

OS DIREITOS SOCIAIS E O CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

Douglas Antônio Rocha Pinheiro

Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), professor de graduação e pós-graduação do Centro Universitário IESB e do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás (UFG).

127

Resumo

O presente texto é fruto de uma pesquisa interdisciplinar maior que investiga se (e como) os estudos econômicos podem dar suporte a demandas por direitos humanos. Este artigo, em particular, objetiva analisar o risco que novo paradigma consequencialista pode representar para a efetivação dos direitos sociais. Para atingir tal objetivo, o artigo faz uma pesquisa bibliográfica sobre a origem do constitucionalismo e, em particular, do constitucionalismo social e sobre as condições fáticas que permitiram o surgimento do pragmatismo consequencialista no Brasil. Além disso, o texto analisa um caso em particular: o do direito à moradia, em que fiadores de contrato de locação questionaram a constitucionalidade da penhora de seu único imóvel para garantir débitos do locatário, caso que mereceu uma decisão consequencialista por parte de seu julgador. Por fim, o texto alerta sobre os riscos que o novo paradigma traz, tanto por criar obstáculos prévios à efetivação de direitos sociais, quanto por dificultar o controle argumentativo das decisões judiciais.

Palavras-chave: políticas públicas; direitos sociais; consequencialismo jurídico.

Resumen

Este texto es el resultado de una investigación interdisciplinaria más grande que investiga si (y cómo) los estudios económicos pueden apoyar las demandas de los derechos humanos. Este artículo, en particular, tiene como objetivo analizar el riesgo que el nuevo paradigma consequencialista puede generar para la efectivación de los derechos sociales. Para lograr este objetivo, el artículo hace una encuesta bibliográfica sobre el origen del constitucionalismo y, en particular, del constitucionalismo social y sobre las circunstancias que dieron origen al pragmatismo consequencialista en Brasil. Además, el texto analiza un caso particular: el derecho a la vivienda, en que los garantes en un contrato de alquiler cuestionaron la constitucionalidad de la incautación de su propiedad única para garantizar las deudas del inquilino, caso que ha sido objeto de una análisis consequencialista por parte del juez. Por último, el texto advierte de los riesgos que conlleva el nuevo paradigma, tanto en la creación de previos obstáculos a la realización de los derechos sociales, como para obstruir el control argumentativo de las resoluciones judiciales.

Palabras clave: políticas públicas; derechos sociales; consequencialismo jurídico.

Introdução

A declaração de um direito nem sempre garante sua efetividade. Declarar um direito, porém, é um ato de empoderamento dos declarantes, um ato que se abre à imprevisibilidade de suas próprias consequências (HUNT, 2009; DERRIDA, 1986). Por

isso, a inclusão do direito à moradia, por meio da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, dentre o rol dos direitos sociais mencionados no art. 6º da Constituição Federal pareceu, a princípio, sem grandes repercussões. Tal artigo constitucional costuma ser referido como de natureza programática – o que, no mais das vezes, faz com que as constantes inclusões que nele acontecem sirvam para fins de álibi legislativo ou de compromisso dilatatório na garantia de direitos (NEVES, 1994).

Em relação a tal direito, porém, logo se encontrou uma repercussão prática. Embora a dimensão positiva do direito à moradia dependesse do planejamento e da execução de políticas públicas de habitação popular, a sua dimensão negativa poderia se garantir de imediato, exigindo-se do Estado ou do particular um não fazer ou um dever de abstenção. Não demorou, pois, que chegasse ao Supremo Tribunal Federal (STF) um recurso extraordinário interposto por um fiador de contrato de locação que, sendo executado pelo inadimplemento do locatário, alegava ser inconstitucional a constrição de seu imóvel residencial dado como garantia. Em sua fundamentação, o recorrente alegava que a constitucionalização do direito à moradia fazia com que a Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991) não fosse recebida na parte em que autorizava a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação – pela inclusão do inciso VII no art. 3º da Lei n. 8.009 de 1990.

