargos públicos, convalidando seus atos de ofício já praticados com vistas a neutralizar potenciais resultados negativos para a segurança jurídica.

Esclareça-se que não é tão recente, nem estritamente vinculada às discussões do pragmatismo jurídico norte-americano, a preocupação com os desdobramentos práticos da decisão judicial. Obras clássicas da Teoria do Direito já cuidaram dessa ordem de preocupações, como as obras de Carlos Maximiliano e François Geny.¹⁵ Maximiliano (2013), a título de exemplo, dedica uma seção de sua obra à “apreciação do resultado” na hermenêutica. Afirma categoricamente que, na aplicação da lei, o decisor jamais deve deixar de considerar os resultados do *decisum*, e deixa claro que a consideração das consequências se erige mesmo em regra hermenêutica, como podemos depreender de seu texto¹⁶:

¹⁴ Nessa ação constitucional, decidiu-se, dando interpretação conforme o art. 14 da EC nº 20/1998, pela não incidência no teto de benefícios previdenciários do salário da licença à gestante previsto no art. 7º, XVIII, da CF, por razões consequencialistas, quais sejam: os potenciais efeitos de desincentivo à contratação de mulheres no mercado de trabalho caso o direito fosse reconhecido.

¹⁵ Outro autor clássico do direito, François Geny, citado por Maximiliano (2013), também dava às consequências e à ordem prática importância hermenêutica essencial ao falar do imperativo da “[...] restrição da discussão de palavras ou dos argumentos lógicos em proveito das considerações morais, econômicas, sociais, penetradas de uma intuição simpática; *sacrifício dos conceitos* à utilidade; apreciação dos interesses justaposta, senão substituída à construção teórica” [grifo nosso].

¹⁶ Ainda na parte citada de seu *opus* clássico, Maximiliano (2013) relata que a hermenêutica consequencialista tem suas raízes nas fontes jurídicas mais ancestrais de nosso direito, seja no Direito Romano, em vetustos brocardos tais como *in ambigua voce legis ea potius accipienda est significat quoe vitio caret* (“no caso de linguagem

Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese, os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação.

[...] Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, *que melhor corresponda às necessidades da prática*, e seja mais humano, benigno, suave (grifos nossos).

Os autores clássicos aqui invocados chamam a atenção para o caráter sociológico da interpretação consequencialista. Nisso, aproximam-na das tipologias hermenêuticas contemporâneas alemãs que dão relevância à adequação de princípios e normas ao caso concreto (método da tópica), ao *ethos* social cambiante predominante de uma época (método científico-espiritual de Smend), à adequação do texto às circunstâncias históricas sem prejuízo do direito posto (método hermenêutico-concretizador) e à realidade social como plano de fundo (método jurídico-estruturante de Muller).¹⁷ Esse breve relato nos permite concluir que a argumentação consequencialista é um *fato jurisprudencial no Brasil* e que sua prática não é historicamente tão recente, pois tem precedentes clássicos, como mostram os trechos de grandes hermeneutas aqui citados. Além disso, nota-se que o consequencialismo está relacionado aos métodos hermenêuticos contemporâneos, segundo a tipologia de Böckenförd exposta por Mendes e Branco (2014, p. 91-92).

Além da jurisprudência, também é possível encontrar, nos textos normativos de nosso ordenamento jurídico, desde a legislação ordinária até dispositivos que determinam a atenção do operador do Direito para as consequências concretas de sua prática, de forma explícita ou implícita.¹⁸

ambígua da lei, opte-se pela exegese de consequência prática, exequível, acorde com a realidade e o Direito”), seja na Escola de Exegese de Savigny.

¹⁷ Todos estes métodos buscam se afastar do formalismo jurídico e dar concreção à prática jurisprudencial, ou em outras palavras, ajustá-la à realidade social concreta e contemporânea, aos seus valores. Inequívoco que essas hermenêuticas estão associadas ao consequencialismo, e que ele poderia buscar sua fonte de legitimidade nelas, eis que ele põe em destaque a importância dos efeitos da decisão judicial na realidade concreta.

¹⁸ O Código Penal, por exemplo, atribui especial importância à consideração das consequências do delito na aplicação da pena e de sua dosimetria em seu art. 59. Há que se lembrar ainda o art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que trata das ações

Subindo na hierarquia normativa à Constituição Federal, constata-se que não há disposição alguma na Lei Maior que imponha, proíba ou permita a consideração das consequências práticas da decisão judicial nas decisões judiciais de forma explícita. Quem quer que a defesa ou critique, contudo, deve, obviamente, demonstrar que sua pretensão tem esteio constitucional, vencendo lacuna constitucional no âmbito da Hermenêutica Constitucional.

5 Os limites da argumentação pragmática: pode o julgador deixar de cassar um mandato, mesmo com a subsunção de um fato a uma norma que impõe esta sanção, por razões consequentialistas?