O Ministro Cezar Peluso, relator do *hard case*, viu-se diante dos seguintes questionamentos: garantir o direito à moradia dos fiadores de contrato de locação poderia gerar maiores dificuldades para que a população em geral alugasse um imóvel? Qual seria, afinal, o âmbito de proteção do direito à moradia? A fundamentação do voto acabou não se restringindo à análise do alcance do texto da norma; adotando um certo pragmatismo jurídico, o relator sopesou as consequências da decisão e incorporou tal processo no próprio ato decisório. Este não foi um uso excepcional de tal metodologia decisória. Direitos sociais normalmente têm se sujeitado a análises consequencialistas.

As ações que requerem judicialmente a efetivação do direito à saúde, quer pela garantia de acesso a medicamentos, a tratamentos ou a procedimentos, costumam ser decididos levando-se em conta os efeitos irreversíveis que uma sentença ou um acórdão representariam caso fossem denegatórios. De outra parte, pretensões que busquem efetivar outros direitos, como os que garantam uma política pública prisional que respeite a dignidade da pessoa humana, costumam esbarrar no argumento da reserva do

financeiramente possível – já que seu deferimento impactaria o planejamento orçamentário futuro do Estado.

Em tal debate se insere o presente artigo que pretende investigar o papel do consequentialismo jurídico no processo decisório e de que maneira ele pode enfraquecer a força normativa dos direitos sociais. Para tanto, o texto seguirá o seguinte percurso: primeiramente, retomará as origens do constitucionalismo e, em especial, do constitucionalismo social para, em seguida, questionar o senso comum jurídico que diferencia os direitos entre positivos e negativos; em seguida, retomará as bases fáticas que fizeram com que o consequentialismo se tornasse um parâmetro decisório cada vez mais presente no Judiciário; em seguida, retomará o caso do direito à moradia para apontar como a decisão tomada pelo STF materializou um certo pragmatismo consequentialista; por fim, serão apresentadas as considerações conclusivas.

1. O constitucionalismo social e a dúlice classificação dos direitos

O constitucionalismo não se confunde com a própria Constituição. Não sem motivo, José Acosta Sánchez (1998) defende que a Europa anterior à Segunda Guerra Mundial, período em que ainda não vingara a corrente jurídica do neoconstitucionalismo, era fundada na supremacia do Parlamento; apesar disso, foi possível observar, em alguns de seus países, a efetivação de um certo constitucionalismo, embora ainda não fosse admitida a ideia de uma Constituição com *status* de norma fundamental. Por outro lado, Okoth-Ogendo (1993), ao analisar o desenho estatal de diversos Estados africanos posteriores ao processo de descolonização da segunda metade do século XX, observou que a Constituição era considerada apenas um instrumento de afirmação da soberania perante a comunidade internacional; assim, em muitos desses Estados, a existência da Lei Fundamental não impedia que a presidência tivesse um caráter imperial, com poderes de nomeação de todos os titulares de cargos civis, militares, judiciais, além de as tensões entre poder e direito costumarem ser decididas em favor do poder – desconsiderando, assim, qualquer parâmetro de freios e contrapesos expressos no texto constitucional.

Assim, é preciso perceber o constitucionalismo como a afirmação histórica da luta pela limitação do poder do Estado. Nas revoluções burguesas, diante de um Estado absolutista com poder de vida e morte sobre seus súditos, isso significava restringir a ação

do governante. Não se esperava nenhuma prestação do Estado. Lutava-se, apenas, para que o governante não privasse os súditos de sua vida, de sua liberdade e de seus bens. Surgia a clássica ideia de liberdade negativa, liberdade que exigia um dever de abstenção por parte do Estado, um não-fazer. Em alguns países, tal reivindicação significava a efetivação de uma tradição – afinal, na Inglaterra, várias leis esparsas já restringiam a ação do governante ou a subordinava à prévia aprovação do Parlamento desde o século XII. Em outros, como na França, o constitucionalismo significava uma ruptura e a inauguração de uma nova ordem, de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o melhor exemplo (PALOMBELLA, 2005).

Ocorre que, na esteira da conquista de liberdades civis e de direitos políticos, a burguesia acabou garantindo, também, uma grande liberdade econômica. Com a reduzida regulação estatal do mercado de trabalho, a Revolução Industrial acabou acentuando os processos de exploração da mão-de-obra e recrudescendo a desigualdade social. Em reação a tal cenário, surgiram duas alternativas ideológicas: uma, defendendo um giro à esquerda com a supressão da propriedade privada, a superação da luta de classes e, até mesmo, com o fim do próprio Estado (comunismo/anarquismo); outra, apontando um giro à direita defendia a restrição das liberdades individuais em prol de um Estado forte cujos interesses, interpretados pelo governante aclamado pelo povo, prevaleceriam em qualquer ocasião (fascismo/nazismo).

Uma terceira alternativa, porém, surgiu no seio do próprio constitucionalismo. Em 1919, a Constituição de Weimar já apontava para um novo papel do Estado. Não bastava mais a proteção das liberdades que exigissem, a princípio, um não-fazer estatal. Para superar as grandes assimetrias sociais causadas pela Revolução Industrial, passava a ser igualmente exigível do Estado um dever de prestação. O Estado liberal daria lugar a um Estado de Bem-Estar Social, um novo desenho estatal em que vários direitos deveriam ser atendidos, como o de acesso à educação, à saúde, à assistência social, ao lazer, à moradia, dentre outros. Tais direitos, afirmados historicamente como reação à exploração gerada pelo liberalismo burguês, tinham um forte caráter equitativo. À liberdade, somava-se a igualdade. Consagrou-se, assim, uma clássica distinção dos direitos entre positivos e negativos, ou seja, direitos que exigiam uma prestação estatal, como os direitos sociais (o direito à saúde, por exemplo), e direitos que se voltam contra o Estado, limitando-o e

pretensamente exigindo sua inação, tais como os direitos civis (a liberdade de ir e vir, por exemplo).

Ocorre, porém, que tal classificação serve apenas para fins metodológicos. Na realidade, levar os direitos a sério corresponde a levar a escassez a sério, na medida em que todos os direitos importam em custos econômicos, ainda que estes correspondam ao ônus exigidos pela garantia correspondente. Por isso, todos os direitos são, em alguma medida, propriamente positivos. Aquele que sofre uma prisão ilegal ou abusiva e é privado de sua liberdade de locomoção maneja o *writ* constitucional do *habeas corpus* que, embora gratuito para quem o impetra, gera para o Estado um custo de manutenção do magistrado e de toda a estrutura judiciária que lhe serve de suporte para que o paciente possa ver-se solto.

O direito de propriedade, que também costuma ser classificado como negativo, igualmente envolve custos em sua proteção: afinal, não devem ser contabilizados na conta da garantia deste direito a manutenção de um sistema criterioso de registros de imóveis que torna a sua transferência confiável, ou da estrutura judiciária capaz de decidir e cumprir os pedidos de reintegração de posse ou das Forças Armadas com poderes e equipamentos para reprimir as pretensões de conquistas territoriais dos demais Estados? (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 35-48, 59-76).

Assim, a distinção entre direitos civis ou de primeira dimensão e os direitos sociais ou de segunda dimensão não reside propriamente na natureza dos mesmos – se negativos ou positivos –, mas sim, relaciona-se ao grau de planejamento estatal necessário para sua implementação. No Brasil, as condições para sua efetivação se mostraram mais propícias após 1988, com impacto repercussivo na forma como o Judiciário passou a apreciar tais questões. Sobre isso, tratará o próximo item.