As principais preocupações em relação ao pragmatismo jurídico estão relacionadas ao subjetivismo judicial, com a politização excessiva do Direito e com o excessivo valor dado a matérias extrínsecas ao direito posto. O consequentialismo abriria portas para a insegurança jurídica e para a negação da “integridade” do Direito, na expressão de Dworkin (2016, p. 15), ou do princípio da “unidade da Constituição”, para usar uma mais afeita à doutrina brasileira.

De fato, é repulso, no Estado democrático de direito, negligenciar o direito posto sob a alegação de que sua implementação implicaria consequências práticas negativas na realidade concreta, sem a devida fundamentação. A consideração das consequências não pode se dar num vazio normativo, sem referência a uma fundamentação legal e constitucional sólida. A interpretação contrária é contraditória

de inconstitucionalidade. Este dispositivo impõe aos ministros do STF a faculdade de modular os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Estamos, portanto, diante de exemplo evidente da legislação em que se autoriza e mesmo se estimula o julgador a prever as consequências práticas de sua decisão judicial e com base nestas antevistas, temperar sua decisão e aplicação do direito. O julgamento de ações de constitucionalidade é um dos âmbitos em que a argumentação consequentialista é mais recorrente, no momento da modulação de efeitos.

com o Estado democrático de direito em que vivemos como aponta Arguelhes (2005).

O pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, paradigmas que alguns de nossos mais reputados constitucionalistas afirmam ser o *zeitgeist* jurídico de nossa contemporaneidade histórica (BARROSO, 2015), rejeitam o subjetivismo, o voluntarismo e a negação da sistematicidade da atividade judicante. Pelo contrário: revalorizam o direito posto e reafirmam a sua objetividade, propondo, porém, modelo hermenêutico que supere o legalismo em favor da supremacia da Constituição, a ponderação de princípios em lugar do simples raciocínio de subsunção e, ainda, a judicialização da política, como descreve Humberto Ávila (2009) em artigo no qual procura traçar os limites do neoconstitucionalismo. Corolário desses preceitos neoconstitucionais e pós-positivistas é a afirmação da primazia do direito posto sobre as considerações extrajurídicas, sejam elas de caráter moral, econômico ou social, ou referentes à vontade popular majoritária (papel contramajoritário da atividade judicial). Desse modo, um modelo consequencialista puro¹⁹ seria inadmissível em nosso ordenamento.

Nada disso significa, porém, que nenhuma consideração consequencialista é admissível em nosso direito contemporâneo. Como vimos, muitas vezes é a própria lei que impõe o juízo consequencialista. O que pretendemos afirmar é que qualquer decisão que pretenda dar especial relevo às potenciais consequências de uma decisão judicial em detrimento de uma norma jurídica concreta só poderá fazê-lo com referência ao direito posto – a outra norma jurídica ou a um princípio constitucional. No contexto do Estado democrático de direito, uma decisão pragmática só é admissível se a argumentação consequencialista significa juízo bem fundamentado,

¹⁹ Dutra (2015) diferencia o consequencialismo puro de Posner (2010), que bem seria definido na citação de Barroso (2015) neste artigo de um modelo deontológico sensível a consequências, calcado na teoria da supremacia dos princípios de Dworkin (2006). Neste modelo, as consequências devem ser avaliadas na decisão judicial, desde que a análise não entre em choque com o sistema normativo constitucional.

de preferência por uma consequência possível em detrimento de outra ou outras, se essa consequência preferível é a consequência vinculada à realização de uma norma ou valor jurídico preferível. O expediente hermenêutico que permite que seja feito esse juízo de preferência é conhecido: a *ponderação*.

Chegamos ao ponto em que podemos responder à indagação objetivo deste artigo: pode o julgador deixar de cassar um mandato eletivo, numa ação eleitoral que preveja esta sanção, em razão das consequências negativas para a ordem jurídica dessa cassação (mesmo quando há a subsunção óbvia de um fato a que a uma norma que prevê cassação de mandato)? Por exemplo: comprovada a compra de voto, deve ser aplicada a cassação de diploma, mesmo que de um só voto, mesmo em prejuízo da estabilidade política e da segurança jurídica? Estaríamos diante de um *hard case*?

Para respondermos tais questões, acreditamos que, primeiramente, é preciso definir quais valores sociais ou jurídicos fundamentais estão em jogo. As normas eleitorais, em geral, são dispositivos que buscam preservar uma série de princípios ou valores constitucionais gerais, como o *princípio da soberania popular*, o *princípio da isonomia* e o *princípio da moralidade da administração pública*, e específicos do Direito Eleitoral; são, porém, decorrentes dos primeiros, como o *princípio da autenticidade eleitoral* e o *princípio da máxima igualdade na disputa eleitoral* (SALGADO, 2011, p. 107-115). É preciso que esses princípios entrem em choque com outros princípios constitucionais num caso concreto, tais como o *princípio da segurança jurídica* e o *princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência da Administração Pública* – ou, ainda, com os princípios ou valores da *ordem pública* e da *estabilidade institucional* (art. 136 da CF). Além disso, é preciso demonstrar que o prejuízo causado pelo ilícito eleitoral para o valor preservado pela norma

eleitoral²⁰ seria menor que o prejuízo que se causaria para valores como a segurança jurídica ou a estabilidade institucional, caso se cassasse um mandato eletivo.