2. O consequencialismo: condições fáticas de seu fomento

Nos anos 1930, Getúlio Vargas implementou um projeto de modernização do aparato administrativo dando início ao Estado burocrático. A criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1938, encarregado da realização dos concursos públicos, do gerenciamento dos processos de gestão de pessoal e da promoção de uma inicial descentralização administrativa por meio de autarquias, representou, no

plano administrativo, a afirmação dos princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica – o que, na época, representava um grande avanço por conta da tradição patrimonialista que ainda imperava na administração pública.

Trinta anos depois, o modelo burocrático já dava sinais de esgotamento. O regime militar, por meio do Decreto-lei n. 200 de 1967, buscou substituir a administração pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”. Para tanto, distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, garantindo a autarquias, fundações e empresas estatais uma autonomia de gestão muito maior; além disso, fortaleceu e flexibilizou o sistema do mérito e tornou menos formal o sistema de compras do Estado. Foi uma primeira tentativa de implementação de uma administração gerencial no Brasil, que não se estabeleceu pelo clientelismo que grassou a administração indireta e pela ausência de um mecanismo eficaz de coordenação e monitoramento da administração policêntrica.

Com isso, a Constituição Federal de 1988 voltou a apostar no modelo hierárquico e piramidal. A par do retorno da estrutura burocrática, a redemocratização foi acompanhada de um certo populismo econômico marcado pela omissão quanto a um plano de ajuste fiscal, pela descentralização política sem a equivalente distribuição de responsabilidade financeira pelos gastos excedentes e pela concentração administrativa com redução da autonomia de agências e empresas estatais. Em 1995, por meio do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, levado a cabo pelo titular da pasta do MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, objetivou-se enfatizar a dimensão gerencial da administração pública (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 222-259; ABRUCIO et al., 2010, p. 27-71).

Com tal reforma estrutural, o Estado se retirou de várias atividades econômicas, abrindo caminho para a iniciativa privada e a livre concorrência. Em contrapartida, assumiu o papel de regulador e de fiscalizador das atividades que passaram a ser desempenhadas por particulares ou por organizações sociais. A gestão pública começou, então, a se orientar pelos fins, não somente pelos meios. Com isso, o Estado precisou investir na sua capacidade de planejamento. Não bastava mais o padrão de *government by law*, em que a administração se vincula aos procedimentos legais e o administrador tem uma visão retrospectiva pois, verifica numa ação presente, a presença dos requisitos formais previamente dados pela lei. Surge o *government by policies*, em que o gestor

precisa ter uma capacidade de levantar dados, identificar problemas, projetar soluções realizáveis, prospectar os possíveis efeitos de cada uma delas, optar pela mais eficiente e organizar um planejamento a ser executado pela própria administração ou por órgãos, agências ou organizações por meio de contratos de gestão (COMPARATO, 1989, p. 74).

Esse novo modelo impactou igualmente o Judiciário. Diante do protagonismo assumido com a Constituição Federal de 1988, os magistrados foram chamados a apreciar as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado de modo finalístico, ou seja, não apenas em relação aos seus procedimentos, mas, também, quanto à plausibilidade de consecução dos efeitos pretendidos. Além disso, diante da inação do Estado e do fortalecimento de uma jurisprudência que reconhecia a efetividade dos direitos e a força normativa da Constituição, o próprio Judiciário adotou uma postura ativa de legislador positivo, subsidiando os demais poderes até que os mesmos suprissem sua omissão, materializando, assim, um certo *judgment by policies*, o que acabou fomentando o consequencialismo judicial.

Some-se a isso, ainda, o reconhecimento da normatividade dos princípios e o uso da proporcionalidade como método de resolução da colisão entre direitos. Conforme percebido por Pargendler e Salama o teste da proporcionalidade

depende, em muitos casos, e talvez na maioria deles, de dados empíricos ou pelo menos de juízos probabilísticos sobre os esperados efeitos concretos de diferentes normas. Assim, a questão distintiva do sistema jurídico relativamente aos demais sistemas – a diferenciação do lícito do ilícito – tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade sobre o efeito das normas no mundo dos fatos (PARGENDLER; SALAMA, 2013, p. 118-119)..

O constitucionalismo social, ou seja, a afirmação histórica de uma limitação à ação discriminatória do Estado, chamado a superar as assimetrias sociais por meio de planejamento e efetivação de políticas públicas inclusivas, o que por si só exigiria uma visão prospectiva, acabou sendo cumulado com um novo desenho de gestão pública que dava ênfase aos fins e não somente aos meios. Ambas as forças acabaram repercutindo no Judiciário por meio de uma gradual superação do positivismo clássico.

Afinal, se no positivismo o juiz utiliza o método lógico-dedutivo, o sistema jurídico é tido por coerente, completo, autorreferente e previsível, o que exige do

magistrado apenas identificar a norma cabível para aplicá-la por subsunção ao caso concreto, no pragmatismo, que passa a ser adotado pelos tribunais, o julgador passa a utilizar o método comparativo-consequencialista, em que se avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso tendo em vista as suas consequências; além disso, a certeza do direito deixa de ser um dogma, permitindo-se o uso de recursos não-jurídicos para produzir a decisão que produza o resultado mais desejável ou mais benéfico socialmente (POGREBINSCHI, 2005 e 2008).

Não sem motivo, a análise econômica do direito ganha espaço nesse novo horizonte. A ponderação do custo/benefício, os incentivos ou desincentivos sociais, a eficiência das decisões concorrentes e/ou excludentes passam a servir de parâmetro decisório em vários casos. No recurso extraordinário que ilustra o presente artigo não foi diferente – razão por que se retorna ao mesmo para verificar o papel do consequencialismo no julgamento de pretensões de direitos sociais.

3. O direito à moradia em chave consequencialista

Nos estudos econômicos, a eficiência pode ser considerada em, pelo menos, duas perspectivas. A de Pareto descreve como eficiente qualquer medida que melhore a condição de alguém sem que, para tanto, a condição de qualquer outro indivíduo piore. Na verdade, tal condição geral pode ser subdividida em duas outras: a otimalidade de Pareto forte, em que a mudança é unanimemente preferida, na medida em que ela melhora a situação de todos os indivíduos em algum nível; e a otimalidade de Pareto fraca, em que a mudança é fortemente preferida por um ou alguns indivíduos, que tem ganhos com a nova situação, e fracamente preferida pelos demais, indiferentes à modificação já que ela não altera a sua condição, nem positiva nem negativamente (PARETO, 1919).

Os contratos de compra e venda repousam sobre tal premissa. A concretização desse tipo de negócio depende de uma dupla percepção das partes quanto à melhoria de sua condição após a realização do mesmo. Sem tal percepção, que acontece, por exemplo, quando o comprador faz uma proposta inferior ao valor econômico que o vendedor atribui ao bem posto no comércio, a negociação não se aperfeiçoa. Por isso, costuma-se dizer que a eficiência paretiana depende de consenso ou requer consentimento. Nesta

perspectiva, uma política pública seria propriamente eficiente quando não gerasse prejuízos para nenhum dos cidadãos – uma situação bastante difícil de se concretizar.

O outro critério de eficiência é o de Kaldor-Hicks, segundo o qual uma medida é considerada eficiente se os ganhos que ela gera aos beneficiados é superior ao prejuízo causado aos prejudicados, de tal modo que os ganhadores possam, hipoteticamente, compensar os perdedores, ainda que efetivamente não sejam obrigados a fazê-lo. Tal critério avalia a eficiência pelo conjunto social, pelo saldo de ganhos e perdas de uma determinada medida, sem observar como cada indivíduo é afetado pela modificação.