É possível imaginar casos potenciais em que se estaria diante de um impasse: cassa-se um mandato por uma lesão mínima, sem potencial ofensivo, à lisura do pleito, como impõe a legislação atualmente, ou preserva-se o mandato, tendo em vista que, estando ele já avançado, a segurança jurídica e a estabilidade política seriam comprometidas pelos grandes transtornos de uma substituição de mandato? Eis aí, a nosso ver, uma situação em que a argumentação pragmática tem legitimidade nas ações de cassação de mandato eletivo.

Por derradeiro, é preciso consignar que há sempre a suspeita de que muitas decisões que denegam o pleito de cassação de mandato o fazem por razões consequencialistas – não se quer turbar um mandato em curso. Contudo, considerando que muitos de nossos juízes não são dados à fundamentação judicial baseada em ponderação, mas apenas na fundamentação silogística de subsunção, força-se a argumentação para dizer que o fato não se enquadra na hipótese normativa. Age-se com prejuízo para com o dever de «sinceridade judicial», ou *judicial candor* (GONÇALVES, 2016).²¹

²⁰ Por exemplo, no caso do emprego de abuso econômico em campanha, o princípio da autenticidade eleitoral diante da captação de sufrágio ou a igualdade da disputa.

²¹ É mais condizente com a moralidade da decisão judicial que um juiz diga categoricamente que deixa de cassar um mandato para não turbar o seu curso e preservar a estabilidade institucional do que forçar uma argumentação para dizer, por exemplo, um abuso de poder econômico em campanha eleitoral ou captação de sufrágio que está claro que ouve.

6 Conclusão

O excursus empreendido neste artigo permite-nos fazer as seguintes conclusões: (1) a fundamentação consequencialista das decisões judiciais é parte da prática jurisprudencial brasileira e não é recente; (2) o Estado democrático de direito rejeita o pragmatismo puro e as decisões fundadas apenas nas consequências da decisão judicial sem referência ao ordenamento jurídico em contradição com ele como sistema; (3) é possível a fundamentação consequencialista, num paradigma deontológico sensível a consequências e por meio de um juízo de ponderação de princípios; e, por fim, mas não menos importante; (4) é legítimo e constitucional que se deixe de aplicar a sanção de cassação de mandato eletivo, numa ação eleitoral, para um fato que se subsume a uma norma que a impõe, desde que, num juízo de ponderação de princípios fundamentais, o julgador anteveja que as consequências negativas para a preservação de valores e princípios fundamentais, tais como a segurança e a ordem jurídica, no caso de uma cassação, sejam valoradas como maiores que a lesão aos princípios fundamentais e valores protegidos pela norma eleitoral infringida, como a autenticidade eleitoral ou a isonomia da disputa.

Referências

ARGUELHES, Diego. Argumentação *consequencialista* e estado de direito: subsídios para uma compatibilização. In: *Anais do XIV Encontro do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/171.pdf>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar., 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITTENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1: Parte Geral 1.

COURA, Kalleo. Impacto econômico deve ser levado em conta nas decisões. *Jota*, 7 dez. 2016. Disponível em: <<https://jota.info/justica/impacto-economico-deve-ser-levado-em-conta-nas-decisoes-07122016>>. Acesso em: 4 mar. 2017.

DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina do TRF-4*, ed. 79, 27 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm>>http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html>. Acesso em: 1 set. 2017.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. A insinceridade na jurisdição constitucional. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun. 2016.

HAIDAR, Rodrigo. Juízes estudam impactos da decisões. *Conjur*, 28 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-28/juizes-estudam-impacto-social-economico-decisoes>>. Acesso em: 4 abr. 2017.

LEME DE BARROS, Marco Antônio Loschiavo. Consequencialismo e o argumento econômico em juízo: estudo sobre a utilização do argumento do risco sistêmico dos planos econômicos na ADPF 165. *Revista do Mestrado em Direito da UnB*, Brasília, v. 8, n. 1, p.1-24, jan./jun. 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Trad. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SALAMA, B. M.; PARGENDLER, M. S. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, v. 262, p. 95, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. Os princípios constitucionais eleitorais como critérios de fundamentação e aplicação das regras eleitorais: uma proposta. *Estudos Eleitorais*, Brasília, v. 6, n. 3, set./dez. 2011.

SANDEL, Michael. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo.

SHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista de Direito Administrativo*, v. 248, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em: 1 set. 2017.

YOUTUBE. *Julgamento da Chapa Dilma-Temer: reta final 4x3*, Gilmar desempata e Temer fica. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4sdP_Jvqiz0>. Acesso em: 1 set. 2017.