Assim, se uma política pública de combate à poluição visual gerasse um ganho social maior que as perdas sofridas pelos publicitários que utilizassem as várias plataformas urbanas para seus anúncios, ela deveria ser considerada eficiente segundo Kaldor-Hicks – ainda que não o fosse segundo o critério paretiano. Para Posner, que levava em conta a maximização da riqueza social, o critério de Kaldor-Hicks acabava se mostrando mais factível e oportuno à análise das medidas a serem adotadas não só pelos governantes na gestão pública, mas também pelos magistrados na prestação jurisdicional (KALDOR, 1939; HICKS, 1939; POSNER, 2010; SALAMA, 2008).

Os fiadores de contrato de locação que invocavam a proteção do direito social à moradia não teceram seus argumentos de modo prospectivo, mas sim retrospectivo. Segundo eles, um novo texto de norma constitucional, incluído por emenda constitucional, lhes garantiria o direito de não terem seus imóveis penhorados, conclusão a que se chegavam por simples subsunção. Ao decidir, porém, o ministro Relator Cezar Peluso, dentre outros fundamentos, acabou também aplicando o método consequencialista, ao estimar os efeitos que o reconhecimento de procedência do pedido dos fiadores poderia gerar:

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordene a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada - para usar os termos da Constituição lusitana -, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com conseqüente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia (BRASIL, 2006, p. 887).

Subjaz à decisão do relator um duplo critério de eficiência. Pela perspectiva de Pareto, a tutela do interesse dos fiadores seria ineficiente pois colocaria os locatários em situação mais onerosa no processo de oferecer garantias para fins de firmar contratos de locação; pela perspectiva de Kaldor-Hicks, seria igualmente ineficiente pois a tutela do interesse de um grupo reduzido (fiadores) em detrimento de outro numeroso (locatários) não faria com que o somatório dos ganhos sociais percebidos pelo primeiro grupo excedesse os prejuízos sofridos pelo segundo. A questão da eficiência, porém, parece nublar o próprio debate da Justiça. Afinal, o critério do justo coincide com o do eficiente?

Ao invocar este argumento, o Ministro Relator não solicita uma análise estatística de especialistas na área. As projeções fatalistas são intuitivas e talvez não encontrassem respaldo em dados concretos. O cálculo prospectivo quando feito pelo próprio juiz, sem respaldo de outros profissionais, sem levantamento de dados concretos ou de estudos empíricos, acaba comprometendo a previsibilidade do direito em nome de uma construção argumentativa de difícil verificação.

Não é diferente quando o juiz denega um pedido de efetivação de um direito sob argumento da reserva do financeiramente possível – principalmente porque geralmente o faz sem conhecer os detalhes contábeis do orçamento, as possibilidades de remanejamento das dotações ou as prioridades sociais por acaso manifestas nas audiências públicas. Afinal, um orçamento inchado por gastos com publicidade, cargos comissionados ou projetos de paisagismo urbano seria motivo suficiente para denegar o direito das mulheres em situação de cárcere a consultas periódicas com ginecologista?

Considerações finais

O papel do futuro nas decisões judiciais não pode ser negligenciado, tanto porque um determinado julgado repercute concretamente na vida das pessoas envolvidas, quanto porque ele projeta um parâmetro hermenêutico para os casos posteriormente submetidos à apreciação do Judiciário. O futuro, porém, precisa ser percebido como um campo aberto a possibilidades, ao invés de ser projetado como uma via única de inevitável tragédia – o que, no mais das vezes, chega a negar a própria existência de um futuro. A

responsabilidade quanto ao que o Ministro Eros Grau chamou de “força normativa futura da Constituição”, não pode acabar significando a negação da força normativa atual dos direitos sociais, fazendo com que a geração presente arque com o ônus da falta de planejamento estatal (POGREBINSCHI, 2008, p. 189).

Além disso, a identificação das despesas sempre precedeu, em direito público financeiro, ao cálculo das receitas. Afinal, distintamente do modo como ocorre com o cidadão comum em que a partir da receita percebida é que se calculam os gastos a serem realizados, para o Estado é necessário primeiramente estabelecer as prioridades, necessidades e contingências a serem atendidas por meio das políticas públicas, coletivamente discutidas e consensuadas, para então – por meio de uma atuação eficiente do gestor – calcular o ônus de tal ação positiva, projetando as estratégias necessárias para fazer frente a tais despesas. O consequencialismo jurídico parece inverter os papéis, fazendo com que o impacto orçamentário de um direito é que molde a possibilidade de sua efetividade.

Nesse novo horizonte pragmático, em que a consequência normalmente evitada pelos magistrados é a de impor um ônus excessivo ao orçamento, os direitos sociais são os mais afetados, como se apenas estes fossem propriamente positivos e, portanto, onerosos. Não se desconhece que, em diversos casos, a garantia do mínimo existencial, principalmente em questões que envolvam o direito à saúde, tem costumado prevalecer. Ainda assim, a mudança paradigmática levada a cabo pelo modelo pragmático-consequencialista põe um claro limite prévio à concessão de direitos, criando uma lógica de prioridades entre os direitos que passa ao largo do debate público – principalmente diante da falta de transparência quanto ao custo de implementação de direitos precipuamente sociais, como o direito à saúde, em face de outros precipuamente individuais, mas igualmente onerosos, como o direito de propriedade.

Por fim, o uso do consequencialismo em decisões judiciais tem tornado cada vez mais difícil seu controle argumentativo. Afinal, a adesão à normatividade dos princípios e à hierarquia dos mesmos em relação às regras e de certos princípios entre si acaba se mostrando bastante oportuna – porém, igualmente problemática, especialmente quando, nos “processos de aplicação do direito, a invocação de relações não triviais de determinação entre alternativas de decisão e resultados tem o efeito de colocar o exercício da crítica pela razão instrumental em suspenso” (SCHUARTZ, 2008, p. 153).

Desse modo, as fundamentações baseadas “diretamente em princípios constitucionais e em atribuições opacas de pesos a valores e interesses supostamente em conflito” convertem-se em argumentos de autoridade, fazendo do recurso às consequências uma “cartada coringa”, na medida em que “o sujeito que faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais” embora “estes tampouco [possam] provar sua negação” (SCHUARTZ, 2008, p. 153-155). Tal método, assim, poderia negar não só os direitos sociais, mas também o papel da crítica que questionasse a própria decisão denegatória. O grande risco, pois, é que o consequencialismo jurídico possa acabar gerando, como consequência, a crise do próprio constitucionalismo social.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcus Vinicius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. In: LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Sílvia (Org.). **Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Autos do recurso extraordinário n. 407.688-8 São Paulo**. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Brasília, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação rescisória n. 2.199 Santa Catarina**. Autor: Espólio de Terezinha Gomes Pereira representado por Jones Pereira. Réu: União. Brasília, 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do Estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. In: ORDÁLIA, Nilo (Org.). **Brasil – O desenvolvimento ameaçado: perspectivas e soluções**. São Paulo: Unesp, 1989.

DERRIDA, Jacques. Declarations of Independence. **New Political Science**, v. 7, n. 1, p. 7-15, 1986.

HICKS, John Richard. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights: why liberties depends on taxes**. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OKOTH-OGENDO, H. W. O. Constitutions without constitutionalism: reflections on an African political paradox. In: GREENBERG, Douglas *et al.* (Ed.). **Constitutionalism and democracy: transitions in the contemporary world**. New York/Oxford: Oxford University Press, 1993.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARETO, Vilfredo. **Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale**. Milano: Libreria, 1919.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 262, p. 95-144, jan.-abr./2013.

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre argumentação e interpretação. In: MAIA, Antônio Cavalcanti *et al.* (Org.). **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. A normatividade dos fatos, as consequências políticas das decisões judiciais e o pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA). **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 247, p. 181-193, jan.-abr./2008.

POSNER, Richard. **A economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**. São Paulo, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SÁNCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: Tecnos, 1998.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 248, p. 130-158, mai.-ago./2008.